
O SISTEMA DE INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS E A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO – A POSIÇÃO DO BRASIL NO CENÁRIO GLOBAL



Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia
Brazilian Journal of Oil, Gas and Energy Law

Felipe Saraiva Carneiro | felipe.saraivacarneiro@gmail.com

Formado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Introdução

É por meio do confronto promovido pela diversidade que se gera o movimento dialético que produz o crescimento, e será nas relações com o outro que se poderá construir o verdadeiro caráter do indivíduo. O ambiente das relações internacionais se apresenta como um verdadeiro estado de natureza dos Estados, onde não há um ente superior, e a dinâmica entre seus agentes será, então, estabelecida pelo conflito que, por sua vez, objetiva atingir o fundamental plano da cooperação e respeito à soberania de cada Estado-nação – levando-se em consideração, de maneira quase paradoxal, a interdependência entre todos.

O Brasil, nessa dinâmica, historicamente luta não apenas pela sua independência – seja ela política em períodos passados, seja econômica em sua história mais recente –, mas pela definição da sua identidade: fundamental para estabelecer o seu posicionamento perante o ambiente internacional. O país percebera um movimento pendular ao longo do século passado no que tange a sua abertura ao exterior, sendo ora influenciado por governos populistas de esquerda, ora promovendo a abertura quase irrestrita ao capital externo, em uma política neoliberalizante. Hoje, apesar de receber vultosas somas de capital provenientes de investidores estrangeiros, e de se apresentar para o mundo como uma das maiores economias mundiais, recusa-se a abraçar um sistema de proteção aos investimentos estrangeiros e de declarar, de fato, a sua participação nessa dinâmica.

Diante de um fluxo cada vez mais intenso de capitais, que rompem as fronteiras nacionais para se estabelecerem sob a soberania de Estados alheios, estabelecendo um cenário onde a cooperação internacional se torna fundamental para o crescimento socioeconômico dos países, este trabalho visa, portanto, a expor o funcionamento desse sistema no que tange o fluxo de investimentos, com a devida ênfase na indústria do petróleo – diante do seu papel central e estratégico, tanto em questões ligadas à segurança nacional, quanto por ser hoje a commodity mais valorizada no mercado, sendo a indústria que movimenta as maiores somas de divisas.

1. O Direito Internacional dos investimentos

1.1 Panorama Histórico e Conceitual

A caracterização do século XIX como um período marcado pelo liberalismo político e econômico não gera divergências, sendo este século palco da segunda revolução industrial, da unificação alemã e da colonização de diversas regiões posteriormente denominadas como “países de terceiro mundo”. Foi uma época que apresentou uma perspectiva de ordem econômica estritamente privada, motivada por ideais liberais que atribuíam ao Estado a competência para a atividade política¹ – que de modo geral se prestava a atender a tais ambições econômicas, formando aí as bases para os grandes conflitos ocorridos na Europa no século seguinte.

A partir de então, no século XX, eventos como a Primeira e a Segunda Guerra Mundiais, e a crise econômica deflagrada em 1929 estimularam uma tendência à intervenção econômica estatal. Os 25 anos posteriores à Segunda Guerra Mundial foram marcados por esta intervenção dos Estados em seus respectivos sistemas econômicos, havendo uma visão generalizada de que os governos deveriam intervir diretamente para lidar com problemas econômicos e sociais, por meio de imposição, subsídios, regulamentação, controle de preços, planejamento e nacionalizações². Essa visão intervencionista ocasionava uma maior preocupação com setores estratégicos da economia, visto que estes eram fundamentais para o posicionamento internacional dos Estados, o que inevitavelmente atribuía à indústria de petróleo e gás uma posição central³.

A segunda metade do século XX foi marcada pelo fenômeno da *estagflação* – característica dos anos 70 –, apresentando um economia com inflação elevada e baixo crescimento econômico, que se tornaria berço para o desenvolvimento dos ideais neoliberais⁴. Tendo como um de seus alicerces a ideia de interdependência entre a economia dos Estados, o neoliberalismo – visando sempre a superar aquele quadro de estagflação – preferia a economia à política, defendendo a mútua dependência dos Estados impulsionada pelas corporações internacionais, e pregando, assim, a quebra de monopólios estatais e privatiza-

ção de empresas, a abertura comercial, e a desregulamentação do mercado de capitais, cabendo a este Estado a formulação de leis e normas que regulem a entrada e a proteção dos investimentos, diante, inclusive, da necessidade de empresas transnacionais de gozarem de considerável segurança jurídica ao colocarem seu capital em outros territórios⁵. A intervenção estatal passou a ser associada a uma má alocação dos recursos, e a liberdade econômica passou a ser valorizada⁶. O FMI e o Banco Mundial passaram a ocupar uma posição de destaque para impor uma nova visão econômica, que gerou privatizações, desregulamentação e uma maior liberdade de fluxo econômico e de investimentos mundiais, enquanto companhias estatais passaram a representar instituições ultrapassadas – era imperativa a redução da intervenção estatal⁷.

No entendimento de João Bosco Leopoldino da Fonseca, a paz e segurança internacional apoiam-se na interdependência e cooperação econômica entre os Estados, estando o desenvolvimento econômico de um estreitamente ligado ao dos demais⁸. Esta ideia relaciona-se ao princípio da cooperação internacional, que hoje permeia as relações internacionais, sendo fundamental para o desenvolvimento sustentável da humanidade⁹. Como afirma Celso A. de Mello, em referência à dinâmica mundial estabelecida no século XX, a “globalização é realizada pelas grandes empresas, que transformaram os Estados em seus reféns (...) é a intervenção de uma nova fase do capitalismo em que as economias dos diferentes Estados se encontram interligadas”¹⁰. Essas grandes empresas consistem nas empresas transnacionais, as maiores beneficiárias da abertura então promovida da liberalização tarifária, por exemplo¹¹.

O Direito Internacional dos Investimentos, nesse contexto, no âmbito do Direito Internacional Econômico, tem as suas normas marcadas pela descentralização regulatória e complexidade normativa¹² – sendo este corpo normativo composto tanto pelas normas internas de um Estado que disponham sobre a entrada e proteção dos investimentos estrangeiros, quanto pelos tratados internacionais e normas costumeiras. Tais normas, sejam elas de direito interno ou internacional, se relacionam diretamente ao fenôme-

no econômico, sendo, portanto, essencialmente mutáveis e maleáveis, com grande importância conferida à negociação entre seus agentes¹³.

Diretamente ligado à expansão dos fluxos de capitais pelo mundo, este ramo do direito irá repousar sobre uma relação triangular estabelecida entre o investidor, o Estado de sua Nacionalidade e o Estado Hospedeiro dos investimentos, em cujo núcleo figura uma operação de investimento. A disciplina tem por escopo, nesse sentido, a prospecção de novos investimentos e o impulso criador da atividade econômica, além de, levando em conta a heterogeneidade dos envolvidos, garantir a coexistência pacífica entre eles, com sanções que buscam garantir a continuidade da mencionada cooperação econômica¹⁴.

Um dos temas de maior relevância do ramo sob análise consiste na proteção conferida a esse investidor estrangeiro diante de atos de soberania realizados pelo Estado – cujo efeito mais temerário seria a expropriação dos investimentos realizados. Cabe, portanto, seguindo a abordagem do panorama histórico formador do atual sistema de proteção estabelecido pelo Direito Internacional dos Investimentos, uma exposição relativa à evolução desse sistema protetivo.

