

O ESTADO COMO PARTE CONTRATANTE NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS – UMA RELEITURA DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA À LUZ DA “NOVA NOVA” *LEX MERCATORIA*

THE STATE AS A CONTRACTING PARTY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL RELATIONS – A REVIEW OF THE EXERCISE OF SOVEREIGNTY IN THE LIGHT OF THE “NEW NEW” LEX MERCATORIA

Victor Alves dos Santos*

Aurélio Agostinho da Bôaviagem**

RESUMO: Com o advento da nova economia globalizada, as empresas com atividades transfronteiriças assumiram protagonismo na condução das relações comerciais internacionais, tornando-se verdadeiros "Estados informais", com suas próprias regras de governança e seus mecanismos de poder. Nesse cenário, os Estados nacionais têm sido compelidos a revisitar o conceito clássico de soberania para exercer esse atributo com novos contornos, capazes de garantir o diálogo de igual para a igual com a iniciativa privada, notadamente na seara dos contratos internacionais de comércio. A legislação brasileira, ainda que de forma incipiente, tem sinalizado a intenção do governo federal em se posicionar nesse sentido, o que pode ser verificado na regulação dos contratos internacionais de partilha de produção na indústria petrolífera, cujo arcabouço normativo prevê expressamente mecanismos de negociação entre Poder Público e empresas transnacionais típicos da esfera negocial privada, a exemplo da arbitragem.

Palavras-chave: Direito internacional; Direito comercial; Contratos; Soberania. *Lex mercatoria*; Empresas transnacionais; Arbitragem; Petróleo; Partilha de produção.

Artigo recebido em 10 de julho de 2018.

Artigo aceito em 14 de dezembro de 2018.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e mestrando em Relações Contratuais Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco. E-mail: victor_santos51@hotmail.com

** Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1965), mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1981) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2000). Atualmente é professor-coordenador geral da graduação da Faculdade Damas da Instrução Cristã e professor associado do programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco.. E-mail: aurelioboaviagem@gmail.com

ABSTRACT: With the emergence of the new globalized economy, companies with cross-border activities have taken a leading role in the conduct of international trade relations, becoming true "informal states" with their own governance rules and power mechanisms. In this scenario, national states have been compelled to review the classic concept of sovereignty in order to exercise this attribute with new contours, capable of ensuring equal-to-equal dialogue with private initiative, notably in the area of international trade contracts. Brazilian legislation, although in an inceptive form, has signaled the intention of the federal government to position itself in this direction, which can be seen in the regulation of the international production sharing contracts in the oil industry, whose normative framework expressly foresees mechanisms of negotiation between public power and transnational corporations common to the private business sphere, such as arbitration.

Keywords International law; Commercial law; Contracts; Sovereignty; *Lex mercatoria*; Transnational companies; Arbitration; Oil; Production sharing.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O ASPECTO CONTRATUAL DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA; 3. A “NOVA NOVA” DINÂMICA DA *LEX MERCATORIA*; 4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O EXEMPLO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NOS CONTRATOS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO PETROLÍFERA; 5. CONCLUSÕES; 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

No campo jurídico, quando falamos em relações contratuais internacionais de comércio, a primeira coisa que nos vem à mente são os pactos firmados entre particulares (em geral pessoas jurídicas) para obtenção de bens ou serviços, de forma onerosa. Em outras palavras, empresas negociando entre si, numa relação com fluxo de capital que transcende o território de uma única nação.

Essa concepção remete às próprias raízes do direito privado (o *jus civile* romano), levadas a cabo na Idade Média pelos mercadores (burgueses) na sedimentação de práticas comerciais entre compradores e vendedores, práticas estas que se difundiram e se aperfeiçoaram ao longo da Idade Moderna e da contemporaneidade – formando a denominada *lex mercatoria*, termo

pioneiramente utilizado por Gerard Malynes no longínquo ano de 1622, segundo o qual

Todo homem sabe, que para formas e prescrições, há grandes diversidades entre todas as nações, mas para os costumes observados no curso do tráfico e do comércio, há aquela simpatia, concordância e acordo, o que pode ser dito para ser condição para todas as pessoas, difundida e espalhada pela razão correta, e pelo instinto natural permanente. E esses costumes são propriamente aquelas observações que os comerciantes mantêm entre eles mesmos. E essa Lei dos Comerciantes até então observada em todos os países, em relação ao comércio deveria ser estimada e realizada assim como a Lei das Doze Tábuas foi entre os Romanos. Por esses motivos todas as coisas serão encontradas construídas sobre as fundações da Razão e da Justiça.¹

Ocorre que, no novo cenário da economia globalizada, novos atores passaram a assumir tanta relevância quanto os entes privados tipicamente envolvidos nas relações negociais: os Estados nacionais, que se viram inevitavelmente compelidos a se introduzir no “jogo” do comércio transfronteiriço.

