

3

AS CLÁUSULAS DE ESTABILIDADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO EM ENERGIA

Emília Lana De Freitas Castro¹

RESUMO

Analisa-se as cláusulas de estabilidade habitualmente utilizadas nos contratos internacionais de investimento em energia, com foco nos contratos da indústria do petróleo. Contextualizam-se o Direito Internacional dos Investimentos e a sua relevância no setor energético, quer seja em âmbito nacional, ou em escala mundial. Por fim, são esmiuçados os mais correntes tipos de cláusulas que permitem ao investidor estrangeiro o mínimo de segurança e estabilidade em investimentos de grande porte, como os do ramo do petróleo e gás.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional dos Investimentos; contratos internacionais; cláusulas típicas; estabilidade; indústria do petróleo e gás.

1 Mestranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Vice-presidente do *Student's Club da Association of Internacional Petroleum Negotiators* na UERJ. Advogada. A autora agradece a Ely Caetano Xavier Junior pelos comentários durante a elaboração do artigo.

ABSTRACT

In the present work, it is possible to analyze the most common stability clauses, which are used in the international energy investment contracts, focusing in the contracts of the oil & gas industry. Furthermore, the national and international influence of International Investment Law and its relevance in the energy sector are mentioned. At last, various types of clauses that allow the foreign investor to feel safe and stable are exposed, mainly when it comes to huge investments in the field of the oil & gas industry.

KEYWORDS

International Investment Law; international contract; typical clauses; stability; oil & gas industry

Introdução

Com sua origem no investidor industrial do século XX, o Direito Internacional dos Investimentos aborda as relações entre os investidores e os Estados hospedeiros de investimentos, relações essas entendidas muitas vezes como base para a regulação de condutas que indicam a soberania.

O Direito Internacional dos Investimentos apresenta-se como fruto do rápido avanço histórico e da necessidade de que novas regras sejam reguladas. Regras essas que são capazes de fazer frente ao avanço da economia globalizada, que muitas vezes tem de lidar com os interesses conflitantes entre o Estado receptor do investimento e o investidor estrangeiro.

Como já anteriormente afirmado, é claro observar a internacionalização crescente em nosso cotidiano. Assim, o fenômeno da globalização e a consequente expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital fazem que os Estados envidem esforços para cumprir as exigências dessa nova Ordem Internacional. Dessa forma, as estratégias econômicas, administrativas e legislativas dos Estados

devem se coadunar com o ritmo intenso das movimentações do mercado. Só assim será possível que Estados soberanos econômica e politicamente mais apagados do cenário internacional consigam se fazer presentes nos novos padrões internacionais.

Em complementação, nas palavras de Marilda Rosado:

A internacionalização crescente do nosso cotidiano, bem como a crescente interdependência e indeterminação entre os países, conduziu a novos padrões e relações internacionais, tanto na esfera privada quanto na comercial, apresentando um desafio sem precedentes ao Direito Internacional Privado².

Em sentido semelhante expõe Cláudia Lima Marques:

Denomine-se como se quiser o fenômeno de abertura dos mercados, de aproximação entre pessoas e empresas de diversas nacionalidades e domicílios, de massificação das comunicações, do consumo e dos transportes, seja globalização, mundialização ou, simplesmente, pós-modernidade, a internacionalização da vida privada é a realidade de hoje. [...] Não há mais quem desconheça a força da *lex mercatoria*, os contratos de franquia de marcas internacionais, o sistema bancário e financeiro internacional, ou aluno das Faculdades de Direito, Economia, e Relações Internacionais que não tenha curiosidade de conhecer mais sobre estes fenômenos do cenário internacional³.

2 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo – As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. 2. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 19.

3 MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao direito inter-

É nesse contexto em que se inserem as novas tratativas negociais, em que o Direito Internacional dos Investimentos tem o papel fundamental de gerenciar o caráter volátil que o hoje o capital possui.

Não se pode falar em investimentos sem mencionar os riscos a eles inerentes. É importante que se tente estimar os riscos aos quais eles estão submetidos. O jurista alemão Jörn Griebel⁴ sugere alguns riscos típicos a que o investidor está sujeito: desapropriação (direta ou indireta); a discriminação de um investimento em benefício de um terceiro (desrespeito à livre concorrência); restrição à remessa de lucros para o Estado investidor; falta de proteção policial em caso de danos causados por terceiros (como os casos de vandalismo); e o não cumprimento de promessas feitas pelo Estado receptor⁵.

A tentativa de estimar os riscos, segundo o doutrinador alemão, pode ser orientada conforme três diferentes tipos de investimento⁶. Sob a primeira vertente (investimentos sem proteção especial)⁷, há uma sociedade ou pessoa estrangeira que deseja investir em outro Estado, sem qualquer proteção contratual ou conformidade com o direito internacional. Assim, o investidor submete-se àquilo que é determinado pelo ordenamento jurídico do país hospedeiro⁸.

Sob um segundo aspecto dos investimentos, procura-se alcançar a estabilidade e a segurança mediante um contrato firmado com

nacional privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (coords.). *Novas perspectivas do Direito Internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 321-323.

4 GRIEBEL, Jörn. *Internationales Investitionsrecht*. München: Verlag C. H. Beck, 2008, p. 3.

5 Tradução livre das seguintes expressões que indicam riscos típicos: *Enteignungen (direkte/indirekte)*; *Diskriminierung einer Investition über Begünstigung Dritter (Wettbewerbsverzerrung)*; *Beschränkung des Gewinntransfers*; *keine Schutzgewährung bei Unruhen etc.*; *Nichteinhaltung staatlicher Zusagen*.

6 *Ibidem*, p. 5.

7 Investimentos sem proteção especial é tradução livre da expressão alemã “*Investitionen ohne besonderen Schutz*”.

8 GRIEBEL, Jörn. *Op. cit.*, p. 6.

o país hospedeiro (*Investition mittels Investitionsvertrag*). Nesse ponto, a estabilidade depende da autonomia das partes, uma vez que se deve cumprir aquilo que foi acordado entre investidor e país hospedeiro, principalmente no que tange à lei aplicável e também aos mecanismos utilizados no caso da ocorrência de litígios⁹.

A terceira vertente dos investimentos diz respeito aos IITs (*international investment treaties*)¹⁰, ou seja, é por meio dos IITs que a proteção aos investimentos estrangeiros ocorre. É corrente também que se promova a proteção aos investimentos por meio de tratados de livre comércio,¹¹ embora estes sejam menos comuns do que os IITs. A proteção aos investimentos e seu consequente equilíbrio encontram nos IITs um significado predominante: estima-se que haja hoje no mundo cerca 2.807 tratados bilaterais de investimento (BITs – *bilateral investment treaties*)¹². Além disso, conforme o Relatório Mundial da UNCTAD de 2011, até o ano de 2010 os Estados membros da União Europeia possuíam mais de 1.300 BITs com países que não fazem parte do bloco europeu¹³.

Atentar-se-á, aqui, à segunda modalidade supracitada. A avaliação do risco do investimento em um determinado Estado tem importância fundamental para que a empreitada almejada no setor energético obtenha êxito. Assim, devem-se estabelecer formas de se alcançar o equilíbrio e a consequente minimização de conflitos entre os Estados hospedeiros e os investidores no setor. Isso porque os investimentos em energia tendem a tomar grandes proporções, por um longo período de tempo, envolvendo um grau considerável de

9 *Loc. cit.*

10 Na doutrina de Jörn Griebel: “*Investitionsschutzabkommen*”.

11 FTA – *Free Trade Agreements*, citando como exemplos o NAFTA e o MERCOSUL.

12 Relatório de Investimento Mundial 2011 da UNCTAD, p. 100. Disponível em: <<http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>>. Acesso em 19.11.2011.

13 *Ibidem*, p. xvi.

interesses públicos e de risco negocial. Esses tipos de investimento transparecem uma vulnerabilidade à interferência de autoridades locais ou estatais, a ponto de criar fatos e condições capazes de gerar elementos de riscos políticos aos investidores¹⁴.

No contexto dos contratos internacionais de investimentos em energia, objetiva-se a busca por mecanismos capazes de trazer segurança aos investidores, bem como aos países hospedeiros, embora hoje, ao direito internacional dos investimentos, falte uma autoridade central que traga unidade e consistência às decisões que envolvam garantias legais e contratuais entre as partes¹⁵.

A exemplo de alguns países latino-americanos que adotam o “populismo energético”, principalmente na área da energia advinda da exploração petrolífera, fica clara a influência que a política e a economia de um país exercem sobre a decisão dos investidores. Nesses casos, os lucros dessa exploração são destinados a propósitos políticos ou à sustentação de projetos sociais estatais, o que acaba por desestimular futuros novos investimentos estrangeiros e o desenvolvimento de modernas e inéditas tecnologias no setor¹⁶.

Nestes casos, há falta de segurança jurídica quando se fala em investimentos no setor, uma vez que os governos destes países mesclam seus objetivos políticos e ideológicos de curto prazo com suas “estratégias” de energia.¹⁷ Tem-se, então, uma situação paradoxal, em que, apesar da fartura de reservas (considerando inclusive o pioneirismo do biodiesel e a riqueza de recursos hídricos e petrolíferos), há a constância de episódios envolvendo apagões elétricos, racionamento e crise que afastam investidores estrangeiros, castigando a população.

14 CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Nova Torque: Oxford University Press, 2010, p. xlvii.

15 *Ibidem*, p. xlix.

16 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Vol. 1, n. 19 (2011), p. 33.

17 *Ibidem*, p. 34.

Nesse diapasão, não é de se surpreender que os litígios envolvendo investidores e Estados hospedeiros tenham sido uma característica marcante no setor energético internacional. Os investimentos nesse setor tendem a crescer nos próximos anos, envolvendo, inclusive, um nível alto de interesses estatais. Investir em energia significa estar vulnerável a intervenções estatais ou a outras autoridades locais, criando um notável risco político para o investidor¹⁸.