Como em qualquer relação contratual, ou mais amplamente, em qualquer relação de modo geral, a possibilidade do surgimento de conflitos e divergências deve ser considerada no momento de sua formação. Especificamente quanto aos vínculos criados no setor de energia, Timothy Martin afirma que o maior risco não consiste na incerteza quanto ao surgimento ou não de um conflito, mas em como as partes conseguirão lidar com aquele conflito de modo a obter um resultado satisfatório¹⁵. No âmbito das relações entre investidores e Estados, percebemos a clara presença de forças dicotômicas entre as partes envolvidas¹⁶: o Estado visa a atrair o investidor, conferindo a este meios de garantia de proteção aos seus investimentos e eventuais lucros, contudo pretende, o quanto menos, abrir mão de sua soberania. O investidor, por sua vez, interessa-se tão somente pela proteção de seus investimentos e pela segurança jurídica conferida por aquele Estado no qual está atuando, reduzindo ao máximo o risco de expropriação. Nesse sentido, leciona a professora Marilda Rosado de Sá

Ribeiro:

“(...) sempre estiveram presentes as questões de equacionamento entre a segurança do investidor, quanto ao retorno do seu investimento e às alterações unilaterais por parte do Estado hospedeiro, por um lado; e, por outro, a preocupação deste em manter um nível razoável de retorno econômico e bem-estar social para seu povo, incluindo adequados padrões regulatórios de segurança e respeito ao meio ambiente”¹⁷

No início, quando da expansão de investimentos para territórios além do Estado da nacionalidade do investidor, as soluções disponíveis para a resolução destas eventuais controvérsias era limitada. Via de regra, o investidor deveria levar a sua demanda para os tribunais judiciais internos do próprio Estado onde alocara seu capital¹⁸. Esta alternativa, diante do temor da falta de parcialidade desses tribunais, não representava um meio que provia o investidor de toda a segurança jurídica e da garantia de um julgamento justo que ele esperava. Nos dizeres de Thomas Wälde, “*no country, society or culture exists in the world where there is no suspicion of foreigners*”¹⁹. A única maneira, portanto, de tornar aquela eventual disputa internacional seria por meio do acesso à proteção diplomática, devendo o investidor acionar o Estado do qual era originário.

A proteção diplomática consiste no direito de os Estados protegerem a pessoa e os bens de seus nacionais, quando estes estiverem atuando em países estrangeiros e, nessa circunstância, sofrerem atos prejudiciais em violação ao direito interno²⁰. Nos dizeres de Francisco Rezek, a respeito da história da proteção diplomática:

“No domínio da responsabilidade internacional, o estudo da proteção diplomática tem merecido destaque desde quando, em função do interesse das antigas potências coloniais, a análise estatística revelou que nas mais das vezes o Estado reclamante – ou, se assim se pode dizer sem especial incômodo, o Estado vítima do ilícito internacional imputável a outra soberania – não pretendia ver-se ressarcido por dano causado diretamente à sua dignidade ou ao seu patrimônio, mas por alegada afronta ao patrimônio privado de um nacional seu – em geral investidor do hemisfério norte, seduzido pela rentabilidade dos

investimentos do hemisfério sul”²¹

No limite, a via diplomática não se apresenta como um meio eficaz para que sejam resolvidos os conflitos que surgem no decorrer das relações de investimento entre Estados e particulares, e a sua eficiência já se mostrou refém da disparidade entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos, sendo um meio utilizado de maneira muitas vezes abusiva por aqueles²². Foi sob este argumento, inclusive, que se desenvolveu, no final do século XIX e início do século XX, a chamada Doutrina Calvo. Esta doutrina, que forneceu as bases para cláusula contratual de mesmo nome, foi elaborada pelo Ministro das Relações Exteriores da Argentina, e dispõe que o Direito Internacional não deve prestigiar teorias que sejam apenas aparentemente justas, mas que tem por efeito encobrir privilégios conferidos a uma minoria de Estados²³. O ministro defendeu, em 1868, que tanto estrangeiros quanto nacionais teriam os tribunais locais do país como única via de recurso contra atos administrativos estatais²⁴.

A mencionada cláusula – a Cláusula Calvo – era comum em contratos de concessão, e seus termos determinavam justamente que as partes renunciavam desde logo, e para todos os efeitos, a proteção diplomática de seus países de origem em caso de litígio relacionado ao contrato²⁵. Afirmam os países desenvolvidos da época que a cláusula não seria válida, visto tratar-se a proteção diplomática de um direito não só do investidor, enquanto lesado, mas do próprio Estado em defender um de seus nacionais²⁶.

Foi na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra Mundial, que as teorias diplomáticas passaram a ser confrontadas, tomando-se por base, especificamente no âmbito da indústria do petróleo e gás natural, o princípio da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais²⁷. Ao longo do século em questão, a complexidade dos investimentos e o substancial aumento de seu fluxo, principalmente a partir da Nova Ordem Econômica Internacional²⁸, aumentou também a necessidade por um sistema efetivo de ordem e direito global, provendo aos agentes a segurança e confiança necessárias para o bom exercício deste jogo²⁹.

Nesse sentido, uma série de tratados e acordos

multilaterais e bilaterais foram assinados entre Estados tendo por objeto os investimentos estrangeiros, visando a satisfazer a indústria, composta tanto pelos Estados quanto pelos investidores, quanto a proteção e segurança a ser conferida a estes investimentos³⁰. O primeiro Acordo Bilateral de Investimentos (“BIT”) foi assinado em 1959 entre a Alemanha e o Paquistão, consistindo em acordo estruturado para promover e proteger investimentos entre os dois países³¹. Os BITs, assinados entre os Estados em favor do investidor estrangeiro, tem como principais cláusulas a vedação a expropriação direta ou indireta pelo Estado Hospedeiro; o dever de conferir ao investidor tratamento justo e equitativo; a cláusula da nação mais favorecida; o dever de não-discriminação; o tratamento nacional; garantias relativas à remessa dos lucros provenientes do investimento; e restrições contra expropriação³².

Principalmente em decorrência do vertiginoso fluxo de capital direcionados à América Latina, e dos processos de descolonização ocorridos no final do século XX, o número de assinaturas de BITs cresceu significativamente entre a década de 80 e os anos 2000, demonstrando a necessidade que países desenvolvidos sentiam de proteger o capital de seus investidores em território estrangeiro, e o interesse dos países deste continente em fomentarem tais investimentos³³. Hoje, mais de 2500 BITs encontram-se em vigor, e o Brasil não figura como parte efetiva em nenhum deles.

Uma característica importante desses acordos é que a sua substancial maioria prevê que qualquer controvérsia oriunda da atuação daquele investidor no Estado hospedeiro será submetida à arbitragem, principalmente no âmbito do International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)³⁴, criado pela convenção de Washington em 1965, no seio do Banco Mundial, sobre a qual iremos nos debruçar mais à frente.