Isso porque a crise do direito antitruste, aliada à progressiva hipertrofia do poder econômico e político das empresas transnacionais, as transformou em verdadeiros “Estados sem fronteiras”, na terminologia de Javier Carrascosa González. Conforme aponta o eminente catedrático:

¹ MALYNES, G. **Consuetudo vel lex mercatoria or the ancient law merchant**. London: Adam Islip, 1622, p. 03 *apud* BERGER, K. P. The creeping codification of the lex mercatoria. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 01. Tradução livre. No original: “Every man knoweth, that for Manners and Prescriptions, there is great diversitie amongst all Nations: but for the Customs observed in the course of trafficke and commerce, there is that sympathy, concordance and agreement, which may be said to be of like condition to all people, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually. And these customs are properly those observations which merchants maintaine betweene themselves”. Id, at 8: “ (...) and this Law of Merchants hitherto observed in all countries, ought in regard of commerce, to be esteemed and held to reputation as the Law of Twelve Tables was amongst the Romans. For herein you shall find everything built upon the foundations of Reason and Justice [...]”.

O Estado nacional está sufocado por forças econômicas internacionais que já não pode controlar. Esse *turbocapitalismo* (o capitalismo sem controle em escala planetária, na conhecida expressão de E. Luttwak), acaba com o Estado nacional em sua concepção tradicional (a "crise do Estado-nação"), como tem defendido a doutrina (J. Basedow, E. Jayme). É a ruptura do nexo fundamental *Estado - nação - mercado*. O poder reside, agora, nas grandes multinacionais, que podem pôr em xeque qualquer Estado [...]."²

Se, por um lado, essas companhias e suas ramificações internacionais se imiscuem em esferas de influência econômica e política tipicamente atribuídas ao Poder Público, por outro, "o Estado Nacional, embora tenha entrado num longo processo de transformações vinculadas à globalização, ainda é um ator fundamental na economia mundial e apenas começa a sofrer limitações em sua soberania e em sua autonomia decisória"³.

Assim, o exercício da soberania dos Estados não mais se limita às relações institucionais governamentais. O diálogo com o setor privado internacional é uma demanda necessária e inevitável a qualquer país que deseje se inserir na dinâmica do comércio globalizado – e cujo ápice se materializa quanto Estado e empresa transnacional firmam entre si um vínculo contratual.

² GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI. **Anales de Derecho (Universidad de Murcia)** n. 22 (2004), p. 27. Tradução livre. No original: "El Estado nacional está desbordado por fuerzas económicas internacionales que ya no puede controlar. Este turbocapitalismo (= el capitalismo sin control a escala planetaria, em la conocida expresión de E. LUTTWAK), acaba con el Estado nacional en su concepción tradicional (= es la "crisis del Estado-nación"), como ha señalado la doctrina (J. BASEDOW, E. JAYME). Es la ruptura del nexo fundamental Estado - nación - mercado (P. MERCADO PACHECO)³¹. El poder reside, ahora, en las grandes multinacionales, que pueden poner en jaque a un Estado [...]."

³ FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**. v. 40. n. 2. São Paulo, 2000, p. 39.