O crescimento do setor tem se dado principalmente nos países em desenvolvimento. A enxurrada de IED nas indústrias extrativistas é causada pela grande demanda de petróleo, gás e mineração em economias como China e Índia, para que o seu rápido crescimento econômico consiga se sustentar, além de apoiar a sua industrialização e urbanização. Assim, tanto os governos quanto as empresas investidoras conseguem garantir por um longo tempo o fornecimento relativamente estável de recursos naturais, sem ter que se preocupar com os preços cada vez mais altos e instáveis de *commodities* deste gênero. A título exemplificativo, sabe-se que a China figura hoje como investidor líder nas indústrias extrativistas. Em 2010, o país ultrapassou os Estados Unidos na posição de Estado que mais utiliza energia no globo¹⁹.

Ademais, não se pode deixar de mencionar que duas companhias de petróleo e gás chinesas (*China Petrochemical Corp.* – Sinopec – e CNOOC) realizaram, em 2010, grandes aquisições *upstream* na Argentina e no Brasil, de tal forma que, no primeiro trimestre de 2011, esses investimentos totalizaram US\$ 12,6 bilhões de dólares. A título exemplificativo, como prova da capacidade de investir recursos principalmente em países em desenvolvimento, a companhia estatal de eletricidade da China (*State Grid Corporation of China*), adquiriu por US\$ 1,7 bilhão de dólares, no último ano, sete²⁰ companhias de

18 CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. xlvii.

19 Relatório de Investimento Mundial 2011 da UNCTAD, *Op. cit.*, p. 48.a

20 Segundo informações da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), as sete transmissoras compradas são: Serra Paracatu Transmissora de

transmissão de energia brasileiras.²¹ A estatal chinesa obteve também uma concessão de 30 anos para a exploração de energia brasileira e outras infraestruturas no sudeste do Brasil.

Percebe-se, portanto, a necessidade de um aparato que sustente a prosperidade dos países em desenvolvimento. Isto é, investir em energia – e aqui nos referimos a todo e qualquer tipo de fornecimento energético – é crucial para que países de grande população garantam o seu estabelecimento no mercado mundial, sem ter que depender tanto dos países desenvolvidos que, por ora, sofrem evidente desaquecimento em suas economias. Nesse sentido, faz-se mister estudarmos as formas de contratação que permitem esse investimento maciço no setor. Os contratos entre investidor e Estado receptor devem ser cautelosamente analisados, valendo-se de cláusulas específicas, não só para garantir a boa-fé objetiva entre as partes, como também para evitar que investimentos de alto valor caiam por terra, gerando consequências negativas não só para a economia de um país, como principalmente para a população.

1. Os contratos internacionais, a escolha da lei aplicável e as suas cláusulas típicas na indústria do petróleo

Instrumento por excelência do comércio internacional, o contrato, na maior parte das vezes, consegue corresponder ao desenvolvimento das trocas comerciais entre empresas sediadas em diversos Estados, bem como em Estados ao redor do globo.²² Esse movimento faz surgir novas categorias jurídicas, que constantemente precisam se adaptar ao macroambiente socioeconômico²³.

Energia; Ribeirão Preto Transmissora de Energia; Poços de Caldas Transmissora de Energia; Serra da Mesa Transmissora de Energia; Itumbiara Transmissora de Energia; Expansion Transmissão Itumbiara Marimondo e Expansion Transmissão de Energia Elétrica, ativas no sudeste e no centro-oeste do país.

21 Relatório de Investimento Mundial 2011 da UNCTAD, *Op. cit.*, p. 61.

22 CRETELLA NETO, José. Contratos internacionais: cláusulas típicas. Campinas, SP: Millennium Editora, 2011, p. 77.

23 *Loc. cit.*

Nesse contexto, leis nacionais, princípios e normas passaram a disciplinar os contratos, de tal forma que os negócios pudessem maximizar seus ganhos e se adaptar ao ambiente em constante mutação. Entretanto, os investimentos aplicados nas mais diversas espécies de trocas comerciais são tão significativos quanto as vicissitudes e as incertezas que tais empreendimentos comportam.

Sabe-se que a certeza sempre foi ponto de grande discussão na ciência jurídica. Afinal, o direito vive em constante transformação, passando de regime estrito – que privilegia a certeza e a exatidão – para a flexibilidade – que visa maior justiça e equidade –, para voltar novamente a uma fase de certeza e segurança. As fases nunca voltam a ser o que eram, mas há esta constante passagem de uma para outra posição²⁴.

Assim, é possível que as partes minimizem tais incertezas pela escolha da lei aplicável. Segundo Jacquet²⁵, a autonomia da vontade atua, nesses casos, em três planos distintos. Por um lado, o referido princípio aparece como meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional. De outro lado, o mesmo princípio permite que as partes submetam o seu contrato ao direito estatal. Enfim, sob um terceiro aspecto, a autonomia da vontade seria um instrumento para aperfeiçoar o direito, eliminando o conflito de leis, uma vez que suas normas reguladoras emudeceriam em razão da liberdade internacional das convenções.

Conforme indica Nadia de Araujo²⁶, “na ordem interna a autonomia significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das

24 DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – Direito Civil Internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 216.

25 JACQUET, Jean-Michel, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris, Economica, 1983 *apud* ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: Autonomia da vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 24.

26 ARAUJO, Nadia de. *Op. cit.*, p. 51.

normas imperativas e da ordem pública”. Por outro lado, em uma perspectiva internacional, entende-se a autonomia da vontade como a liberdade das partes de escolher outro sistema jurídico para que o contrato seja regulado.

Hoje, na opinião da autora, não há mais que se discutir acerca da legitimação da autonomia da vontade. Isso porque o tema perdeu muito de seu atrativo:

na medida em que convenções internacionais permitiram expressamente essa faculdade às partes para a escolha da lei contratual. A influência desses novos diplomas internacionais determinou a modificação paulatina da legislação interna da maioria dos países, permitindo-se expressamente a autonomia. Em razão direta do direito convencional internacional, a autonomia agora é facultada pela lei e prescinde da justificação erigida pelos teóricos dos direitos subjetivos mencionados quando defendiam as teorias subjetivistas e objetivistas²⁷.

Conforme expõe Carmen Tiburcio:

Se uma determinada relação jurídica entra em contato com mais de uma jurisdição, seja pela nacionalidade/domicílio das partes envolvidas, pelo lugar da celebração do contrato ou pelo lugar da sua execução, surge a dúvida acerca da lei aplicável a essa relação: a lei local (do juiz que examina a questão) ou uma lei estrangeira²⁸.

²⁷ *Ibidem*, p. 52.

²⁸ TIBURCIO, Carmen. Temas de Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 313.

Para resolver a questão, faz-se uso das regras de conexão, que constituem um instrumento do direito internacional privado capaz de determinar a lei aplicável ao caso.

Nesse caso, de acordo com a autora:

Se um contrato internacional é submetido à apreciação da jurisdição estatal, de qualquer Estado, este será o procedimento a ser seguido: recurso às regras de conexão do país, que podem levar – ou não – à aplicação da lei material estrangeira. No Brasil, como regra, os contratos são regidos pela lei do lugar da sua celebração – *lex loci celebrationis* – havendo controvérsia na doutrina acerca da possibilidade de escolha pelas partes da lei aplicável – *lex voluntatis*²⁹.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁰, em seu art. 9º, determina que, “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. Nesse sentido, há uma corrente da doutrina que entende que o referido comando legal exclui a possibilidade de que a *lex voluntatis* seja aplicada. Seja porque a autonomia da vontade invoca muitas polêmicas, como afirma Irineu Strenger, seja porque as obrigações no Brasil não poderiam estar sob o domínio do mencionado princípio (contando que este seja admitido pela lei do país em que se constitui a obrigação), como entende Oscar Tenório, fato é que a teoria do *ius loci contractus* parece prevalecer na visão desses internacionalistas³¹.

29 *Loc. cit.*

30 Nova denominação dada pela Lei n. 12.376 de 2010. O decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 foi inicialmente nomeado como Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

31 TIBURCIO, Carmen. *Ibidem*, p. 314.

Entretanto, adota-se aqui o entendimento de que é possível compatibilizar a norma de direito internacional privado, constante na Lei de Introdução, com a autonomia da vontade. Em favor dessa perspectiva, ensina Haroldo Valladão que, embora a lei positivamente não se refira a essa possibilidade, não se pode olvidar um princípio que por muito tempo permeia o ordenamento jurídico brasileiro.³² O internacionalista ainda baseia seu ponto de vista fazendo referência ao § 2º do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, em que o verbo “reputa-se” na redação “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente” comporta o princípio da autonomia da vontade. Isso porque seria correto entender que, somente se não houvesse vontade expressa ou tácita acerca da lei aplicável, a lei da residência prevaleceria³³.

O internacionalista Jacob Dolinger também argumenta em favor da escolha da lei aplicável, explicando que, por meio da escolha, há maior segurança às partes no que tange ao regime jurídico a que as relações contratuais ficarão submetidas. O mesmo não ocorre com as regras de conexão: tais regras, ao indicarem a lei de um país como aquela capaz de por fim aos litígios, leva as partes a se submeterem a um direito por elas nem sempre conhecido. Por derradeiro, Dolinger afirma que a conveniência das partes representa papel importante, uma vez que, inseridas nas tratativas negociais, são as partes que conhecem melhor a maneira de materializar e dar soluções ao contrato.³⁴ No Direito Convencional, também é possível observar a liberdade de escolha como ponto principal das negociações contratuais. Segundo a Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980), as partes são livres para acordar acerca do direito que regerá as obrigações:

32 *Loc. cit*

33 *Loc. cit.*

34 DOLINGER, Jacob. *Op. cit.*, p. 75.

Art 3º

Liberdade de escolha

1— O contrato rege-se pela lei escolhida pelas Partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as Partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

2 – Em qualquer momento, as Partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente Convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afecta a validade formal do contrato, na acepção do disposto no artigo 9º, nem prejudica os direitos de terceiros³⁵.

As Convenções da Haia foram as primeiras a expressar a autonomia da vontade. Mais especificamente, em relação aos contratos de vendas de mercadorias, a Convenção da Haia sobre lei aplicável à compra e venda internacional de mercadorias (1986) considera a lei aplicável ao contrato aquela escolhida pelas partes, contanto que de forma expressa e inequívoca:

35 A Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais harmoniza as normas de conflitos de leis aplicáveis aos contratos. O Regulamento (EC) 864/2007 (intitulado Roma II) aborda os conflitos sobre a lei aplicável a obrigações não contratuais. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_ec_pt.htm>. Acesso em: 1º/11/2011.