1.2 O Conceito de Investimento

De modo a expor as maneiras por meio das quais os investimentos estrangeiros são protegidos no âmbito do Estado hospedeiro, cabe a análise do que se define por investimento em si. Percebe-se

a relevância desta análise, por exemplo, quando nos deparamos com a cláusula 25(2) da Convenção de Washington, que aceita a jurisdição do tribunal ICSID quando o litígio a ela submetido disser respeito a um investimento estrangeiro³⁵ - sem, entretanto, defini-lo.

Esta definição não é uníssona na doutrina internacional, sendo um conceito dinâmico que depende da influência dos interesses envolvidos no tema, como os do investidor e dos Estados de nacionalidade e hospedeiro³⁶. Em sentença proferida pelo tribunal ICSID em 2004, no emblemático caso *Salini v. Marrocos*³⁷, foi abordada esta questão. O tribunal, nessa ocasião, entendeu que o investimento estrangeiro estava caracterizado, por apresentar os seguintes aspectos: um contrato, a presença de um risco ao qual o estrangeiro se submetera, uma certa duração, e a contribuição ao desenvolvimento do Estado hospedeiro. Esta definição assemelha-se à definição construída pela ciência econômica, que o define como a aplicação de recursos em atividade econômica e o desenvolvimento desta atividade por um nacional de um Estado que não o receptor daqueles recursos, consistindo esta uma atividade de risco, que perdure por um período de médio a longo prazo³⁸. As regras definidas pelo caso *Salini v. Marrocos*, contudo, não tem mais a unanimidade dos tribunais internacionais, utilizando apenas alguns dos critérios definidos pelo caso, como o aporte financeiro, o período significativo de tempo e o risco³⁹.

Mas não apenas os tribunais internacionais cuidam de definir o conceito que ora se persegue. Além de o direito interno de cada Estado muitas vezes cuidar da definição de investimentos estrangeiros, os já mencionados BITs também delimitam, dentre as suas disposições, que espécies de atividade aquele acordo visa a proteger no interior dos respectivos Estados. A título exemplificativo, o BIT assinado entre os Estados Unidos e Argentina define:

“1. For the purposes of this Treaty, a) “investment” means every kind of investment in the territory of one Party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other Party, such as equity, debt, and service and investment contracts; and includes without limitation: (i) tangible and

intangible property, including rights, such as mortgages, liens and pledges; (ii) a company or shares of stock or other interests in a company or interests in the assets thereof; (iii) a claim to money or a claim to performance having economic value and directly related to an investment; (iv) intellectual property which includes, inter alia, rights relating to: literary and artistic works, including sound recordings, inventions in all fields of human endeavor, industrial designs, semiconductor mask works, trade secrets, know-how, and confidential business information, and trademarks, service marks, and trade names; and (v) any right conferred by law or contract, and any licenses and permits pursuant to law...” [Art 1, do Tratado Bilateral entre os Estados Unidos da América e a República Argentina sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, de 1991.]

Tradicionalmente, os BITs contém uma definição ampla de investimentos, que abrange praticamente todo capital estrangeiro que ingressa no Estado hospedeiro. Esta denomina-se “asset-based”, cuja cláusula utilizada para tal definição costuma conter as expressões “*every kind of asset*” ou “*any kind of asset*”, e está presente na maioria dos BITs assinados nos últimos dez anos⁴⁰.

Uma outra estratégia de definição de investimentos utilizada pelos BITs, em desuso nos últimos anos, consiste no uso do elemento tautológico⁴¹. Tal cláusula está presente em diversos BITs assinados pelos EUA na década de 90, como o celebrado com o pequeno Estado de Barém, em 1999, onde se lê que “*Investment of a national or company means every kind of investment owned or controlled directly or indirectly by the national or company, and includes, but it is not limited to, [...]*”⁴².

Contudo, com a evolução destes tratados, tal definição tendeu a se tornar mais restrita, visto que as partes nem sempre ambicionavam o mesmo tipo de proteção para todos os tipos de investimentos, diante das diversas implicações econômicas decorrentes destes, uma vez que recebidos pela economia nacional⁴³. Dessa maneira, percebe-se, por exemplo, que o modelo de BIT do Canadá de 2004, utiliza-se da definição de investimento por “*closed-list*”, que não prevê um conceito geral, mas uma lista finita de ativos

tangíveis e intangíveis a serem abarcados pelo acordo⁴⁴.

No âmbito do escopo deste estudo, uma questão fundamental a ser abordada consiste na classificação dos contratos assinados com o Estado como sendo ou não abrangidos na definição de investimento. Em relação à indústria de petróleo e gás, para otimizar a exploração desses recursos em seu território nacional, Estados atraem investidores para realizar as atividades exploratórias, estabelecendo entre eles uma relação comercial – formalizada por um contrato de exploração, como os de concessão ou partilha de produção.

No núcleo das definições geralmente conferidas aos investimentos pelos BITs, os direitos contratuais de qualquer natureza serão abarcados pelo conceito de investimento – sendo, portanto, passíveis de proteção, como a possibilidade de acesso à via arbitral em caso de litígio⁴⁵. Isso não significa, contudo, que qualquer violação do contrato assinado com o Estado poderá ser considerada como uma violação do tratado de investimentos. Apesar de não ser pacificamente estabelecido nos tribunais a distinção que deverá ser feita entre demandas decorrentes de quebra no contrato e as decorrentes de violação do tratado de investimentos, tal diferenciação implica diretamente a escolha da lei aplicável a cada um dos mencionados instrumentos⁴⁶ – sendo este o núcleo das discussões acerca da teoria de internacionalização dos contratos⁴⁷. Nesse sentido, fazemos alusão importante às chamadas “*umbrella clauses*”. Por meio destas cláusulas, que poderão ser inseridas em tratados de proteção a investimentos, um Estado – no papel de soberano – assume a responsabilidade de estender às relações contratuais estabelecidas com este as proteções conferidas aos investidores estrangeiros, elevando qualquer violação contratual ao nível de violação de uma obrigação internacional⁴⁸. Cláusula deste gênero encontra-se, por exemplo, no artigo 10 do Energy Charter Treaty: “Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or Investment of an Investor of any other Contracting Party”⁴⁹.

Demandas decorrentes da relação comercial (relativas ao contrato) ou de investimento são, na

prática, muito similares. Entretanto, o interesse do estrangeiro pela aplicação de normas de proteção ao investimento, independente de outras normas que possam ser levadas em consideração, deverá pautar-se na alegação de violação de algum instrumento internacional de proteção a investimentos (BIT, Convenção de Washington, *Energy Charter Treaty*)⁵¹.

1.3 As Principais Cláusulas de Proteção ao Investidor Estrangeiro

Por meio de poderes regulatórios e tributários, dentre outros poderes soberanos, o Estado hospedeiro dispõe de certo controle sobre os frutos e sobre a dinâmica dos investimentos realizados pelos agentes privados, ficando o investidor refém de tais poderes⁵². O papel do Direito Internacional de Investimentos, dessa forma, consiste em mitigar tal exposição a qual se submetem esses agentes. Será, portanto, uma das questões fundamentais para este Direito a definição de até que ponto um país hospedeiro pode introduzir uma mudança inesperada quanto à expectativa legítima dos investidores, causando prejuízos a estes⁵³.