2. O ASPECTO CONTRATUAL DO EXERCÍCIO DA SOBERANIA

Segundo a lição de Luiz Olavo Baptista, a empresa transnacional é

[...] uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade.⁴

O termo “transnacional” é preferível à denominação “multinacional” no cenário político-econômico atual, uma vez que “representa uma das características dessas corporações modernas: a habilidade de operar *entre* países e não simplesmente em vários deles de forma independente e autônoma”⁵. É essa, inclusive, a terminologia adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), *in verbis*:

[...] a Empresa Transnacional (ETN) é geralmente considerada como uma empresa que compreende as entidades em mais de um país que operam sob um sistema de tomada de decisão que permite políticas coerentes e de uma estratégia comum. As entidades são tão ligadas, por posse ou não, que uma ou mais delas podem ser capazes de exercer uma influência significativa sobre os outros e, em particular, partilhar conhecimentos, recursos e responsabilidades com os outros.⁶

⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

⁵ IETO-GILLIES, Grazia. **Transnational corporations and international production: concepts, theories and effects**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 11. Tradução livre. No original: “[...] the adjective ‘transnational’ [...] represents one of the characteristics of this modern corporation: the ability to operate **across** countries and not just in many of them independently and autonomously”.

⁶ UNCTAD *Apud* CARVALHO FILHO, José Carlos de. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. **Scientia Iuris**. v. 15, n. 1, Londrina, jun. 2011, p. 91.

Durante muito tempo, os Estados adotaram uma excessiva postura de desconfiança e reticência em relação a essas companhias. Na terminologia de Jack Behrman, uma "síndrome de amor e ódio"⁷, uma vez que

A relação entre a Empresa Transnacional e o Governo [...] desagua num paradoxo, e tornou inevitável o contacto entre ambos. É desejado o relacionamento, pelo que traz de positivo. É repudiada a Empresa Transnacional, porque ameaça a própria existência e essência do Estado, expressos na sua soberania.⁸

Em outras palavras, a influência econômico-política exercida pela iniciativa privada a nível transnacional representava, aos olhos dos governantes, um meio de usurpação de parcela da soberania estatal.

Ocorre que a acepção de soberania – e, conseqüentemente, as possibilidades do seu exercício – é mutável, e assim deve ser enxergada pelos Estados. Por isso, segundo Jens Bartelson, "para além de pressupor que o conceito de soberania possui um significado atemporal ou universal, a doutrina mais recente tem focado nas mais variadas expressões desse conceito ao longo de diversos contextos históricos e políticos."⁹

Se, de um lado, a inevitável pressão das companhias transnacionais nos eixos estatais mitiga certas nuances da soberania nacional, do outro, os Estados têm a possibilidade de se inserir nas relações mercantis internacionais com maior expressividade, atuando em prol de seus interesses econômicos e políticos – o "fio de prumo" da soberania apenas muda de posição.

⁷ BEHRMAN, Jack N. **National interests and the multinational enterprises: tensions among the North Atlantic countries**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hal, 1970, p. 07.

⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 67.

⁹ BARTELSON, Jens. The concept of sovereignty revisited. **The European Journal of International Law** vol. 17 no. 2, 2006, p. 463-464. Tradução livre. No original: "Rather than presupposing that the concept of sovereignty has a timeless or universal meaning, more recent scholarship has focused on the changind meanings of this concept across a variety of historical and political contexts".

Assim, a figura do Estado como *player* no campo comercial internacional é uma realidade que não pode ser ignorada, exercendo o Poder Público, nessa esfera, uma espécie de faceta privada (e ainda recente) do conceito de soberania. Como ensina Irineu Strenger:

A figura do "Estado comerciante", hoje irrecusável, a proliferação das empresas públicas, nacionais e internacionais, os conglomerados de empresas, a grande penetração dos intercâmbios técnicos, os sistemas de cooperação internacional, os meios de comunicação e a participação generalizada de pessoas nos mercados nacionais e internacionais, seja a título de investimentos, ou de simples venda e compra, são pressupostos indispensáveis para o raciocínio teórico dos contratos internacionais.¹⁰

Essa peculiar expressão do conceito de soberania, denominada por Ivar Alvik de "soberania contratual"¹¹, possibilita o reposicionamento estratégico dos Estados nacionais no cenário contemporâneo da economia de mercado globalizado, na medida em que permite ao Poder Público atuar diligentemente no sentido de garantir a consecução dos seus interesses através do diálogo negocial com a iniciativa privada.

Como consequência direta, não raro os contratos administrativos de comércio assumem, no contexto econômico neoglobal, uma faceta *praeter* pública: suplantam os limites clássicos da atuação governamental e mitigam parte do "fator príncipe" do Estado nacional, em prol da flexibilidade negocial e da potencialização da paridade jurídica entre os contratantes – fazendo surgir, assim, a figura do Estado empresário em sua acepção mais fiel.