Article 7

1. La vente est régie par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble. Ce choix peut porter sur une partie seulement du contrat.

2. Que les parties aient ou non choisi une loi, elles peuvent convenir à tout moment de faire régir le contrat, en tout ou en partie, par une loi autre que celle qui le régissait auparavant. Toute modification quant à la détermination de la loi applicable intervenue postérieurement à la conclusion du contrat ne porte pas atteinte à la validité en la forme du contrat, ni aux droits des tiers³⁶.

Embora no plano internacional a escolha da lei seja amplamente reconhecida, nota-se que os tribunais pátrios não consideram a teoria da autonomia da vontade como ponto de partida para a eleição da lei mais favorável às partes. São raras, para não se dizer inexistentes, jurisprudências brasileiras que sejam favoráveis ao uso de lei estrangeira, uma vez tendo sido estas estipuladas pelas partes em um contrato internacional³⁷. O argumento do respeito à soberania

36 Em tradução livre: (1) O contrato de compra e venda é regido pela lei escolhida pelas partes. O acordo das partes em relação à escolha da lei deve ser expresso ou claramente demonstrado, de acordo com os termos do contrato e a atuação das partes como um todo. Tal escolha pode estar limitada a uma parte contratante. (2) As partes podem, a qualquer tempo, submeter o contrato, no todo ou em parte, a uma outra lei que não aquela que governava o contrato desde o início (tendo essa lei sido fruto ou não da escolha das partes). Se as partes modificarem a lei aplicável, ainda que após a conclusão do contrato, essa modificação não prejudicará a sua validade ou o direito de terceiros. (Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=61>. Acesso em: 2/11/2011.)

37 Acertadamente afirma Jacob Dolinger, ao indicar os motivos pelos quais não se encontram facilmente decisões que permitem a escolha da lei aplicável ao contrato: “as hipóteses em que esta escolha ocorre ou são cumpridas, sem consequente litigância, ou são levadas à arbitragem no exterior, cujos laudos são

nacional sempre acaba por prevalecer, de tal forma que as obrigações precisem ser reguladas por lei nacional.

Há registro, no entanto, no 1º Tribunal de Alçada de São Paulo, de decisão privilegiando a escolha da lei pelas partes:

EMENTA: Legislação estrangeira – Discussão sobre qual legislação deve ser aplicada no caso concreto, a estrangeira, objeto de eleição pelas partes, ou a brasileira – Contrato celebrado no estrangeiro com cláusula expressa de aplicação da legislação estrangeira – Validade – Por força de imposição da norma de direito internacional privado, é possível que seja aplicada uma lei estrangeira no Brasil, num dado caso concreto, e caberá ao órgão judicante averiguar se sua aplicabilidade não ofenderá os princípios de nossa organização política, jurídica e social, ou seja, a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes.

[...] De acordo com o princípio da autonomia da vontade, que preside a elaboração dos contratos, podem as partes eleger o foro de sua conveniência e escolher as leis que devem reger seus contratos. [...] No caso, as partes desavindas contrataram, expressamente, na cláusula 14, que o contrato seria regido e interpretado de acordo com as leis do Reino Unido, e cada uma das partes naquele ato se submete à circunscrição judicial de tais tribunais. É inegável que nosso direito manteve a autonomia da vontade no campo da lei aplicável às obrigações contratuais. Sustenta tal posição Haroldo Valladão e também o professor Irineu Strenger. Tem-

cumpridos espontaneamente, ou, eventualmente, homologados sem contestação, só para efeitos contábeis e fiscais”. In: DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) – Direito Civil Internacional – vol. II – Contratos e obrigações no direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 465.

se, portanto, que no Brasil é admitida a escolha da lei aplicável nos contratos internacionais, e como as partes no presente caso escolheram expressamente a lei do Reino Unido, esta escolha é válida e eficaz³⁸.

Pode-se afirmar que, embora a escolha da lei que regerá o contrato internacional seja entendida pelos tribunais e parte da doutrina como motivo de atentado à ordem pública e à soberania nacional, essa liberdade de escolha nos parece a melhor maneira de estabelecer relações estáveis entre as partes contratantes.

Mais do que isso, optar por determinados tipos de cláusulas que diminuam o risco dos investidores são atitudes prudentes a serem tomadas no que tange ao contrato internacional, principalmente aquele que necessariamente se submete a riscos políticos e eventuais perdas econômicas, como é o caso dos investimentos em energia.

A forma como a autonomia das partes, por meio das cláusulas específicas de estabilidade, pode ser explorada em um contexto de negociações que ultrapassam barreiras geográficas será melhor analisada a seguir.

1.1. A estabilidade das cláusulas nos contratos de investimento e exploração de petróleo

Ao analisar a atuação de investidores estrangeiros em contratações com o Estado, é natural que eles procurem acautelar-se de riscos de nacionalizações e modificações legislativas por meio de três pontos fundamentais: a cláusula de direito aplicável (já tendo sido discorrido no presente trabalho acerca da possibilidade de seu uso); a cláusula de estabilização; e a cláusula compromissória. Afinal, não é suficiente que o investidor estrangeiro se valha apenas do direito

38 1º TACivSP, AgIn 1.247.070-7, 12ª Câmara, relator Artur César Beretta da Silveira. Julgado em 18 de dezembro de 2003.

interno do país hospedeiro e do corpo que compõe o seu Judiciário. A proteção extra de que o investidor precisa é benéfica também para o Estado, que pode garantir a continuidade do fluxo de investimentos estrangeiros e de acordos de desenvolvimento. Essa liberalização das relações contratuais permite às partes que se adotem normas internacionais e se faça uso da arbitragem internacional para resolver possíveis litígios³⁹.

Os contratos internacionais, embora procurem respeitar o brocardo jurídico *pacta sunt servanda*⁴⁰ e possibilitar a escolha da lei aplicável, devem também apresentar aspectos mais flexíveis no que diz respeito à sua execução. Não se pode esquecer, ademais, que esse tipo de contrato que permite o investimento em territórios estrangeiros possui, em sua essência, forte aspecto político (por ser firmado com Estados); mutabilidade (podendo ser alterado ou rompido pelo Estado); longa duração (em razão dos projetos de grande monta que o contrato viabiliza); cláusula arbitral; e cláusulas de estabilização⁴¹.

A busca pelo equilíbrio da economia interna do contrato faz com que as partes se libertem da responsabilidade, ou simplesmente a limitem. Isso porque:

Deve-se ter em mente que os contratos internacionais são, geralmente, de longa duração [...]. Além disso, as prestações envolvem atividades bastante complexas, como fornecimentos de equipamentos pesados, obras de construção e operação de grandes parques industriais, muitas vezes construídos e administrados em países nos quais os macroambientes político e econômico nem sempre são estáveis.

39 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 69.

40 Denominado por muitos como the *sanctity of contracts*.

41 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 69-70.

Além disso, o local de execução dos contratos pode estar sujeito à ocorrência de catástrofes naturais, tais como deslizamentos de encostas, furacões, tornados, erupções vulcânicas [...], enchentes [...]. Os contratos lidam necessariamente com um futuro incerto⁴².

Dessa forma, a inclusão de cláusulas de estabilidade é prática comum, principalmente em contratos entre investidores e Estado hospedeiro na indústria energética internacional, que, não só estão sujeitos a fatos imprevisíveis causados pela natureza, como também aos fatos sujeitos a elementos políticos, econômicos e sociais.

Segundo Peter Cameron⁴³, essas cláusulas tiveram sua origem nos anos de 1930⁴⁴. Embora existam várias outras maneiras de se alcançar a estabilidade contratual entre estas partes, a ideia essencial que tais cláusulas trazem é a mesma: as partes procuram alcançar uma segurança contratual ao estabelecer que os termos referentes ao investimento e suas características essenciais permanecerão imutáveis desde a data da assinatura do contrato até o dia em que ele ainda existir. Assim, as partes contratantes asseguram a estabilidade de cláusulas de conteúdo econômico e a possibilidade de pôr em prática a implementação dos projetos almejados.

Por vezes, os investidores preferem incluir somente aspectos fiscais em suas cláusulas, mas, para a maioria daqueles que investem, utilizar-se de cláusulas com conteúdo mais amplo costuma ser a opção mais prática. Como exemplo, há cláusulas que incluem o direito dos investidores de converter o inadimplemento dos Estados hospedeiros em direito de monetizar o empreendimento. É comum também

42 CRETELLA NETO, José. *Op. cit.*, p. 521.

43 CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. 68.

44 Essencialmente como forma de prevenção a eventuais crises, uma vez que o mundo temia episódios semelhantes àqueles ocorridos quando da Crise de 1929.

cláusulas que, diante da inadimplência dos Estados, permitem que investidores tenham o direito de explorar áreas de exploração de energia de grande valor comercial, além de cláusulas que permitem que o investidor tenha poder de governança sobre todo o projeto de investimento em si⁴⁵.

Conforme assegura Cameron, no contexto dos contratos internacionais de energia, o termo estabilidade refere-se a todos os mecanismos, contratuais ou não, que objetivam preservar, durante o período de vigência do contrato, os benefícios de condições econômicas e legais específicas que as partes consideram apropriadas desde o momento da celebração do contrato⁴⁶.

Em muitos acordos, é comum observar declarações expressas no sentido de que a intenção das partes é manter aquilo que foi acordado quando da assinatura do contrato. Entretanto, por vezes, o termo “estabilidade” não é aplicado ao fato de que haverá um comprometimento à exclusão de novas leis que possam vir a criar impactos na relação comercial entre os atores em questão. O que ocorre é a interpretação deste termo no sentido de se estabelecer mecanismos que possam vir a minimizar os impactos de qualquer nova legislação que surja.