Acordos Internacionais de Investimento (“AII”), como os mencionados BITS, contêm obrigações específicas a respeito do tratamento a ser conferido ao investimento, uma vez que este é estabelecido⁵⁴. Tais obrigações podem ser classificadas em padrões gerais de tratamento, que se dividem em “padrões absolutos” – sendo exemplo desse a obrigação de conferir ao investidor tratamento justo e equitativo – e “padrões relativos” – como a cláusula da nação mais favorecida e a cláusula de tratamento nacional⁵⁵.

Além dessas obrigações mencionadas, deve ser dada a devida relevância à possibilidade de o investidor remeter eventuais litígios a tribunais arbitrais internacionais⁵⁶, e à imposição de limitações ao poder expropriatório do Estado⁵⁷, que por escolha estrutural deste trabalho, serão tratadas em capítulos apartados. O princípio central desta proteção consiste no princípio da não-discriminação, e permeia cláusulas que se encontram na maioria dos BITS assinados mundialmente⁵⁸.

1.3.1 Tratamento Justo e Equitativo

Esta cláusula estabelece um padrão básico de tratamento, como internacionalmente compreendido, por meio do qual se pode analisar os atos realizados por este Estado no que tange as suas influências em relação ao investidor⁵⁹. Apesar de ser uma cláusula frequente em Acordos Internacionais de Investimento, ela não é dotada de uma definição bem estabelecida, deixando a tarefa a cargo de tribunais e doutrinadores⁶⁰.

Trata-se de uma determinação relativa à maneira de tratar o investidor internacional por meio de referencia a um tratamento relativamente determinado, em alusão a um padrão de tratamento. Apesar de presente tal cláusula na grande maioria dos BITS assinados mundialmente, estes não conferem uma definição clara à expressão. Exemplifica-se pela transcrição da respectiva cláusula do Artigo 3 do BIT assinado em 1999 entre China e Catar: “*Investments and activities associated with investments of investors of either Contracting Party shall be accorded **fair and equitable treatment** and shall **enjoy protection** in the territory of the other Contracting Party*” (grifos nossos).

O tratamento justo e equitativo pode ser entendido como aplicável não apenas em casos flagrantes de abuso do poder soberano do Estado perante o investidor, mas em atos que não preenchem requisitos como transparência, respeito às expectativas legítimas do investidor – inclusive no que tange as condições apresentadas no momento do investimento –, clareza nas decisões, respeito ao devido processo legal e ao princípio boafé⁶¹. Nesse sentido, cabe reproduzir trecho da decisão proferida pelo tribunal IC-SID no caso Tecmed v. México, que estabelece tais requisitos:

*“this provision of the Agreement, in **light of the good faith principle** established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that **does not affect the basic expectations** that were taken into account by the foreign investor to make the investment (...) **free from ambiguity** and totally **transparently** in its relations (...) The foreign investor also expects the host State to act **consistently** (...) The investor also expects the State to use the **legal instruments** that govern the actions of the investor or the investment **in conformity with the***

*function usually assigned to such instruments*⁶²(grifos nossos)

Em outra importante decisão, proferida no caso MTD Equity Sdn. Bhd. e MTD Chile S.A. v. República do Chile, em 2004, o tribunal entendeu a aplicação da cláusula da seguinte maneira:

*“Fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an **even-handed and just manner**, conducive to **fostering the promotion of foreign investment**. [The BIT’s] terms are framed as a pro-active statement – “to promote”, “to create”, “to stimulate” – rather than prescriptions for a passive behaviour of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors*⁶³(grifos nossos)

Na visão do tribunal neste caso, entende-se que o tratamento justo e equitativo será violado em casos onde o Estado altere substancialmente o corpo legal ou regulatório sob o qual fora feito o investimento em questão⁶⁴.

Diante da inexatidão com que os AII's descrevem a referida cláusula, cabe aos tribunais e à doutrina definí-la com maior clareza. Em casos recentes, a alegação feita por investidores quanto à violação do tratamento justo e equitativo ganha cada vez mais espaço nos tribunais, que muitas vezes negam argumentos quanto à ocorrência de expropriação indireta – tema que será tratado em item separado –, mas percebem a violação do tratamento justo e equitativo⁶⁵.

1.3.2 A Cláusula da Nação Mais Favorecida

No século XIX e XX, esta cláusula era frequentemente inserida em tratados comerciais, principalmente nos de Amizade, Comércio e Navegação. Ainda, tornou-se uma das obrigações centrais da política comercial da Carta de Havana, por meio da qual seus membros deveriam se comprometer a evitar a discriminação entre investidores estrangeiros⁶⁶.

De maneira diversa da cláusula relativa ao tratamento justo e equitativo, que se utiliza da referência a um padrão de tratamento determinado de maneira abstrata, esta espécie de cláusula se utiliza da estratégia de aludir ao tratamento conferido a um terceiro, obedecendo a uma espécie

de indexação, variando de acordo com o terceiro a que será referido. O BIT irá então estabelecer uma comparação entre terceiros e o investidor, determinando que este, enquanto investidor nacional de um Estado-parte do BIT, não receberá tratamento menos favorável, em relação a determinada matéria, do que aqueles nacionais de outros Estados. Pelo princípio do eisdem generis, deverá ser levado em consideração o fato de o investidor e aquele com quem este se comparar pertencerem à mesma categoria de investimentos⁶⁷.

Esta cláusula representa um padrão de tratamento que alguns consideram como sendo conexo ao princípio da igualdade entre as nações, contudo, a maior parte da doutrina entende que esta só será exigida caso seja criada por uma cláusula do tratado⁶⁸. Ela não terá, obviamente, natureza costumeira, visto que se refere aos acordos estabelecidos por cada estado, especificamente, em relação a outros particulares.

Há a possibilidade de se inserir exceções a este tratamento no próprio acordo que o estabelecer, eximindo o Estado de estender ao beneficiário da cláusula aqui tratada benefícios como os relativos a subsídios, benefícios fiscais, especificidades de áreas de integração econômica, dentre outros⁶⁹.

1.3.3 Tratamento Nacional

Como irá se perceber, esta determinação apresenta grande semelhança com a Cláusula da Nação Mais Favorecida, no sentido que, da mesma forma, faz alusão a um padrão relativo de tratamento, e não a um conceito abstrato como o de tratamento justo e equitativo. Não há, portanto, uma definição específica desta forma de tratamento. Estabelece-se que investidores estrangeiros receberão tratamento não menos favorável do que o conferido pelo Estado hospedeiro aos seus nacionais⁷⁰.

Para que seja aplicável, deve-se aferir se aquele investidor estrangeiro e o nacional do Estado hospedeiro encontram-se em circunstâncias similares, e ainda, se o tratamento conferido ao primeiro é, de fato, menos favorável que aquele conferido ao segundo⁷¹. Entretanto, Rudolf Dolzer afirma que estas questões não são tão simples, visto que deve-se levar em consideração

algumas questões – que permanecem sem resposta da jurisprudência internacional recente –, como quais seriam as políticas do Estado hospedeiro que poderiam justificar uma diferenciação, se seria necessário neste caso diferenciar uma discriminação *de jure* e *de facto*, ou em que medida deveria ser aferida a intenção discriminatória do Estado⁷².