¹⁰ STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 39.

¹¹ ALVIK, Ivar. **Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011, p. 240.

3. A "NOVA NOVA" DINÂMICA DA *LEX MERCATORIA*

Segundo Clive Schmitthoff, o núcleo do direito comercial internacional é a *lex mercatoria*, o "conjunto de regras costumeiras verdadeiramente internacionais que regem a comunidade cosmopolitana de mercadores"¹², cuja origem remonta às feiras da Idade Média.

Essas regras, de natureza tradicionalmente *soft law*, sofreram transformações e influenciaram diversos ordenamentos jurídicos estatais ao longo da Idade Moderna, num movimento de "renascença" da importância conferida às práticas mercantis adotadas pelos agentes do comércio global.

Contemporaneamente, por seu turno, observa-se a emergência de iniciativas de codificação desses usos e costumes comerciais internacionais, iniciativas estas traduzidas na edição de princípios e de regras uniformes comentadas – dando origem a um novo arcabouço jurídico, denominado por Louis Yves Fortier¹³ de "nova nova *lex mercatoria*".

Ralf Michaels sintetiza com singular precisão esse processo evolutivo:

[...] as concepções da *lex mercatoria* sofreram alterações ao longo do tempo. Podemos distinguir três estágios. O primeiro estágio refere-se à antiga *lex mercatoria* da Idade Média, um conjunto de normas transacionais e de princípios procedimentais, estabelecidos por e para o comércio em (relativa) autonomia dos Estados. O segundo estágio descreve o renascimento da ideia como uma "nova *lex mercatoria*" no século XX, uma informal e flexível teia de regras e árbitros estabelecendo um direito comercial internacional privado. Por fim, o terceiro estágio tem sido denominado de "nova nova *lex mercatoria*", a qual se

¹² SCHMITTHOF, Clive. **The unification of the law of international trade**. The Journal of Business Law, 1968, p. 105. Tradução livre. No original: "[...] a body of truly international customary rules governing the cosmopolitan community of international merchants [...]".

¹³ FORTIER, Louis Yves. **The new, new lex mercatoria, or, back to the future**. Oxford: Arbitration International 17 (2001), p. 121-128.

transforma de uma 'soft law' amorfa e flexível para um sistema jurídico estável, com normas codificadas (acima de tudo os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais) e órgãos de arbitragem internacional fortemente institucionalizados.¹⁴

Conforme delineado pelo autor, a atual faceta normativa da *lex mercatoria* tem sua maior expressão nos Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. Trata-se do conjunto de regras contratuais compiladas pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT (organização independente dedicada ao fomento de mecanismos de harmonização e unificação das legislações de direito privado), e que

[...] nada obstante sua natureza não-vinculante, estão cada vez mais sendo utilizadas não apenas pelas partes durante as tratativas para elaboração de seus contratos, mas também pelos Tribunais e pelas Cortes arbitrais para solução de litígios, como demonstram as inúmeras decisões judiciais e sentenças arbitrais prolatadas mundo afora e que, de uma forma ou de outra, fazem referência aos princípios do UNIDROIT.¹⁵

O item 4.b do preâmbulo dos princípios do UNIDROIT dispõe expressamente que "os Princípios são aplicáveis como uma manifestação dos

¹⁴ MICHAELS, Ralf. **The true lex mercatoria: law beyond the state**. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 14: Iss. 2 (2007), p. 448. Tradução livre. No original: “[...] the conceptions of this lex mercatoria have changed over time. One can distinguish three stages. The first stage concerns the ancient lex mercatoria in the Middle Ages, a transnational set of norms and procedural principles, established by and for commerce in (relative) autonomy from states. The second stage describes the renaissance of the idea as a “new lex mercatoria” in the 20th century, an informal and flexible net of rules and arbitrators establishing a private international commercial law.⁴ Finally, a third stage has been described as a “new new lex mercatoria,” which moves from an amorphous and flexible soft law to an established system of law with codified legal rules (first and foremost the UNIDROIT Principles of International and Commercial Law⁵) and strongly institutionalized court-like international arbitration”.