O uso de tais cláusulas garante o investimento seguro na indústria do petróleo e gás. Para ilustrar a relevância dessa indústria em nossa economia e a busca pela nossa independência nesse setor, segue trecho do voto da Ministra Ellen Gracie, proferido em 20 de julho de 2007, nos autos do processo SL/176⁴⁷:

45 CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. 68.

46 Em tradução livre, do mesmo autor: *in the context of an international energy contract, the term stabilization applies to all of the mechanisms, contractual or otherwise, which aim to preserve over the life of the contract the benefit of specific economic and legal conditions which the parties considered to be appropriate at the time they entered into the contract.*

47 A suspensão de liminar referia-se ao caso envolvendo a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e a União, com fundamen-

Nosso país luta há décadas para se tornar independente em relação à produção de petróleo e, principalmente, de gás natural, objeto frequente de todos os noticiários nacionais. O tempo é implacável com os países que relegam o planejamento estratégico a um plano inferior, certo que estamos a discutir questões relativas a materiais fósseis, que demandam constantes pesquisas, prospecções e altos investimentos. A União, por intermédio de seus órgãos competentes, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e o Conselho Nacional de Política Energética – CNPE, estabeleceu critérios, que julgou os melhores, para alcançar as metas de produção de petróleo e gás natural necessárias à sustentação do nosso modelo de crescimento a médio e longo prazos, critérios que se encontram, em princípio, dentro de um juízo eminentemente técnico, no qual está a interferir a decisão ora impugnada. Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um setor altamente tecnológico

to no art. 4º da Lei 8.437/92, que requereram a suspensão da execução da decisão proferida pelo Juízo da 9ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal nos autos da Ação Popular nº 2006.34.00.035825-0 (fls. 43-45), que deferira o pedido de liminar para suspender a licitação para a outorga de concessões de exploração e produção de petróleo e gás natural em blocos com risco operacional, referente à denominada “8ª Rodada de Licitações”, que teria início no dia 28 de novembro de 2006, ao entendimento de que poderia haver prejuízo ao patrimônio público, “com o alijamento do certame da principal empresa brasileira cuja atividade é de reconhecido caráter nacional destinado a garantir o abastecimento do País da energia resultante dos derivados de petróleo” (fls. 44-45 dos autos da Ação Popular).

que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica⁴⁸.

As constantes pesquisas, prospecções e investimentos na indústria do petróleo são, na maioria das vezes, alicerçadas em *joint ventures*. Estas são instrumentos essenciais para a realização de negócios internacionais⁴⁹, pois constituem uniões empresariais que tem acesso às mais novas tecnologias, reduzindo, conseqüentemente, os custos de produção⁵⁰. Na indústria do petróleo, os atores que compõem essa figura são as empresas multinacionais, empresas estatais e privadas, países hospedeiros e, dependendo do caso, agências de desenvolvimento.

A expressão *joint venture* pode ser compreendida como um gênero, que se divide em duas espécies. Em sentido amplo, podemos definir *joint venture* como uma reunião de empresas (*co-ventures*) que, mediante a firmação de um negócio jurídico transitório, unem-se para proteger o capital investido da álea empresarial na realização de uma atividade comum. As *joint ventures* podem ser divididas em *corporate joint ventures* e *noncorporate joint ventures*. Estas últimas constituem meros contratos de comunhão de objetivos, que não fazem surgir uma nova sociedade (como exemplo, contrato de transferência de tecnologias). Por sua vez, as *corporate joint ventures* implicam a formação de uma nova sociedade (chamada *equity joint venture*) pelas sociedades parceiras, com o fito de conquistar novos mercados.

48 SL/176 DF, relator Min. Presidente. Julgado em: 11 de outubro de 2007. Data de publicação: 19/10/2007, p. 24.

49 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, p. 100.

50 Loc. cit

Eros Grau chega a afirmar que não se pode fazer uso de um conceito jurídico de *joint venture*, até por força da não positivação de sua definição, muito embora reconheça sua importância na economia moderna⁵¹. Não obstante, nos parece que é possível considerar a *joint venture* como um instituto jurídico, desde que respeitando suas particularidades. Nesse sentido, José Edwaldo Tavares Borba anota que, em uma primeira análise, percebe-se nas *joint ventures* a forma de uma sociedade de capitais, até porque são reservadas para atividades que demandam altos investimentos; por outro lado, todavia, os sócios ou acionistas não são meros prestadores de capital, pois o *know-how* específico de cada um, sua competência gerencial e suas habilidades em diferentes setores da atividade desenvolvida são combinados de forma a alargar as possibilidades de êxito do empreendimento, disso derivando o caráter *intuitu personae* que marca este tipo de negócio⁵².

Assim, empresas de nacionalidades distintas, que resolvem, juntas, atuar no comércio internacional, geralmente procuram uma lei aplicável diversa daquela vigente no país hospedeiro do investimento, embora, via de regra, os contratos de exploração e produção de petróleo e gás natural possuam cláusula de sujeição à lei territorial⁵³. Afinal, as partes nos contratos petrolíferos transnacionais não podem se esquecer de que estão lidando com Estados soberanos, que são os detentores das riquezas que se deseja explorar.

Não se pode deixar de mencionar que a globalização da economia e das culturas influenciou claramente os rumos da atividade petrolífera: “o cenário petrolífero mundial tem sido afetado sobremaneira pelo jogo de interesses envolvidos e pela disputa dos me-

51 GRAU, Eros Roberto. Joint venture e consórcios de tecnologia e a Lei de Informática. In: *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*. n. 83, 1987, p. 6.

52 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 521-522.

53 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, p. 24.

lhores negócios para aplicação dos grandes capitais internacionais disponíveis”⁵⁴.

Nessa corrida capitalista, abre-se espaço para a abertura de mercados em países em desenvolvimento, de tal forma que já se pode observar circulação de capital financeiro especulativo em países onde não necessariamente há estruturas de produção ideais para a exploração da tão almejada *commodity* que é o petróleo.

Com base nesse panorama, os contratos petrolíferos, de produção e exploração, firmados entre o Estado (ou uma empresa estatal ou governamental) e uma ou mais empresas de petróleo (nacionais ou estrangeiras), necessitam de amparo para que a exploração se dê da forma mais transparente e equilibrada possível⁵⁵. Sejam nas formas clássicas de contrato⁵⁶ ou nas formas híbridas⁵⁷, deve-se considerar que as partes envolvidas possuem uma meta comum, qual seja, a viabilização da exploração dos recursos petrolíferos do Estado, otimizando o seu desenvolvimento econômico, sem se esquecer da distribuição de riscos, da partilha do que é explorado, e do controle sobre a produção.

Assim, com o fito de trazer equilíbrio a essas relações, expõe-se, a seguir, um rol de cláusulas de estabilidade consideradas como as mais relevantes no âmbito das tratativas negociais da indústria do petróleo e gás.

1.1.1. Cláusula de congelamento

Por meio da cláusula de congelamento (**freezing clause**), proíbe-se que o Estado hospedeiro altere suas leis, impedindo-o

⁵⁴ *Ibidem*, p. 25.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 161-162.

⁵⁶ São elas: concessão tradicional; concessão do pós-guerra; *joint venture*; contratos de associação; contratos de partilha de produção; contratos de serviço puro; contratos de prestação de serviço com cláusula de risco; licenças; *leases* norte-americanos.

⁵⁷ Formas que aglutinam traços básicos das formas clássicas, considerando os aspectos mais favoráveis de cada um deles.

de exercer seus direitos de soberania sobre seu campo legislativo. Alternativamente, esse tipo de cláusula pode também impedir que o Estado hospedeiro realize modificações nas leis que entraram em vigor após a data da assinatura do contrato. Assim, a competência legislativa do Estado seria limitada, considerando a relação contratual entre ele e o investidor, para fins de garantir a continuidade do investimento, de forma que ao Estado é defeso emendar ou anular o contrato em questão. Ainda há a possibilidade de o contrato ficar isento de quaisquer modificações legais que advenham do regime jurídico do Estado hospedeiro. Tem-se aí o congelamento das leis sobre as quais o contrato se baseou, limitando-o à legislação do Estado que estava em vigor no momento em que as partes concordaram acerca do que foi avençado⁵⁸. Nesse último caso, não se pode confundir com a *lex contractus*. Trata-se apenas de um sistema de referência escolhido pelas partes contratantes: não haveria, portanto, a intenção de impedir que o Estado modificasse as suas leis, mas a “lei especial” convencionada por meio do contrato é que passaria a reger as obrigações entre os atores do investimento, independentemente do exercício de soberania do Estado hospedeiro, quando resolvesse fazer modificações legislativas⁵⁹.

Entretanto, é difícil que os Estados aceitem cláusulas capazes de restringir a tal ponto o seu poder soberano. Por isso, o Estado hospedeiro costuma oferecer uma cláusula de congelamento mais restrita. Assim, apenas uma parte do contrato é abarcada pela cláusula, e não o seu inteiro teor⁶⁰. A título exemplificativo, pode-se delimitar que a cláusula de congelamento refere-se apenas a aspectos fiscais do contrato: temas como segurança, administração interna do país, meio-ambiente e saúde poderiam ser livremente modificados pelo

58 CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. 70.

59 *Ibidem*, p. 75.

60 *Ibidem*, p. 70.

Estado. Porém, modificações na lei fiscal (como um novo regime de *royalties*, por exemplo) não influenciariam naquilo que já havia sido celebrado anteriormente pelas partes.

Um exemplo de cláusula que se limita à manutenção de aspectos fiscais do contrato é encontrado na emenda ao acordo de desenvolvimento de minérios, firmado entre o Governo da República da Libéria e *Mittal Steel Holdings NV*, em 28 de dezembro de 2006⁶¹:

For the avoidance of doubt, any amendments, additions, revisions, modifications or other changes to the Tax Corpus made after the Amendment Effective Date shall not be applicable to the concessionaire. Furthermore, any future amendment, additions, revisions, modifications or other change to any Law “other than the Tax Corpus” applicable to the concessionaire or the Operations that would have the effect of imposing an additional or higher tax, duty, custom, royalty or similar charge on the concessionaire will not apply to the concessionaire to the extent it would require the concessionaire to pay such additional tax, duty, royalty or charge.

1.1.2. Cláusula de proibição de mudanças unilaterais

Entendida como uma cláusula não tangível, a cláusula de proibição de mudanças unilaterais (*prohibition on unilateral changes*) poderia ser considerada como uma subcategoria da cláusula de congelamento. Ela representa uma terceira alternativa da cláusula de congelamento: não há o congelamento da lei de um país, tampouco o bloqueio de leis que envolvem determinados temas (como o exemplo acima, sobre os aspectos envolvendo tributos), mas há o bloqueio do contrato firmado e não da lei. Existe, assim, a proibição de mudanças unilaterais ao acordo de investimento, exigindo o consentimento de ambas as partes antes que uma alteração seja realizada. Esse consenso mútuo nos traz a vantagem de que se faz necessário um mecanismo que

⁶¹ *Ibidem*, p. 71.

permita a discussão e negociação dos aspectos contratuais, inclusive futuros, entre as partes⁶².