A cláusula, contudo, de maneira geral, não será absoluta. Há a possibilidade de um Estado estabelecer exceções à imperatividade do tratamento nacional ao investidor, da mesma maneira que a cláusula descrita no item anterior. Esta possibilidade, por exemplo, está prevista no Artigo II (1) do BIT assinado entre os Estados Unidos e a Argentina, que permite que os países indiquem os setores da economia a serem isentos da obrigação aqui descrita, porém comprometendo-se a limitar ao mínimo estas exceções⁷³, que poderão dizer respeito a questões ligadas a saúde, ordem pública, e segurança nacional, por exemplo.

1.4 Resolução de Controvérsias no Direito Internacional de Investimentos – O Sistema ICSID

Em 1965 foi assinada em Washington aquela que é considerada a Convenção mais importante no que tange o tema dos direitos internacionais de investimentos, por meio da qual foi criado o *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) – descrito por Rudolf Dolzer como o “*boldest innovative step in the modern history of international cooperation concerning the role and protection of foreign investment*”⁷⁴. O ICSID, destinado à administração das arbitragens internacionais relativas a investimentos estrangeiros e constituído no âmbito do Banco Mundial, tem por intuito fomentar o fluxo mundial de investimentos, conciliando os interesses contraditórios existentes entre Estados hospedeiros e investidores⁷⁵. Segundo Mauro Rubino-Sammartano, a intenção é evitar litígios e alcançar a cooperação entre sistemas caracterizados por diferentes fatores sócio-econômicos, permitindo-os atingir seus objetivos estabelecidos nas relações contratuais⁷⁶.

Salienta a professora Marilda Rosado que a arbitragem internacional de investimentos se destaca como mecanismo tradicionalmente incluído

nos acordos de investimentos, e que a “maioria dos acordos internacionais consagra não só o direito do Estado de nacionalidade do investidor de recorrer a uma arbitragem internacional para resolver uma controvérsia decorrente do descumprimento do tratado pelo Estado hospedeiro, como também contempla a faculdade do próprio investidor estrangeiro realizar uma reclamação contra o Estado hospedeiro”⁷⁷.

Este procedimento irá permitir que o investidor tenha acesso direto ao *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) para resolver seus litígios perante o Estado hospedeiro, podendo, inclusive, demandar acerca da “adequação de medidas regulatórias adotadas por autoridades nacionais em relação aos padrões globalmente estabelecidos de tratamento dos investidores estrangeiros”⁷⁸, o que nos remete a questões concernentes ao tratamento justo e equitativo⁷⁹ e à vedação à expropriação, a ser tratada à frente.

O acesso poderá ser autorizado por conta da inserção de cláusula compromissória no contrato assinado com o Estado que remeta a disputa ao ICSID, ou por disposição de AIIs nesse sentido – como BITs ou *Energy Charter Treaty* –⁸⁰, apresentando este acesso diversas vantagens como a capacidade de se demandar diretamente contra o Estado hospedeiro, o direito a um foro neutro, a confidencialidade da disputa – o que previne a interferência de questões políticas –, uma maior informalidade no processo em comparação às vias judiciais – possibilitando renegociações do contrato –, e evita-se que seja aplicada exclusivamente a lei nacional do Estado-hospedeiro, internacionalizando-se a disputa⁸¹.

A aplicação do chamado princípio *kompetenz-kompetenz* estabelece que os tribunais arbitrais têm autoridade para, de maneira independente, delimitar a sua própria jurisdição⁸². Nesse sentido, o artigo 25 da Convenção de Washington se encarrega desta tarefa, prevendo três principais requisitos para a competência do tribunal arbitral a ser constituído sob as regras do ICSID, (i) a aferição do consentimento dessas partes; (ii) o caráter das partes; e (iii) a natureza da disputa⁸³.

1.4.1 Consentimento das Partes

O procedimento arbitral, de modo geral, de-

pende do consentimento das partes, sendo o poder de decidir do árbitro diretamente derivado da autonomia de vontade das partes⁸⁴. No caso das arbitragens em procedimentos ICSID, as partes serão sempre um investidor privado e um Estado (chamada arbitragem mista)⁸⁵, devendo ambos expressarem o seu consentimento. Não basta, portanto, que os Estados envolvidos sejam parte da Convenção, devendo haver, via de regra, o consentimento expresso por escrito relativo ao litígio específico, como previsto no artigo 25 da Convenção.

A Convenção de Washington, ao se referir à necessidade de consentimento para a aceitação da jurisdição do Tribunal, refere-se ao consentimento mútuo das partes como sendo um requisito indispensável. Ao longo dos anos, contudo, os tribunais arbitrais ICSID vêm ampliando o seu entendimento quanto a esse aspecto, entendendo que a assinatura pelo Estado de acordos como os BITs, ou de outros tratados que prevejam a possibilidade do acesso ao procedimento ICSID, consiste em oferta unilateral de arbitragem, sendo esta equivalente ao necessário consentimento da parte deste⁸⁶.

Em procedimentos no âmbito do ICSID, ambos o Estado e o investidor poderão ser os autores da demanda, contudo, na substancial maioria dos casos, será o investidor aquele que irá acionar o Tribunal. Sendo o consentimento do Estado suprido pela sua oferta unilateral de arbitragem, representada pela assinatura de BIT ou equivalente, o consentimento do investidor considerer-se-á como proferido uma vez que este submeta a sua demanda perante o tribunal⁸⁷. A maioria dos casos de arbitragem de investimento nos últimos anos se instaura com base na oferta do Estado contida em BIT, e na aceitação de tal oferta pelo investidor, seja por meio de documento escrito, seja pela demanda de instauração da arbitragem⁸⁸. Ainda nesse sentido, segundo Thomas Wälde:

*“Since the 1980s, investment treaties (bilateral and multilateral) provide increasingly for a direct ‘consent’ by the host state to arbitration by the investor. The host state ‘consent’ is contained in the treaty and the investor perfects the ‘arbitration agreement’ with the notification of its request for arbitration to the host state”*⁸⁹

A exigência de consentimento mesmo após a assinatura da Convenção representa um requisito que serve a resguardar a soberania estatal, visto que, para que o Estado seja submetido ao procedimento arbitral no âmbito do ICSID, este deverá consentir não apenas no momento em que aceita fazer parte da Convenção de Washington, mas também posteriormente por meio de declarações por escrito, pela assinatura de tratados que supram tal manifestação⁹⁰, ou ainda, como também se entende ser possível, quanto o investidor aceita alocar seus investimentos de acordo com a legislação interna de proteção a investimentos de determinado Estado, e esta prevê a remessa de eventuais litígios ao tribunal ICSID⁹¹.

1.4.2 Qualidade das Partes

O sistema ICSID tem por escopo a solução de controvérsias por meio da administração de arbitragens de caráter misto, ou seja, entre um Estado e um particular – afastando da sua jurisdição, portanto, arbitragens entre dois Estados, e entre particulares⁹². Ainda, o acesso ao ICSID não é concedido a qualquer pessoa física ou jurídica, visto se tratar de um centro que visa à resolução de conflitos entre o investidor estrangeiro e o Estado receptor dos investimentos. Sendo assim, para ser parte de um procedimento arbitral no âmbito do ICSID, este deverá envolver um Estado-membro da Convenção – ou pessoa jurídica pública deste Estado que tenha sido previamente autorizada pelo Estado para fazer parte da arbitragem⁹³ – e um investidor que seja nacional de um Estado-membro diverso do primeiro⁹⁴. A nacionalidade desse investidor, para pessoas físicas, será definida de acordo com o Estado com o qual esta tiver laços reais e efetivos, e para pessoas jurídicas pelo Estado onde tiver sido constituída ou onde mantiver a sua sede social⁹⁵. Ressalta-se que, no caso de investidores pessoa física que detenham dupla-nacionalidade, estes não poderão invocar a Convenção contra nenhum dos Estados dos quais for nacional⁹⁶.