¹⁵ BONELL, Michael Joachim (prep.). Model clauses for use of the UNIDROIT principles of international commercial contracts in transnational contract and dispute resolution practice. Oxford: **Uniform Law Review** 18 (2013), p. 473. Tradução livre. No original: “Notwithstanding their non-binding nature, they are increasingly being used not only by parties when drawing up their contracts but also by courts and arbitral tribunals for the settlement of disputes, as demonstrated by the numerous court decisions and arbitral awards rendered world-wide and referring in one way or another to the UNIDROIT Principles”.

'princípios gerais do direito', da '*lex mercatoria*' ou de qualquer outra expressão similar referida no contrato" (grifos nossos). O item 2 do artigo 1.9 do documento, por sua vez, determina que "as partes são igualmente vinculadas a todos os usos e costumes que, no comércio internacional, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas pessoas no ramo comercial envolvido, salvo quando a aplicação de tal uso ou costume não seja razoável" (grifos nossos).

Assim, evidente que as regras ali elencadas nada mais são do que novas expressões dos usos e costumes sedimentados na esfera mercantil, expressões estas dotadas de uma roupagem técnico-jurídica aprimorada, em atenção às demandas da nova ordem econômica globalizada. Nesse sentido:

[...] os Princípios UNIDROIT representam uma noção contemporânea da *lex mercatoria*, caracterizada pelas peculiaridades de uma compilação/codificação internacional, de origem e uso comum, entendida em sentido lato como fonte à qual recorrem os operadores do direito, os juízes e os árbitros para dar respostas a problemas derivados das relações mercantis internacionais. Dessa forma, [...] evidencia-se a existência e o reconhecimento de uma nova *lex mercatoria*, uma vez que [...] os Princípios Unidroit constituem o núcleo de uma forma inovadora de regulação das relações comerciais, em especial, os contratos internacionais.¹⁶

Outra expressão da "nova nova" *lex mercatoria* pode ser identificada na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, na sigla em inglês), mecanismo de uniformização cujo

¹⁶ ANDRADE, Alix Aguirre; FERNÁNDEZ, Nelly Manasia. Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales. Barranquilla: **Revista de Derecho de la Universidad del Norte** n. 025 (2006), p. 59. Tradução livre. No original: "[...] los Principios Unidroit con una contemporánea noción de *lex mercatoria*, dotada de los rasgos particulares de una compilación o codificación internacional, de origen y uso común, entendida en sentido lato como fuente a la cual acuden operarios, jueces y árbitros para dar respuestas a problemas derivados de las relaciones mercantiles internacionales. De esta forma, [...] plantea la existencia y el reconocimiento de una nueva *lex mercatoria*, ya que [...] los Principios Unidroit constituyen el núcleo de una forma novedosa de regulación de las relaciones comerciales, en especial, los contratos internacionales".

principal objetivo é, na lição de Francisco Augusto Pignatta, solucionar sete grandes “dificuldades” da aplicação das normas de Direito Internacional Privado: a inconstância das regras internas; a possibilidade de “conflitos de qualificação”; o *exequatur*; a possibilidade do *forum shopping*; a possibilidade de litispendência; o conhecimento das leis internas do país com o qual se comercializa; e a tentação do juiz em aplicar sua lei nacional¹⁷.

O artigo 9º da CISG determina que “(1) as partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si; e (2) salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”. Assim, confere expresso valor normativo às práticas e costumes internacionais, configurando exemplo claro de mecanismo codificador da *lex mercatoria*. Segundo Haris Pampoukis:

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Viena) reconhece a posição privilegiada dos usos comerciais na prática das vendas internacionais. Várias de suas disposições fazem referência aos usos e/ou costumes, direta ou indiretamente.¹⁸

¹⁷ PIGNATTA, Francisco Augusto. A uniformização das regras do contrato de compra e venda internacional de mercadorias: suas vantagens, seus desafios. In: PEREIRA, César A. Guimarães; SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro (Org.). **A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, p. 42-46.

¹⁸ PAMPOUKIS, Haris. The concept and function of usages in the united nations convention on the international sale of goods. **Journal of Law and Commerce** 25 (2006), p. 107-108. Tradução livre. No original: “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention) does recognize the privileged position of trade usages in the practice of international sales. Several of its provisions refer to usages and/or practices, directly and indirectly”.