Como exemplo, tem-se o art. 17 do contrato de concessão entre o Xeiique do Kuwait e a Companhia Americana Independente de Petróleo (*American Independent Oil Company – Aminoil*), firmado em 1982:

*The Sheikh shall not by general or special legislation or by administrative measures or by any other act whatever annul this agreement except as provided in art. 11. No alteration shall be made in the terms of this Agreement by either the Sheikh or the Company except in the event of the Sheikh and the Company jointly agreeing that it is desirable in the interest of both parties to make certain alterations, deletions or additions to this Agreement*⁶³.

No excerto acima, percebe-se que é vedado ao Xeiique do Kuwait realizar alterações no acordo firmado, a menos que ambas as partes cheguem a algum entendimento no sentido de, por meio de leis ou medidas administrativas, modificar aspectos anteriormente avençados.

A cláusula a seguir indica o *status* de lei adquirido pelo o acordo entre a República do Azerbaijão e *State Oil Company* do Azerbaijão, *Kura Valley Development Company Ltd.* e *Socar Oil Affiliate* (em 19 de abril de 1999). O que foi acertado no contrato não pode ser modificado por lei futura, decreto ou determinações administrativas, a menos que o próprio acordo traga alguma exceção combinada entre as partes:

⁶² *Ibidem*, p. 74.

⁶³ Maniruzzaman, A.F.M. The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends. In *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 1. n. 2, p. 122

*Art. 24.1. Upon approval by the Parliament of the Azerbaijan Republic of this Agreement, this Agreement shall constitute a law of the Azerbaijan Republic and shall take precedence over any other current or future law, decree or administrative order (or part thereof) of the Azerbaijan Republic which is inconsistent with or conflicts with this Agreement except as specifically otherwise provided in this Agreement*⁶⁴.

1.1.3. Cláusula de reequilíbrio de benefícios

Um terceiro tipo de cláusula de estabilidade é aquela chamada de cláusula de reequilíbrio de benefícios (*rebalancing of benefits*)⁶⁵. Nela, contemplam-se os ajustes automáticos ou renegociações contratuais em razão de circunstâncias fáticas específicas que tenham ocorrido. Nesse sentido, é estipulado que, caso o Estado hospedeiro, após a celebração do contrato, adote medidas que provoquem consequências prejudiciais aos benefícios econômicos para um ou ambos os contratantes, é preciso que haja um reequilíbrio na relação obrigacional.

Esse ajuste pode se dar automaticamente, como também pode ser alcançado de acordo com a forma estipulada no contrato (*Stipulated Economic Balancing* – SEB). Entretanto, tal possibilidade poderá ficar em aberto (*open-ended approach*), caso não se mencione a maneira pela qual esse reajuste ocorrerá, tampouco haja uma indicação de que o referido ajuste deva se dar por acordo mútuo. Essa modalidade aberta (*Non-specified Economic Balancing* – NSEB) pode ser resultado da recusa do Estado hospedeiro em acordar a respeito da inserção de uma cláusula mais detalhada⁶⁶.

Um terceiro aspecto desta cláusula seria dispor expressamente no contrato que as partes entrem em processo de negociação para que seja possível identificar quais alterações ou emendas deverão ser

⁶⁴ *Loc. cit.*

⁶⁵ CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. 74.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 75.

elaboradas no contrato, de forma que o equilíbrio econômico entre as partes seja reestabelecido, voltando à igualdade de condições que havia desde o início da avença (*Negotiated Economic Balancing*).

Todas essas possibilidades acima descritas possuem um ponto em comum, uma vez que o seu objetivo não é a promoção da mudança na lei do país hospedeiro. O que se pretende, nesses casos, é desviar o impacto econômico que um determinado fato ocasionou, criando estruturas (de maneira concreta ou não) para que aquilo que foi anteriormente avençado consiga ser preservado⁶⁷. É por isso que essa cláusula também recebe o nome de *economic stabilization clause* (“cláusula de estabilidade econômica”) e pode ser analisada a partir dos exemplos a seguir.

O primeiro exemplo refere-se às cláusulas de reequilíbrio estipulado (*Stipulated Economic Balancing* – SEB), que foi retirado do modelo contratual do Equador de outubro de 2002, para a exploração de hidrocarbonetos e de óleo bruto:

*Art. 11.7. In case of modifications to the tax regime, including the creation of new taxes, or the labor participation, or its interpretation, that have consequences on the economics of this Contract, a corresponding factor will be included in the production share percentages to absorb the increase or decrease in the tax burden or in the labor participation of the previously indicated contractor. This correction factor will be calculated between the Parties and approved by the Ministry of Energy and Mines*⁶⁸.

Nesse caso, o fator de correção será calculado pelas partes e aprovado pelo Ministério de Minas e Energia do Equador.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁸ Maniruzzaman, A.F.M. *Op. cit.*, p. 127.

Em relação à segunda categoria, as cláusulas de equilíbrio não especificadas (*Non-specified Economic Balancing* – NSEB), segue-se o exemplo:

In the event that any Governmental Authority invokes any present or future law, treaty, intergovernmental agreement, decree or administrative order which contravenes the provisions of this Agreement or adversely or positively affects the rights or interests of Contractor hereunder, including, but not limited to, any changes in tax legislation, regulations, or administrative practice, the terms of this Agreement shall be adjusted to re-establish the economic equilibrium of the Parties, and if the rights or interests of Contractor have been adversely affected, then SOCAR shall indemnify the Contractor (and its assignees) for any disbenefit, deterioration in economic circumstances, loss or damages that ensue therefrom. SOCAR shall within the limits of its authority use its reasonable lawful endeavors to ensure that the appropriate Governmental Authorities will take appropriate measures to resolve promptly in accordance with the foregoing principles any conflict or anomaly between all such treaty, intergovernmental agreement, law, decree or administrative order and this Agreement⁶⁹.

Nesse caso, a cláusula escolhida para o contrato de partilha de produção entre a República do Azerbaijão e a *State Oil Company* do Azerbaijão; *Kura Valley Development Company Ltd.* e *Socar Oil Affiliate* (em 19 de abril de 1999) não estipula a natureza da alteração que o contrato terá. Tampouco se exige um acordo entre as partes no que diz respeito a que tipo de alteração o contrato deverá sofrer. Apenas é mencionado que o Governo do Azerbaijão deverá tomar medidas apropriadas frente às situações de desequilíbrio econômico que por ventura surgirem.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 127-128.

Por fim, apresenta-se exemplo da cláusula que permite a negociação entre as partes (*Negotiated Economic Balancing*), proveniente do modelo de contrato de partilha de produção da Índia:

Art. 16.7 If any change in or to any Indian law, rule or regulation imposed by any central, state or local authority dealing with income tax or any other corporate tax, export/import tax, customs duty or tax imposed on petroleum or dependent upon the value of petroleum results in a material change to the economic benefits accruing to any of the Parties after the Effective Date, the Parties to this Contract shall consult promptly to make necessary revisions and adjustments to the Contract in order to maintain such expected economic benefits to each of the Parties as of Effective Date⁷⁰.

Esses tipos de cláusulas, de maneira geral, são preferidos pelos Estados hospedeiros, uma vez que as cláusulas de congelamento, além de afetar diretamente a soberania dos países envolvidos, não permitem às partes envolvidas um maior poder de negociação. Assim, as soluções encontradas por meio da cláusula de estabilidade econômica pode permitir soluções mais favoráveis aos Estados hospedeiros.

1.1.4. Cláusula de partilha de danos

Outra forma de estabilizar o contrato na indústria se dá por meio da cláusula de partilha de danos (*allocation of burden*)⁷¹. A tentativa unilateral de mudança da lei pode gerar danos que, nesse caso, devem ser arcados pelas partes. Esse tipo de cláusula comporta várias possibilidades, mas o que normalmente ocorre é que a companhia estatal de petróleo se responsabilize pela maior parte dos danos ocorridos (em alguns outros casos, é o próprio Estado que arca com

⁷⁰ Maniruzzaman, A.F.M. *Op. cit.*, p.128.

⁷¹ CAMERON, Peter. *Op. cit.*, p. 80.

as consequências de uma mudança legal súbita)⁷².

O que se pode pensar, a princípio, é que essa cláusula pouco difere da cláusula de equilíbrio econômico, anteriormente apresentada. Entretanto, não se trata aqui de compensação econômica, mas sim da transferência de qualquer dano adicional também à empresa investidora, caso haja mudanças na lei. Ao contrário do que ocorre com a cláusula de reequilíbrio de benefícios, que pode ocorrer automaticamente ou por meio de novas negociações, a cláusula de partilha de danos não exige uma emenda ao contrato firmado, mas sim uma ação imediata e específica capaz de resolver a situação de dano extremo⁷³.

Essas ações podem envolver, por exemplo, o pagamento adicional de um tributo ou de *royalty*: nos casos das companhias estatais de petróleo, por exemplo, é comum que a mudança das leis, prejudicando o equilíbrio do contrato, acabe por fazer com que companhia petrolífera pague taxas ou *royalties* referentes à sua propriedade sobre a *commodity* em nome do investidor que foi prejudicado. Pode ocorrer também, mediante menção na cláusula, que o investidor pague o montante adicional que corresponda à consequência das modificações ocasionadas pela lei, tendo o direito de ser indenizado ou pelo Estado hospedeiro, ou pela companhia estatal petrolífera. É possível encontrar um exemplo desta última possibilidade na cláusula estabelecida pelo Governo Regional do Curdistão em seu modelo de contrato de partilha de produção⁷⁴:

The Government shall indemnify each Contractor entity upon demand against any liability to pay any taxes, duties, levies, charges, impositions or withholdings assessed or imposed upon such entity which relate to any of the exemptions granted by the Government under this Article 31.1.

72 *Loc. cit.*

73 *Loc. cit.*

74 *Loc. cit.*

Nota-se que a cláusula acima isenta o investidor do pagamento de taxas, impostos, arrecadações, débitos, imposições ou retenções na fonte, que acabam sendo pagos, em substituição, pelo governo.