Quanto às pessoas jurídicas, é comum que, para a exploração do investimento, o investidor constitua uma sociedade no âmbito do Estado onde este estiver alocando seus investimentos, o que pela norma mencionada a tornaria nacional da-

quele país onde fora constituída, não sendo, então, caracterizada como investidor estrangeiro. Dessa maneira, de acordo com as regras de direito internacional público, uma eventual contenda entre esta e o Estado onde se constituíra não seria abarcada pela jurisdição do ICSID. De modo a solucionar este aparente contrassenso, visto que tal estrutura afastaria grande parte das demandas da proteção conferida pelo sistema em questão – estas evidentemente concernentes a investidores estrangeiros –, a própria Convenção afasta essa possibilidade⁹⁷. Por meio do conceito de realidade econômica do investimento, entendendo a influência exercida pela participação societária estrangeira nessa sociedade, sociedades constituídas por capital estrangeiro para poderem operar e território nacional serão consideradas como sendo estrangeiras, afastando o critério da constituição e abraçando o critério do controle para a definição da sua nacionalidade⁹⁸.

Sendo assim, sendo uma pessoa jurídica constituída no âmbito de um Estado-membro, porém controlada por nacionais de um outro Estado-membro será, ainda sim, considerada como estrangeira aos olhos do ICSID – sendo tal questão inclusive assim decidida no caso *Tokios Tokelés v. Ucrânia*⁹⁹.

Voltando-se para a questão brasileira, não sendo o Brasil membro da Convenção de Washington de 1965 – como será explorado mais adiante neste trabalho –, cabe aqui mencionar o mecanismo complementar do ICSID, autorizado pelo Conselho de Administração em 27 de setembro de 1978. Por meio deste mecanismo, controvérsias que a princípio não seriam contempladas pelo ICSID, de acordo com a Convenção, poderiam ainda assim ser remetidas ao sistema. Caso não gire a controvérsia em torno de investimentos, ou dizendo estas respeito a questões de fato ou de interesse econômico das partes – ou seja, não sendo questões legais, como exigido pelas regras da Convenção –; ou ainda, estabelecendo-se uma disputa entre nacional de um Estado que não seja membro na Convenção e um Estado-membro, ou entre um nacional de Estado-membro contra um Estado não-membro; estas seriam inicialmente afastadas da jurisdição ICSID, mas por meio do mecanismo

complementar, poderão então ser recebidas pela sua jurisdição.

1.4.3 Natureza da Disputa

O tribunal ICSID tem por objetivo resolver disputas que digam respeito a investimentos internacionais. Uma vez que já definimos, previamente neste trabalho, o conceito de investimentos, cabe aqui salientar a exigência que a Convenção ora analisada estabelece neste sentido, para que a disputa seja aceita pelo ICSID.

As controvérsias encaminhadas deverão girar em torno de questões legais ligadas ao investimento que o estrangeiro realizou no Estado hospedeiro. Como já exposto, a Convenção não estabelece o seu entendimento sobre o conceito de investimento¹⁰⁰, ficando este sujeito à interpretação do tribunal ou à definição conferida pelo eventual contrato ou tratado objeto da disputa¹⁰¹.

São excluídos simples conflitos de interesse entre as partes, como a vontade de renegociar o acordo ou disputas factuais, devendo o conflito envolver a existência de direitos e obrigações, ou medidas de reparação de uma violação já ocorrida¹⁰². Não serão cabíveis deandas relativas às decisões políticas ou econômicas realizadas pelo Estado, sob o risco de um investidor tentar, por meio do mecanismo internacional, interferir em decisões políticas do Estado hospedeiro do investimento. Nesse sentido, em decisões que lidaram com a apreciação da jurisdição do tribunal quanto à natureza da matéria a ele submetida, envolvendo questões vinculadas a medidas estatais, cabe mencionar os casos ocorridos no contexto da crise econômica Argentina no início dos anos 2000¹⁰³. Diante da crise, o governo desencadeou medidas econômicas visando à superação daquele cenário – que teriam tido efeitos de expropriação de investimentos dos investidores estrangeiros. O governo argentino alegou – ainda que sem sucesso, na maioria dos casos – que os efeitos das medidas não seriam passíveis de um procedimento arbitral perante o ICSID, pois nesses casos tratar-se-ia de proferir decisões visando à interferência nas medidas político-econômicas internas executadas pelo Estado, e não relativas a questões legais acerca da expropriação dos investimentos em si.

1.4.4 Lei Aplicável ao procedimento

Com relação ao corpo legal que irá reger o procedimento de que se trata neste capítulo, devemos de início salientar que as regras processuais do procedimento arbitral instaurado perante o ICSID serão aquelas do Capítulo IV da Convenção de Washington, o Regulamento de Iniciação dos Procedimentos de Conciliação e Arbitragem e o Regulamento de Arbitragem do ICSID¹⁰⁴. Dito isso, passamos aos aspectos materiais da controvérsia, e como estes serão regidos.

Quanto ao corpo legal aplicável ao mérito, por sua vez, a Convenção de Washington imprime disposições a esse respeito em seu artigo 42. Refere-se a “*rules of law*”, e não a “*statutory provisions*”, podendo-se inferir, segundo Mauro Rubino-Sammartano, que não necessariamente será aplicado um sistema jurídico específico de um Estado, mas poderá o tribunal se pautar em regras jurídicas que não necessariamente se encontrem no âmbito de um sistema legal¹⁰⁵, como a *lex mercatoria* ou, especificamente em relação ao tema deste trabalho, a *lex petrolea*.

A *lex petrolea* representa um regime jurídico específico, que evoluiu a partir de decisões arbitrais proferidas em disputas deflagradas no interior das relações comerciais e de investimentos da indústria de energia, assim como da legislação interna de diferentes Estados produtores, práticas de negócios e modelos de contratos. Este conceito teria surgido a partir do caso *Kuwait v. Aminoil*, além do emblemático artigo escrito por Doak Bishop, este centrado no tema da internacionalização dos contratos do Estado hospedeiro¹⁰⁶.

Na indústria mundial do petróleo, há uma quantidade enorme de contratos diariamente assinados, negociados e executados – como contratos de concessão e/ou partilha com o Estado hospedeiro, acordos de confidencialidade, acordos de *Farm-in/Farm-out*, Joint Bidding Agreements, Joint Operating Agreements, dentre outros. Percebida a similaridade das questões tratadas nestes documentos, algumas entidades da indústria trataram de padronizar alguns desses documentos por meio de modelos, como o fez a AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*) com contratos particulares – uma vez que contratos assinados com o Estado, como os de concessão, por exemplo, são espe-

cíficos de cada país, que os elabora de acordo com sua própria política energética, interesses e intuito de atração do investimento externo.