A codificação das normas consuetudinárias da *lex mercatoria*, a exemplo dos princípios UNIDROIT e das normatizações da CISG, representa um ponto de ruptura na forma como os Estados nacionais tendem a se portar frente ao comércio internacional. Se antes a abstração e a fragmentação normativa pareciam ser a regra aos olhos do Poder Executivo, que receava se submeter às deliberações de árbitros internacionais em casos de solução de controvérsias, agora o cenário é de maior segurança jurídica e previsibilidade, terreno fértil para o fomento de pactos comerciais transfronteiriços nos quais Estados e empresas privadas multinacionais figurem, respectivamente, como partes contratante e contratada.

4. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA: O EXEMPLO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL NOS CONTRATOS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO PETROLÍFERA

No sistema jurídico brasileiro, a autonomia da vontade do Poder Executivo encontra limites no princípio administrativo da legalidade, segundo o qual “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido”¹⁹. Ainda nas palavras do eminente Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.²⁰

Não há dúvidas de que tal fato representa uma limitação substancial à autonomia da vontade do Estado brasileiro. Nada obstante, nos últimos anos

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 86.

tem-se observado uma tendência legislativa referente ao surgimento de mecanismos que permitam ao Executivo nacional atuar como parte contratante frente a empresas privadas, de forma mais livre e menos atrelada às restrições administrativas tradicionais.

Exemplo claro dessa inclinação são os contratos de partilha de produção da indústria de hidrocarbonetos (petróleo e gás natural), regidos pela Lei nº 12.351/2010.

Os contratos de partilha de produção petrolífera são, em sua essência, pactos de *joint venture*, nos quais Estado e iniciativa privada firmam um vínculo jurídico entre si com o fito de superar as dificuldades inerentes à atividade exploratória mineral (como os altos riscos e a necessidade de investimentos expressivos) e, concomitantemente, obter benefícios de interesse de ambas as partes. Na lição de Tim Martin e Jay Park:

O sucesso nessa indústria sempre demandou a cooperação com outras partes, quer sejam contratantes, governos ou competidores. Na realidade, a indústria de hidrocarbonetos é única em termos de como ela lida com seus competidores. Companhias produtoras de petróleo e gás natural frequentemente negociam contratos entre si, visando benefícios mútuos. Joint ventures, concessões, unitizações e outros acordos dessa natureza são transações corriqueiras.²¹

Note-se que a esmagadora maioria das companhias produtoras de petróleo e gás natural são, justamente, empresas transnacionais que operam ao redor do globo junto a vários países detentores de reservas minerais – e, assim,

²¹ MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. Global petroleum industry model contracts revisited: higher, faster, stronger. **Journal of World Energy Law & Business**, vol. 3, n. 1, London: Oxford University Press, 2010, p. 04. Tradução livre. No original: “Success in the industry has always required cooperation with other parties, whether they be contractors, governments or competitors. Indeed, the upstream petroleum industry is unique in terms of how it deals with its competitors. Oil and gas producing companies frequently negotiate contracts between each other with a view to mutual benefit. Joint ventures, farmouts, unitizations and other such arrangements are common transactions”.

estão sempre em busca dos ordenamentos domésticos mais receptivos a esse relacionamento, garantidores da segurança jurídica naturalmente almejada pela iniciativa privada.

Visando a esse objetivo, o artigo 29 da Lei nº 12.351/2010 define com clareza os requisitos básicos do pacto de partilha ao mesmo tempo em que dá margem ao diálogo negocial entre Estado e empresa exploradora, facultando, inclusive, a submissão do Poder Público a instâncias alternativas de solução de controvérsias, como o Juízo arbitral (artigo 29, inciso XVIII) – característica clássica da *lex mercatoria*.