1.1.5. Cláusula de *earn-out*
(ou *post-closing additional purchase price payment*)

As cláusulas de *earn-out* consistem em estipulações negociais, em que uma parte do preço de aquisição da sociedade é variável ou contingente, uma vez que seu valor se encontra condicionado pela verificação, dentro de um determinado período (o *earn-out period*), de certos resultados ou eventos jurídicos, sejam eles econômicos ou materiais.

Assim, as cláusulas *earn-out* caracterizam-se pela indeterminação de parte (ou da totalidade) do preço de aquisição no momento da celebração do contrato de compra e venda, bem como pelo fato de a determinação de parte ou da totalidade do preço de aquisição estar condicionado à ocorrência de fatos futuros ou incertos.

O raciocínio por trás dessa cláusula, na indústria do petróleo e gás, é permitir que o investidor que tenha vendido seu ativo petrolífero a outra empresa possa ser compensado em caso de descoberta comercial. Isso porque o valor do ativo petrolífero ainda não é conhecido ao tempo de sua venda. Essa compensação se dá em medida proporcional aos investimentos realizados pelo primeiro investidor, uma vez que ele contribuiu para a descoberta da fonte de petróleo e gás, mantendo-se, assim, o equilíbrio contratual entre vendedor e adquirente.

Dessa forma, intenta-se a repartição mais equitativa dos riscos entre as partes. Para o vendedor é favorável, caso a sociedade apresente um grande potencial de crescimento. Ademais, em momentos de crise econômica, a utilização dessas cláusulas pode beneficiar o comprador,

que tem a oportunidade de avaliar o preço da aquisição realizada com base em desempenhos futuros, que talvez difiram bastante dos desempenhos passados, caso tenham sido alvos de crises financeiras.

No exemplo a seguir, tem-se a situação em que foi firmado um contrato no qual uma empresa vende a uma outra sua participação na exploração de um campo de gás, sem que tenha havido a declaração da comercialidade do campo:

Art. 7. Eventual Compensación por Descubrimiento

7.1 Las Partes reconocen y declaran que XXXX, en su carácter de socio del Acuerdo de Operación Conjunta, se encuentra desarrollando actividades de exploración para el descubrimiento de Hidrocarburos comercialmente explotables, sobre una determinada porción del Lote 57, denominada YYY.

7.2 A la fecha no se han realizado descubrimientos de Hidrocarburos comercialmente explotables como resultado de los trabajos de exploración del “YYYY”.

7.3 Las Partes acuerdan negociar de buena fe y de acuerdo al principio de negociación entre partes independientes (arm’s length transaction) una compensación a favor del Vendedor que refleje el valor del “YYYY” en condiciones de mercado o, alternativamente, la no participación del Comprador y su respectiva compensación. Dicha negociación y acuerdo podrá darse en cualquier momento pero limitado al plazo máximo de 180 (ciento ochenta) días contados a partir de la declaración de comercialidad de dicho descubrimiento ante la autoridad de aplicación de la República del XXXXX⁷⁵.

⁷⁵ Acervo pessoal.

No caso acima, por um determinado período de tempo (cento e oitenta dias), haverá compensação em favor do vendedor em relação à exploração do lote pelo comprador. Entretanto, por uma falha negocial, não foi estipulada na redação da cláusula a forma pela qual seria calculado o valor compensatório, o que pode gerar outros conflitos.

1.1.6. Cláusula de *hardship* e força maior

A cláusula de *hardship* foi concebida de forma a possibilitar “um ajuste convencional na ocorrência de uma circunstância futura e imprevista no momento da conclusão do contrato, que viesse a causar uma alteração econômica, de modo que a execução do contrato se tornasse impossível”⁷⁶. Essa impossibilidade pode ser temporária ou definitiva, além de ser desproporcionalmente onerosa para uma das partes.

De acordo com Jairo Silva Melo:

Considera-se *hardship* uma situação em que a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou mesmo tecnológicos que vigoravam na época da celebração do contrato resulte em consequências danosas para uma das partes. Tais modificações podem ser causadas por fenômenos geofísicos, pelas condições socioeconômicas vigentes no sistema internacional ou ainda pelas alterações no mercado internacional, advindas de crises estruturais, escassez, flutuação de preços, etc., e suas respectivas consequências na política comercial, como restrições, medidas de protecionismo, etc.⁷⁷.

⁷⁶ MELO, Jairo Silva. *Op. cit.*, p. 83.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 83-84.

Entendem-se tais cláusulas como complementares àquelas de força maior, pois a cláusula de *hardship*, além de prever a ocorrência de fenômenos naturais, políticos e outros que permitem a suspensão ou resolução do contrato, permite também que haja alterações e intervenções no contrato para que esse se torne mais equilibrado para as partes.

Tradicionalmente, a força maior sempre foi conceituada como um evento imprevisível e inevitável, que era externo à vontade do devedor, o que acabaria por impossibilitar completamente a execução da obrigação. Assim, aquele que foi afetado por evento com tais características estaria exonerado do cumprimento da avença estipulada.

Para que se configure o caso fortuito ou força maior, são necessários alguns elementos, quais sejam: a) o fato deve ser necessário, não determinado por culpa do devedor, isto é, imprevisível; b) o fato precisa ser superveniente e inevitável. Ou seja, durante uma guerra, ao ser celebrado um contrato, não pode o devedor, a *posteriori*, alegar dificuldades oriundas da guerra para se exonerar do que deveria ter cumprido; c) o fato deve ser irresistível, fora do alcance do poder humano. Isto é, a superveniência do fato não deve poder ser sobrepujada para permitir a execução do contrato⁷⁸.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) definiu, em sua Carta Circular 007/2003⁷⁹, o termo “força maior”:

O que significa legalmente o termo Force Majeure? Tirado do Código de Napoleão, Force Majeure significa um evento que não pode ser razoavelmente antecipado ou controlado. Force Majeure, Fuerza Mayor e Vis Major, respectivamente em francês, espanhol e latim, são termos utilizados nos códigos civis em uma maneira similar ao termo “Ato de Deus” usado no direito

⁷⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁷⁹ Nota da CCI constante da Carta Circular 007/2003.

inglês e americano. A cláusula de Força Maior (Force Majeure) refere-se a fatos que liberam as instituições ou indivíduos da responsabilidade de não conseguirem atender a uma obrigação contratual, por exemplo: enchentes, epidemias, terremotos, guerras, revoluções ou insurreições, convulsões políticas, greves de trabalhadores e empregadores ou distúrbios sociais. A partir do ano 2001, infelizmente, será necessário adicionar atos terroristas na lista tradicional.

A cláusula padrão da CCI também é capaz de nos orientar, indicando os eventos em que o uso da cláusula de força maior é possível:

[3] In the absence of proof to the contrary and unless otherwise agreed in the contract between the parties expressly or impliedly, a party invoking this Clause shall be presumed to have established the conditions described in paragraph 1 [a] and [b] of this Clause in case of the occurrence of one or more of the following impediments:

[a] war (whether declared or not), armed conflict or the serious threat of same (including but not limited to hostile attack, blockade, military embargo), hostilities, invasion, act of a foreign enemy, extensive military mobilisation;

[b] civil war, riot rebellion and revolution, military or usurped power, insurrection, civil commotion or disorder, mob violence, act of civil disobedience;

[c] act of terrorism, sabotage or piracy;

[d] act of authority whether lawful or unlawful, compliance with any law or governmental order, rule, regulation or direction, curfew restriction, expropriation, compulsory acquisition, seizure

of works, requisition, nationalisation;

[e] act of God, plague, epidemic, natural disaster such as but not limited to violent storm, cyclone, typhoon, hurricane, tornado, blizzard, earthquake, volcanic activity, landslide, tidal wave, tsunami, flood, damage or destruction by lightning, drought;

[f] explosion, fire, destruction of machines, equipment, factories and of any kind of installation, prolonged break-down of transport, telecommunication or electric current;

[g] general labour disturbance such as but not limited to boycott, strike and lock-out, go-slow, occupation of factories and premises⁸⁰.

80 Em tradução livre:

[3] Na ausência de prova em contrário e salvo acordo em contrário no contrato entre as partes expressa ou implicitamente, a parte, ao invocar essa cláusula, presume-se que ela tenha estabelecido as condições descritas no parágrafo 1[a] e [b] desta Cláusula no caso de ocorrência de um ou mais dos seguintes impedimentos:

[a] guerra (declarada ou não), conflitos armados ou a grave ameaça dos mesmos (incluindo, mas não limitado a ataque hostil, bloqueio, ou embargo militar), as hostilidades, o ato de invasão de um inimigo estrangeiro, vasta mobilização militar;

[b] guerra civil, rebelião e motim, revolução, poder militar ou usurpado, insurreição, comoção civil ou desordem, violência coletiva, ato de desobediência civil;

[c] ato de sabotagem, terrorismo ou pirataria;

[d] ato de autoridade, seja legal ou ilegal, o cumprimento de qualquer lei ou ordem governamental, regulamento, regra ou direção, restrição de toque de recolher, desapropriação, aquisição compulsória, apreensão de obras, requisição, nacionalização;

[e] força maior, peste, epidemia, catástrofe natural, como (mas não limitado a) forte tempestade, ciclone, tufão, furacão, tornado, tempestade, terremoto, atividades vulcânicas, deslizamento de terra, fortes ondas, tsunami, inundação, danos ou destruição por seca, relâmpago;

[f] explosão, incêndio, destruição de máquinas, equipamentos, fábricas e de qualquer tipo de instalação, prolongada queda na telecomunicação, transporte ou corrente elétrica;

[g] perturbação geral do trabalho, tal como (mas não limitado a) boicote, greve e *lock-out*, “operações tartaruga”, ocupação de fábricas e instalações.

Complementarmente, vale citar o Caso n. 8.873/97 do tribunal arbitral da CCI⁸¹:

Cette demande se base sur le principe que l'entrepreneur peut demander, en présence d'événements de force majeure, non seulement l'exonération de sa responsabilité pour ne pas avoir exécuté les obligations affectées par la force majeure, mais aussi le remboursement des surcoûts supportés pour surmonter les conséquences de cette situation.