Nessa perspectiva, a *lex petrolea* reflete o direito costumeiro da indústria do petróleo¹⁰⁷, e representa uma escolha legal possível para reger os conflitos instaurados perante o ICSID, quando envolverem estes agentes da indústria de energia e seus investimentos estrangeiros.

Essa escolha caberá às partes, mediante acordo, como se depreende do Artigo 42(1) da Convenção. Na ausência de tal acordo, o tribunal arbitral irá aplicar a lei do Estado-membro que for parte do processo – inclusive no que tange as suas regras de conexão em caso de conflito de leis –, além das regras de direito internacional, quando cabíveis¹⁰⁸. Segundo Adriana Pucci, esse artigo resolveu uma histórica disputa entre investidores e Estados hospedeiros relativa à lei aplicável pelos tribunais – visto que os Estados defendiam a aplicação de suas leis nacionais, e os investidores visavam à aplicação do direito internacional¹⁰⁹. Há autores que afirmam que o ICSID, em sua atuação, preza pela aplicação do direito internacional, preterindo o direito interno do Estado em questão, apesar de o texto convencional ser claro neste sentido¹¹⁰.

Quando a controvérsia disser respeito a contrato assinado com o Estado, independente de serem considerados como contratos internacionais, entende-se que a lei interna do Estado com o qual fora assinado será a aplicável, inclusive no que tange o entendimento da Corte Permanente de Justiça de Haia, sendo inaceitável que se aplique outra legislação que não esta¹¹¹.

1.4.5 Execução

O sistema do ICSID estabelece uma obrigação internacional às partes, no sentido de que a sentença arbitral será obrigatória para ambas as partes¹¹², e que cada Estado reconhece a sentença como obrigatória, e garante a sua execução¹¹³. Há, de maneira semelhante ao previsto no código de processo civil brasileiro – que reconhece a sentença arbitral como título executivo judicial¹¹⁴ –, uma assimilação do laudo arbitral à sentença proferida por tribunais internos. A Convenção, contudo, determina que certos requisitos sejam preenchidos pelo laudo,

para que este seja validamente executável¹¹⁵. Deverá ser devidamente fundamentado, cuidar de todas as questões que foram previamente levantadas perante o tribunal, e deve ser aprovado pela maioria dos árbitros. De qualquer maneira, para a execução do laudo, basta que a parte apresente cópia da decisão perante um tribunal competente, não havendo qualquer espécie de controle da decisão arbitral pelos tribunais internos do Estado-membro¹¹⁶, o que torna o sistema ICSID ainda mais progressista que aquele estabelecido pela Convenção de Nova Iorque de 1958, no sentido de reconhecimento e execução da sentença arbitral.

Nesse sentido, o Estado deverá cumprir espontaneamente a obrigação que lhe for imposta, não havendo um mecanismo necessário para a homologação ou recepção, pelo direito interno, de eventual decisão, como o *exequatur*, por exemplo. Tal obrigação tem relação direta com a renúncia feita pelos Estados à proteção diplomática de seus nacionais, no artigo 27(1) da Convenção.

Em contrapartida às facilidades estabelecidas pela Convenção em relação à execução da sentença, esta não será completamente alheia à possibilidade de o Estado se proteger. Este não poderá alegar a chamada imunidade de jurisdição, visto que desta abrija mão no momento da assinatura do documento aqui tratado¹¹⁷. Entretanto, há a possibilidade de se opor a imunidade de execução, como prevista pelo Artigo 55, que irá respeitar o direito interno do Estado onde se entender por executar o laudo. Não há a possibilidade de recurso da decisão arbitral proferida. Entretanto, as partes poderão buscar pela sua revisão – quando há a descoberta de novos fatos relevantes –, ou pela sua anulação, de acordo com os critérios estabelecidos pela Convenção¹¹⁸. Em caso de discordância quanto à interpretação ou à aplicação da própria Convenção de Washington, não sendo os Estados envolvidos capazes de resolvê-la por meio de negociação, a questão deverá ser levada para a Corte Internacional de Justiça, como é expressamente disposto em seu artigo 64¹¹⁹.

2. A Indústria do Petróleo e o Sistema de Investimentos Internacionais

A indústria de energia é a maior do mundo em volume de operações e de capital, e seu ritmo de crescimento continua acelerado¹²⁰. Na medida que aumenta de maneira significativa a demanda mundial por energia, esta diretamente relacionada com o crescimento exponencial dos países formadores do BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), aumenta também a sua importância estratégica, enquanto essas fontes energéticas se tornam escassas¹²¹.

Diante de crises históricas da indústria de petróleo, como as de 1973 e 1979, além da ocorrência de guerras no século XX com o claro intuito de domínio de recursos energéticos, reconhece-se a peculiaridade do petróleo enquanto *commodity*, consistindo em um insumo fundamental para a segurança, desenvolvimento e para a economia interna dos países, com um caráter extremamente estratégico para os Estados¹²². Portanto, importante conceito a ser trabalhado nesse âmbito será o da soberania permanente dos Estados sobre seus recursos naturais, riqueza e atividades econômicas¹²³.

Enquanto extremamente importante estrategicamente, a indústria petrolífera também apresenta possibilidades de ganhos exorbitantes para investidores. Foi a partir da Segunda Guerra Mundial que a produção deste bem ultrapassou os limites do mar territorial dos Estados e da jurisdição do Estado costeiro¹²⁴, tornando-se matéria relevante a ser abarcada pelo sistema de proteção aos investimentos estrangeiros, que rompem as fronteiras nacionais de seus Estados de origem e alocam seu capital e meios produtivos em países ricos em recursos energéticos.

Projetos ligados à exploração deste setor requerem, de modo geral, uma infraestrutura fixa, e apresentam uma duração maior do que outras indústrias¹²⁵. Contratos de exploração de petróleo e gás tendem a ter duração média de trinta anos, sendo cinco relativos à fase de exploração – durante a qual há apenas gastos realizados pelas companhias em busca de jazidas com potencial produtivo – e vinte e cinco a trinta de produção – quando há, de fato, a extração comercial das *commodities*.

Nesse sentido, uma relação contratual tão extensa significa que mudanças conjunturais e

particulares ao longo da sua execução são inevitáveis¹²⁶. Além de contratemplos imprevisíveis no momento da formulação e assinatura do contrato de exploração, circunstâncias diversas como o surgimento de dificuldades para a execução das obrigações, ou a modificação substancial da política ou regulamentação nacional tornam a exploração de petróleo e gás um setor particularmente arriscado¹²⁷, principalmente no que tange riscos não comerciais¹²⁸. Por consequência, investidores desse ramo tem particular interesse em um sistema jurídico o quanto mais confiável, consistente e transparente possível, de modo a obterem o máximo de retorno de seus investimentos, e que tenham razoável previsibilidade dos riscos que os esperam¹²⁹.

Por outro lado, há os interesses dos Estados. Estes, apoiando-se em seu direito inalienável de livremente dispor de suas riquezas e recursos naturais de acordo com seus interesses nacionais¹³⁰, buscam o máximo de flexibilidade para controlar a extração, o refinamento e a venda destes recursos, ao mesmo tempo que devem levar em consideração os benefícios e proteções a serem concedidos aos investidores¹³¹. O equilíbrio desses interesses fica, então, não só a cargo da legislação e política interna dos Estados, sendo uma real possibilidade os atos de expropriação ou transformações na regulamentação específica da atividade, como sob a responsabilidade do sistema internacional de proteção aos investimentos.