Esse talvez seja o ponto que expresse de forma mais clara a intenção do legislador brasileiro em conferir ao Poder Público, nesse caso específico, meios de se relacionar competitivamente e “em pé de igualdade” com as companhias petrolíferas transnacionais interessadas em atuar junto à indústria de hidrocarbonetos brasileira, uma vez que

A importância da arbitragem comercial internacional para disputas envolvendo Estados se confirma pelo crescente reconhecimento da capacidade que os entes estatais possuem de arbitrar com partes estrangeiras, a despeito de quaisquer restrições em seus ordenamentos jurídicos domésticos. Várias jurisdições têm até mesmo reconhecido o princípio de direito internacional segundo o qual um Estado não pode invocar normas internas para escapar às obrigações decorrentes do acordo arbitral em um contrato internacional. O Estado, ao aderir a um pacto de arbitragem, se compromete a não se apoiar em seu direito doméstico com o objetivo de evitar a submissão ao Juízo arbitral.²²

²² DUNHAM, Philip. Balancing sovereignty and the contractor's rights in international construction arbitrations involving state entities. **Int'l Constr. L. Rev.** 130 (2006), p. 131-132. Tradução livre. No original: “The importance of international commercial arbitration for disputes involving states is confirmed by the growing recognition of the capacity of state entities to arbitrate with foreign parties notwithstanding any restrictions in their domestic laws. Several jurisdictions have even recognised a principle of international law according to which a state cannot rely on its national law to escape its obligation arising from an arbitration agreement in an

Não se olvida a existência de corrente doutrinária diametralmente contrária, segundo a qual a arbitragem internacional seria meio inconstitucional para resolução de conflitos oriundos dos contratos de cessão onerosa dos direitos de exploração petrolífera (a exemplo do insigne Parecer AGU/AG-12/2010, do Consultor-Geral da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy). Para alguns autores,

[...] agindo o Estado como representante da coletividade em causas de utilidade pública, com prevalência de seu poder político – manifestando puro ato de *jure imperii* – não há que se falar em possibilidade de transação relativa ao objeto da causa, aplicando-se, portanto, o ordenamento legal de direito público, não havendo possibilidade de convenção de arbitragem.²³

Nada obstante, nos filiamos à parcela da doutrina segundo a qual a possibilidade de adoção da arbitragem internacional como ferramenta de solução de litígios nos contratos de exploração de hidrocarbonetos “coloca-se em sintonia com a meta de atração de investimentos na produção de energia que, nos termos do disposto no art. 1º, X, da Lei do Petróleo, constitui um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia”²⁴. Nesse contexto, a arbitragem encontra guarida tanto no princípio da legalidade (posto que expressamente prevista no artigo 29 da Lei nº 12.351/2010) quanto no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (na medida em que “o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça”²⁵).

international contract. The state, by entering into an arbitration agreement, is taken to represent that it will not rely on its local law to escape its obligation to arbitrate”.

²³ NEVES, Flávia Bittar. A arbitragem no setor público – utilização pelos agentes econômicos ligados ao Estado. **Gazeta Mercantil**, 30 jul. 2002. Disponível em: <http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/noticia_22.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

²⁴ BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006, p. 26.

²⁵ BUCHEB, José Alberto. *Op. cit.*, p. 29.

Ressalte-se que a utilização da arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural tem sido recorrente nos últimos anos, de modo que as regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) têm sido adaptadas e aplicadas com frequência exponencial nessa seara. Vários fatores contribuem para a escolha do procedimento de arbitragem como mecanismo de resolução de litígios na indústria petrolífera, a saber: 1) a natureza extremamente técnica da atividade (o que demanda árbitros com conhecimentos específicos e avançados); 2) o alto grau de sofisticação dos contratos, geralmente elaborados por consultores com vasta experiência profissional e qualificação técnica, os quais sabem que a judicialização é um caminho a ser evitado ao máximo – razão pela qual lançam mão de mecanismos alternativos de solução de litígios; 3) a natureza predominantemente internacional das operações das grandes empresas do setor, bem como a existência de campos e bacias petrolíferas que ultrapassam fronteiras (e, conseqüentemente, interessam a Estados diferentes), favorecendo a arbitragem como um modo de resolução de conflitos menos burocrático; 4) os interesses comerciais geralmente convergentes e as relações contratuais de longo termo são comuns entre os agentes econômicos do setor, o que enfraquece a cultura do litígio judicial (que é marcada pelos custos elevados, pelo alto consumo de tempo, pelo caráter adversaria e pelo potencial destrutivo das boas relações).