Ou seja, a sentença arbitral confirma que o investidor pode exigir que, havendo a ocorrência de casos em que se faça presente a força maior, sua responsabilidade seja exonerada por não ter executado as obrigações prejudicadas pela ocorrência do evento. Mais do que isso, segundo o tribunal arbitral, o devedor da obrigação tem também o direito de reembolso em relação aos custos extras com os quais teve que arcar para que fosse possível minimizar as consequências dos fatos ocorridos.

Interessante considerar que, nos investimentos que envolvem petróleo e gás, outros fatores mais específicos podem ser considerados também como de força maior, a exemplo da cláusula exposta a seguir:

(b) "Force Majeure" shall mean any act, event or circumstance, whether of the kind described herein or otherwise, which is not reasonably within the control of the Producers or the Processors, as the case may be, claiming Force Majeure acting as a Reasonable and Prudent Operator. Force Majeure may include circumstances of the following kind, provided, that such circumstances satisfy the definition of Force Majeure set forth above:
[...]

81 ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Dominique. Collection of ICC arbitral awards 1996-2000. Haia, Países Baixos: Kluwer Law International, 2003, p. 507.

*(vii) loss of, serious accidental damage to, or inoperability of the production facilities, including freezing and breakage of pipelines and ancillary facilities related to the transportation of unprocessed XXX Gas and/or YYY Gas to the ZZZ Plant and WWW Plant*⁸².

No caso acima, a perda, o dano acidental ou a inoperância das facilidades de produção de gás natural (incluindo o congelamento ou a quebra de dutos que permitem o transporte de gás) também estão incluídos no rol de fatores que ensejam a caracterização da força maior.

Ao voltarmos à análise da cláusula de *hardship*, sabe-se que o conceito desta muito se assemelha ao de cláusula de força maior, no que se refere à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento. Porém, o evento que gera a cláusula de *hardship* somente onera de forma mais incisiva a execução econômica do contrato, de tal forma que se rompe o equilíbrio inicial do contrato (por vontade de uma das partes), permitindo que este seja adaptado às novas condições fáticas⁸³. Ademais, não se pode esquecer que, essencialmente, a imprevisão ou a superveniência para que haja a resolução ou modificação por onerosidade excessiva (como expresso em nosso Código Civil), bem como a força maior devem ser interpretados de forma distinta. Para que se caracterize a força maior ou caso fortuito, é essencial que se observe a diligência frustrada por parte do devedor na tentativa de cumprimento da execução contratual.

Cumpra observar que a possibilidade que o art. 478 do Código Civil nos traz não é somente a da resolução do contrato, uma vez ocorrendo a onerosidade excessiva, mas também a de modificar cláusulas ou permitir a revisão do contrato. Nesse contexto, tem-se o dispositivo do diploma civil como algo muito próximo daquilo que

⁸² Acervo pessoal.

⁸³ MELO, Jairo Silva. Contratos internacionais e cláusulas *hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 90.

se entende internacionalmente como cláusula de *hardship*, que almeja a continuação do contrato, desde que haja a revisão das bases sobre as quais o contrato anteriormente foi fundado⁸⁴.

Diversos países já positivaram em sua lei interna a possibilidade da modificação ou resolução do contrato em razão da onerosidade excessiva. É o caso, por exemplo, do Código Civil alemão:

§ 313 – Störung der Geschäftsgrundlage

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung⁸⁵.

84 ARAUJO, Nadia de. Contratos Internacionais e cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In Estudos e Pareceres – direito do petróleo e gás. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 411.

85 Em tradução livre: Interferência na base dos negócios

(1) Caso as circunstâncias que configurem a base de uma contratação tenham se modificado consideravelmente após a entrada em vigor do contrato, a ponto de fazer com que as partes envolvidas não cheguem a aderir ao contrato, ou adiram a ele sob circunstâncias diferentes, na hipótese de terem previsto as mudanças ocorridas, adaptações ao contrato podem ser necessárias. Nesse sen-

O Código Civil Português também se manifesta no mesmo sentido:

Subsecção VII – Resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias

Art. 437º

(Condições de admissibilidade)

1. *Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afete gravemente os princípios da boa-fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.*

2. *Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.*

Art. 438º

(Mora da parte lesada)

A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

O Código Civil húngaro indica que, ao serem observadas as novas circunstâncias, cabe ao Poder Judiciário a modificação do

tido, deve-se levar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a partilha consensual ou legal do risco, caso uma das partes não consiga de maneira razoável cumprir com aquilo que foi acordado sem que seja feita alguma alteração no contrato.

(2) O fato de elementos essenciais, tidos como a base da contratação, estarem comprovadamente incorretos equivale à mudança de circunstâncias daquilo que foi acordado.

(3) Caso a adaptação do contrato não seja possível, ou não se considere, razoavelmente, que uma das partes a entenda como aceitável, a parte em desvantagem poderá denunciar o contrato. Em caso de continuidade das obrigações, o direito de renúncia não mais subsiste, prevalecendo o direito de rescisão contratual.

contrato: “Ptk. 241. § A bíróság módosíthatja a szerződést, ha a felek tartós jogviszonyában a szerződéskötést követően beállott körülmény folytán a szerződés valamelyik fél lényeges jogos érdekét sérti”⁸⁶.

A CCI também abordou o tema, estabelecendo cláusula padrão para tratar das situações envolvendo *hardship* (termo este tratado na língua portuguesa como “adversidade”; “infortúnio”; “necessidade” ou “privação”⁸⁷):

1. *A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.*

2. *Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:*

[a] the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that
*[b] it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences, the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event*⁸⁸.

86 Em tradução livre: Art. 241. A corte pode modificar ou emendar um contrato se este vai de encontro a algum direito ou interesse essencial de uma das partes, em razão do surgimento de alguma circunstância imprevisível que tenha ocorrido durante a existência do contrato e que fosse passível de causar sua resolução.

87 MELO, Jairo Silva. *Op. cit.*, p. 84.

88 Em tradução livre: 1. A parte de um contrato é obrigada a executar suas obrigações contratuais, mesmo que os acontecimentos tenham tomado proporções mais onerosas do que poderiam ter sido previstas na época da celebração do contrato.

2. Não obstante o parágrafo 1 do presente artigo, a parte de um contrato não é obrigada a executar suas obrigações ao provar que:

Para ilustrar, traz-se à colação caso tratado pelo tribunal arbitral da CCI, n. 5.961/89⁸⁹. Trata-se de um contrato de compra e venda de gás natural (*contrat de vente de gaz naturel*). Nesse caso, X⁹⁰, comprador de uma determinada quantidade de gás, firmou contrato com Y. Uma das condições do contrato era de que X teria acesso ao volume de gás comprado caso houvesse aprovação governamental do Estado de X nesse sentido. Ocorre que, conforme informou X a Y por telex⁹¹, o Governo ainda não havia concedido a autorização. Tudo o que se sabia era que, em um futuro próximo, as autoridades governamentais iriam se manifestar positivamente acerca da compra da commodity: *“notre société n’a pas encore reçu l’approbation gouvernementale pour le contrat. D’après des sources officielles, nous avons été informés qu’une décision que nous espérons positive sera prise dans un avenir très proche”*⁹².

Y argumentou que havia se sentido lesado e inclusive tentou fazer a entrega do gás, sob a alegação de que foi vítima de onerosidade excessiva, ao reservar um determinado percentual de suas reservas de gás natural para cumprir a obrigação que tinha com X, não tendo sido vendida nenhuma porção do gás a demais interessados. Assim, o gás deveria ser entregue de qualquer forma, independente de haver ou não autorização para tanto. Adicionalmente, X argumentou que, em razão do negócio jurídico não ter sido cumprido da forma

[a] o desempenho continuado das suas responsabilidades contratuais tornou-se excessivamente oneroso devido a um evento fora do seu controle razoável, que, de modo aceitável, não poderia ser esperado quando do momento da celebração; e que

[b] não possa razoavelmente ter evitado ou superado o evento ou suas consequências. Assim, as partes são obrigadas, dentro de um prazo justo, a re-negociar alternativas às cláusulas contratuais que foram prejudicadas quando da ocorrência do evento imprevisível.

89 ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Domini-que. *Op. cit.*, p. 465-500.

90 Os dados, por serem confidenciais, não foram divulgados pela CCI.

91 Aparelho elétrico que transporta informação por intermédio de disca-gem telefônica.

92 ARNALDEZ, Jean-Jacques; DERAIS, Yves; HASCHER, Domini-que. *Op. cit.*, p. 466.

devida, deveria ser respeitada uma cláusula de *hardship* constante no contrato, que permitia a redução do preço da *commodity*. Y protestou e a decisão coube à CCI.

O tribunal arbitral concluiu que, diante da existência de uma cláusula que condicionava a execução do contrato à concessão dessa autorização governamental e, enquanto não houvesse concordância do Estado ao qual pertence X, nesse sentido, o contrato estaria sujeito a essa condição suspensiva, não tendo, portanto, jamais entrado em vigor. Assim, como desde o início ambas as partes sabiam dessa condição, decidiu a arbitragem que a cláusula de *hardship* não era aplicável ao caso: “*Le tribunal ne peut pas, en l’absence d’une conduite injuste ou trompeuse, l’enlever des mains des acheteurs, car il n’y a nul abus de droit à se servir d’une disposition contractuelle dont l’autre partie a toujours eu connaissance*”⁹³.

Importante também mencionar algumas decisões da ICSID⁹⁴, a respeito da crise sofrida pela Argentina, em 2001. O país sofreu forte crise econômica: em dez dias, cinco Presidentes diferentes estiveram no poder. Sob esse panorama, medidas radicais de emergência foram tomadas, tais como a proibição de retirada de fundos dos bancos e de transferências bancárias para o exterior. Somado a isso, o país declarou a existência de dívidas internas e internacionais, contribuindo para a situação de caos e de desestabilização da ordem pública.

Consequentemente, essas medidas emergenciais adotadas pela Argentina causaram o rompimento de diversas obrigações internacionais, que fez com que investidores lesados contribuíssem para o número recorde de reivindicações frente à *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* – ICSID, bem como para a utilização de regras como a da UNCITRAL⁹⁵ – *United Nations Commission on International*

93 *Ibidem*, p. 466.

94 Em português, recebe o nome de Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (CIADI).

95 Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Trade Law, como jamais ocorreu em face de qualquer outro Estado.

Foi no contexto dessa crise que a Argentina argumentou “estado de necessidade” por não ter como cumprir suas obrigações com investidores estrangeiros (note-se que, antes da crise, a Argentina havia firmado diversos tratados bilaterais de investimento). As reações dos tribunais arbitrais foram as mais diversas: uns rejeitaram o argumento do estado de necessidade; outros aceitaram este argumento, porém provisoriamente e houve também decisões que o consideraram procedente, não tendo sido reconhecida a pretensão dos investidores⁹⁶.

A esse respeito, citam-se alguns casos perante o ICSID; uns envolvendo inclusive investimento em gás natural. Os tribunais arbitrais que atuaram nos casos CMS, Enron, Sempra, Metalpar, Suez, Total e Impregilo rejeitaram o argumento do estado de necessidade fornecido pela Argentina. Já os tribunais referentes a LG&E e Continental Casualty o aceitaram⁹⁷.

Os casos envolvendo a Argentina são tidos como complexos, porque, embora haja vasta doutrina acerca do que se entende por “estado de necessidade”, não há norma legal ou princípios gerais (como da Uncitral, por exemplo), que tratem especificamente deste caso. A falta de uniformidade nesse sentido chama atenção para o tipo

(CNUDCI).

96 FORTESE, Fabricio. State of necessity, a three-star Michelin standard in Investment Arbitration. Disponível em: <www.kluwerarbitrationblog.com>. Acesso em: 12.12.2011.

97 CMS Gas Transmission Company vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/01/8; Enron Creditors Recovery Corporation (antes conhecida como Enron Corporation) e Ponderosa Assets, L.P. vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/01/3; Sempra Energy International vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/02/16; Metalpar S.A. e Buen Aire S.A. vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/03/5; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/03/17 e Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Vivendi Universal S.A., ICSID Caso ARB/03/19; Total S.A. vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/04/1; Impregilo S.p.A. vs. República Argentina, ICSID Caso ARB/08/14.

de atitude que se deve tomar em situações como essa: se é necessário atentar àquilo que foi expressamente avençado entre as partes envolvidas (seja por meio de contratos entre Estado e investidor ou por meio dos BIT's) ou se é preciso considerar que tais acontecimentos constituem casos de exceções à responsabilidade do Estado.

Enquanto institutos internacionais como a Unidroit ou a Uncitral não positivam os procedimentos a respeito do “estado de necessidade”, vale atentar à jurisprudência arbitral existente em razão da crise argentina, para que, em casos futuros (como o da crise mundial de 2009 e o da atual crise da zona do Euro) possamos nos valer de decisões que envolvam o estado de necessidade arguidos por um país.

Por fim, é abordada a aplicação da cláusula de *hardship*, consoante os Princípios do Unidroit⁹⁸. Nesse contexto, a *hardship* está posta de forma genérica, de tal forma que pode ser insuficiente para as especificidades de uma determinada relação obrigacional⁹⁹.

Nos Princípios, a cláusula de *hardship* foi regulamentada no art. 6.2¹⁰⁰. O primeiro artigo aborda o fato de que, ainda que se esteja

98 Nota-se que as cláusulas de força maior também foram abordadas pelos Princípios da Unidroit, no capítulo relativo à inexecução do contrato, o que não será abordado no presente trabalho.

99 ARAUJO, Nadia de. *Op. cit.*, p. 412.

100 SEÇÃO 2: *Hardship*: Art. 6.2.1 (Obrigatoriedade do contrato) Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de *hardship*. Art. 6.2.2 (Definição de *hardship*) Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contraprestação haja diminuído, e (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem. Art. 6.2.3 (Efeitos da *hardship*) (1) Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução. (3) À falta de acordo das

diante de um caso de excessiva onerosidade, a parte prejudicada ainda deve se esforçar para fazer cumprir a obrigação, sob os termos da cláusula de *hardship*. O segundo artigo define o que é esta cláusula e quais as causas de sua incidência. Seus efeitos são abordados pelo terceiro artigo¹⁰¹.

Os Princípios deixam claro que o objetivo dessa cláusula não é afetar de pronto o contrato, isto é, o brocardo *pacta sunt servanda* deve ser priorizado dentro daquilo que é possível, malgrado a existência de perdas excessivas¹⁰². Sendo estas perdas excepcionais e não mais suportáveis pelas partes, causando alterações significativas, os sujeitos envolvidos podem se valer dos artigos 6.2.2 e 6.2.3 dos Princípios. É nesse caso em que se é permitido o uso das cláusulas e *hardship*.

Nadia de Araujo afirma que:

Em um contrato de longa duração, pode haver desmesurado incremento nos custos da execução, como, por exemplo, um inesperado aumento no preço de matéria-prima, de forma imprevisível, e que por sua especificidade é imprescindível para a produção em questão, como o aumento do preço do petróleo devido à guerra o que pode impossibilitar o cumprimento de uma obrigação cujo custo está intimamente associado a este fator¹⁰³.

partes em tempo razoável, cada uma delas poderá recorrer ao tribunal. (4) Caso o tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.

101 ARAUJO, Nadia de. Contratos Internacionais e cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In: *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 425.

102 *Ibidem*, p. 426.

103 *Loc. cit*

Os princípios também abordam o requisito da imprevisibilidade e da inevitabilidade (quando os acontecimentos estão fora do controle do homem). Percebe-se que os Princípios expõem o tema de forma genérica e ampla. Por isso, não rara é a inserção de cláusulas complexas e detalhadas nos contratos internacionais, principalmente aqueles de áreas específicas, como os da indústria do petróleo.

Nota-se, afinal, o retorno à abordagem que foi feita no início desta exposição: acaba-se por ter que fazer uma ponderação entre os dois princípios sólidos em nosso ordenamento: o *pacta sunt servanda* e a doutrina do *rebus sic stantibus*.

Essa ponderação dependerá da vontade das partes: com todos os mecanismos de escolhas em escala internacional que as partes possuem, hoje, para firmar acordos (a exemplo dos Princípios da Unidroit e das cláusulas-padrão da CCI), é inegável a possibilidade que os sujeitos em uma obrigação contratual possuem de moldar os seus investimentos de acordo com suas comodidades. Ademais, as leis internas de diversos países já permitem a flexibilização dos acordos privados, o que estimula os particulares a estipular o que melhor lhes aprouver.

Conclusão

Ao longo deste trabalho, procurou-se demonstrar a importância das cláusulas de estabilidade nos contratos que proporcionam o investimento em energia, com foco na indústria do petróleo e gás.

Adicionalmente, foi possível identificar a importância de um tipo de investimento específico: o investimento em fontes e em produção de energia. No globo, há sete bilhões de pessoas, que precisam viver, se desenvolver, sobreviver, produzir e criar. Para isso, é preciso todo um aparato que possibilite a permanência do Homem no planeta. Sem energia, não haveria criações, tampouco desenvolvimento cultural ou científico. Investir em energia é investir no futuro.

Contudo, investir em energia também é saber lidar com conflitos, tamanha a sua importância para a garantia da continuidade da humanidade. São os conflitos e desentendimentos que nos permitem encontrar soluções para amenizar os mais diversos interesses que estão em jogo. Com a possibilidade de flexibilização das relações comerciais, por meio das cláusulas de estabilização, procura-se abrandar os prejuízos sofridos pelos empreendimentos que, por motivo alheio ao das partes, não tenham alcançado seu objetivo principal.

Pode-se entender, por outro lado, que o uso das cláusulas de congelamento, por exemplo, esteja relativamente defasado, tendo em vista que esse tipo de cláusula restringe aspectos básicos do exercício de soberania de um Estado. Retirar de um Estado a sua liberdade de elaborar novas leis é algo temeroso, completamente fora da ideia de flexibilidade e de equidade entre as partes que se quer demonstrar. Contudo, até mesmo as cláusulas de estabilidade não podem ser levadas à risca, pois situações de extrema calamidade, como guerras e acidentes naturais, exigem tomada de decisões por parte de um Estado. Assim, a título exemplificativo, um Estado que tenha se submetido a uma cláusula de congelamento e que se veja diante de uma revolta ou revolução de grandes proporções não pode se furtar do direito de reorganizar suas leis, tampouco de readministrar todo o seu aparelho estatal.

Com o uso dos mais recentes dados da UNCTAD, foi possível traçar um panorama dos investimentos na atualidade: observa-se a ascensão dos países em desenvolvimento, figurando como principal elemento na sustentação da economia global. Países como Índia, China e Brasil passam a ser um dos atores principais dos investimentos no mundo e, no que se refere aos investimentos no setor energético, foram esses os países que mais lucraram no último ano. Atentar aos próximos acontecimentos e atuações desses países no comércio internacional é atitude prudente, para que se possa promover o desenvolvimento de nosso país e nossa região, focando no progresso dos Estados latino-americanos.

Dessa forma, em tempos de crise na Europa e nos Estados Unidos, investir em mecanismos que proporcionem estabilidade e segurança ao investidor é muito mais do que recomendável: torna-se necessário.

Com a tentativa de demonstrar a constante uniformização do Direito do Comércio Internacional, foram abordadas não só a existência da *lex mercatoria*, como também a utilização de instrumentos de *soft law*, a exemplo dos Princípios da Unidroit. As cláusulas-padrão da CCI também contribuem para fornecer às partes contratantes uma orientação mais precisa e segura a respeito do estabelecimento de parâmetros e referências em um contrato.

Por fim, entende-se como meio mais sensato de se alcançar o equilíbrio entre as partes o uso das cláusulas de estabilidade. A grande variedade de cláusulas (sendo certo que nem todas foram expostas no presente trabalho) permite que o investidor e o Estado hospedeiro possam ter, ao mesmo tempo, suas necessidades atendidas. Assim, na tentativa de se manter as relações estáveis e, conseqüentemente, de diminuir os riscos dos investimentos, evita-se que terceiros, direta ou indiretamente envolvidos, saiam prejudicados.

Em um contexto onde a rapidez das relações é uma realidade e os recursos energéticos cada vez mais escassos, deve-se buscar a menor incidência de conflitos possível, entendendo as razões de cada uma das partes envolvidas e construindo mecanismos para a convivência justa e pacífica.