Assim, no contexto brasileiro, entendemos que a Lei nº 12.351/2010, notadamente em seu artigo 29, ao elencar um rol taxativo de cláusulas essenciais/típicas aos acordos de partilha de produção de hidrocarbonetos – notadamente a arbitragem internacional –, fornece uma moldura dentro da qual o Executivo possui autonomia para negociar com a empresa transnacional exploradora, tomando como base os princípios e regramentos da “nova nova” *lex*

mercatoria e exercendo, assim, a “soberania privada/contratual” mencionada no presente estudo.

5. CONCLUSÕES

Com o advento das revoluções industrial e tecnológica operadas a partir do século XVIII, a economia de mercado atingiu seu ápice através dos desdobramentos do “turbocapitalismo”. A circulação dos fatores de produção transbordou definitivamente as fronteiras dos Estados nacionais e as empresas de atuação multinacional adquiriram poder econômico e político jamais visto.

Nesse cenário, o diálogo negocial entre Estado e iniciativa privada demanda certa “maturidade” político-jurídica por parte do Poder Público, no sentido de enxergar, muito além da aparente mitigação de sua soberania, novas possibilidades de exercício desse atributo governamental – dentre as quais se destaca o relacionamento contratual com as companhias transnacionais.

Esse aspecto privado do exercício da soberania possibilita aos Estados sua inserção nas relações mercantis internacionais com maior expressividade, atuando em prol de seus interesses específicos, ao passo em que, na contemporaneidade, conta com o arcabouço normativo da “nova nova” *lex mercatoria*, como forma de garantia da segurança jurídica necessária a ambas as partes – Poder Público e iniciativa privada – em transações que envolvem reflexos econômicos, políticos e sociais inegavelmente vultosos.

6. REFERÊNCIAS

ALVIK, Ivar. **Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

ANDRADE, Alix Aguirre; FERNÁNDEZ, Nelly Manasia. Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales. Barranquilla: **Revista de Derecho de la Universidad del Norte** n. 025 (2006).

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARTELSON, Jens. The concept of sovereignty revisited. **The European Journal of International Law** vol. 17 no. 2, 2006.

BEHRMAN, Jack N. **National interests and the multinational enterprises: tensions among the North Atlantic countries**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hal, 1970.

BERGER, K. P. **The creeping codification of the *lex mercatoria***. Hague: Kluwer Law International, 1999.

BONELL, Michael Joachim (prep.). Model clauses for use of the UNIDROIT principles of international commercial contracts in transnational contract and dispute resolution practice. Oxford: **Uniform Law Review** 18 (2013).

BUCHÉB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, jul./set. 2006.

CARVALHO FILHO, José Carlos de. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. **Scientia Iuris**. v. 15, n. 1, Londrina, jun. 2011.

DUNHAM, Philip. Balancing sovereignty and the contractor's rights in international construction arbitrations involving state entities. **Int'l Constr. L. Rev.** 130 (2006).

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**. v. 40. n. 2. São Paulo, 2000.

FORTIER, Louis Yves. **The new, new lex mercatoria, or, back to the future**. Oxford: Arbitration International 17 (2001).

GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI. **Anales de Derecho (Universidad de Murcia)** n. 22 (2004).

IETO-GILLIES, Grazia. **Transnational corporations and international production: concepts, theories and effects**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. Global petroleum industry model contracts revisited: higher, faster, stronger. **Journal of World Energy Law & Business**, vol. 3, n. 1, London: Oxford University Press, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MICHAELS, Ralf. **The true lex mercatoria: law beyond the state**. Indiana Journal of Global Legal Studies: Vol. 14: Iss. 2 (2007).

NEVES, Flávia Bittar. A arbitragem no setor público – utilização pelos agentes econômicos ligados ao Estado. **Gazeta Mercantil**, 30 jul. 2002. Disponível em: <http://www.arbitragemsantos.com.br/conteudo/noticia_22.htm>. Acesso em: 04 jul. 2018.

PAMPOUKIS, Haris. The concept and function of usages in the united nations convention on the international sale of goods. **Journal of Law and Commerce** 25 (2006).

PEREIRA, César A. Guimarães; SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro (Org.). **A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.

SCHMITTHOF, Clive. **The unification of the law of international trade**. The Journal of Business Law, 1968.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003.