Além dos já estudados BITs, que consistem nos principais mecanismos de proteção do investimento estrangeiro, uma vez que aqui tratamos das especificidades da indústria de petróleo e gás, cabe menção especial ao *Energy Charter Treaty* (ECT), no que tange à proteção internacional de investimentos no setor energético. Este consiste em tratado multilateral de promoção e proteção de investimentos, e concentra-se em investimentos em energia, principalmente na indústria de *upstream* (exploração e produção), tendo por escopo garantir a criação de um ambiente padrão de negócios, visando a reduzir ao mínimo os riscos não-comerciais deste ramo¹³².

O ECT entrou em vigor em 1998, e além da União Europeia, conta com 51 membros – apesar de este tratado conter disposições que preveem a sua aplicação mesmo se não ratificado

por um Estado. Uma particularidade deste documento é que confere aos Estados a possibilidade de negar certos direitos a investidores, assim como de escolher especificamente aqueles que permitirão entrar¹³³ – de maneira diversa dos tratados multilaterais, que criam obrigações internacionais.

Em comum com os BITs, esse tratado multilateral contém complexa disposição acerca da resolução de controvérsias, e ainda prevê a escolha do sistema ICSID como responsável para dirimir os litígios sob o seu escopo. Ainda, o tratado prevê tanto um procedimento arbitral a ser instaurado entre investidores particulares e Estados – a chamada arbitragem mista –, quanto a arbitragem para dirimir litígios entre Estados – *ad hoc*, de acordo com as regras da UNCITRAL. Além dessa importante disposição, apesar de resguardar a soberania do Estado ao conferir a este a liberdade de escolher seus investidores, o ECT parece favorecer os interesses desses investidores, garantindo a esses direitos como os de operarem em condições favoráveis, equânimes, estáveis e transparentes¹³⁴, dentre outras proteções, que muitas vezes excede aquelas conferidas pela maioria dos tratados multilaterais¹³⁵.

Cabe salientar que o caráter político das atividades ligadas a este campo é inegável, assim como o conseqüente risco não-comercial ao qual se expõem os investidores. O chamado “populismo energético”, que permite que lucros decorrentes desse setor sejam destinados a projetos sociais ou políticos, e ao qual aderem muitos dos governos de esquerda dominantes na América Latina, torna-se uma fonte de incertezas e temor para investidores estrangeiros¹³⁶.

Percebe-se, portanto, que a indústria energética e os investimentos internacionais a ela ligados são dotados de características particulares, como a magnitude do volume produzido e operado, a diferença entre os interesses das partes envolvidas, a presença de questões ligadas a soberania Estatal e questões estratégicas de cada Estado, além do fato de o setor de petróleo e gás ter como objeto *commodities* não renováveis, e que, apesar de a cada dia se descobrirem novas e volumosas reservas, tendem a se esgotar.

2.1 Soberania Sobre os Recursos Naturais

O conceito tradicional e rígido de soberania, no plano internacional, remete-nos à ideia de igualdade entre os Estados. Celso Albuquerque de Mello define a soberania Estatal da seguinte maneira:

“[...] a soberania tem um aspecto interno e um aspecto externo. O primeiro se manifesta nos diferentes poderes do Estado: no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. Ele é a consagração do direito de autodeterminação, isto é, o direito do Estado de ter o governo e as leis que bem entender sem sofrer interferência estrangeira. O aspecto externo é o direito à independência que se manifesta no direito de convenção; direito à igualdade política; direito de legação; direito ao respeito mútuo”¹³⁷

Segundo a professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro, todos os regimes de propriedade mineral estão baseados na teoria soberana do Estado, sendo o direito dos Estados de escolherem livremente o seu sistema econômico a expressão mais clara do princípio da igualdade soberana dos Estados¹³⁸. Para Celso Albuquerque de Mello, sendo aquela que lida com o Direito Internacional do Desenvolvimento, será a soberania sobre os recursos naturais a que mais nos interessa¹³⁹.

Este conceito foi formulado a partir de decisões arbitrais envolvendo a indústria do petróleo. Entretanto, serviu de corolário deste princípio, sendo essencial para o Direito Internacional ao Desenvolvimento, a Resolução 1803¹⁴⁰ de 1962, da Organização das Nações Unidas¹⁴¹.

A soberania permanente serviu para se confrontar teorias tradicionais de proteção diplomática¹⁴², e consiste, em resumo, na manifestação do poder soberano do Estado através de seu poder sobre o território e, conseqüentemente, sobre seus recursos. e ainda, de regular o investimento estrangeiro e a atuação das empresas transnacionais de acordo com os princípios e normas de direito interno, sem que seja feita qualquer menção ao Direito Internacional. O mesmo pode-se dizer sobre o direito de nacionalizar bens de estrangeiros e de pagar-lhes a devida compensação.

Com base neste princípio, diante de um caso de expropriação, o tribunal ICSID entendeu, em *Aminoil v. Kuwait*, que todo Estado tem o direi-

to de nacionalizar propriedade que se encontre nas mãos de estrangeiro, mesmo que um governo anterior tenha se comprometido pelo contrário¹⁴³. A mesma decisão entendeu como sendo o significado do termo “permanente” a impossibilidade de o Estado perder sua liberdade em mudar a destinação ou maneiras de exploração de seus recursos¹⁴⁴.

De modo geral, o conceito de soberania permanente sobre recursos energéticos se expressa pelo alcance do Estado de um maior controle sobre o desenvolvimento de recursos naturais e da limitação do papel das companhias internacionais de petróleo em seu território. Dentro desta definição, importante também é a de “nacionalismo energético”, que se define pela expressão da determinação dos Estados de obterem o máximo das vantagens possíveis da exploração de seus recursos naturais¹⁴⁵. Este conceito está frequentemente ligado a um aumento ou diminuição da participação de sociedades estrangeiras na extração de petróleo em território nacional¹⁴⁶, além de mudanças na regulamentação do setor no sentido de aumentar a parcela devida ao Estado, políticas de expropriação e alterações unilaterais de contratos¹⁴⁷. Uma maior regulamentação destes investimentos deriva do fato de o Estado, por seu viés populista, entender que as sociedades estrangeiras de petróleo aferem lucros excessivos às suas custas¹⁴⁸.

2.2 A indústria do petróleo no Brasil e o Sistema Internacional

O Brasil é hoje um dos grandes produtores mundiais de petróleo, sendo esta indústria responsável por 12% do PIB do país em 2012, segundo dados da Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP)¹⁴⁹. Ainda, o setor petrolífero do país é um dos que mais atrai capital externo para o território nacional, em atividades que vão desde o fornecimento de equipamentos, levantamento de dados sísmicos, até a exploração e refino, sendo presentes, portanto, no *downstream*, *midstream* e *upstream* da indústria.

Contudo, o país nem sempre soube explorar seus recursos energéticos da mesma maneira que hoje contribui para que o Brasil seja uma das maiores economias mundiais. A indústria foi impulsionada pela iniciativa Estatal na metade

do século XX, com a criação da Petrobrás em 1953. O Estado, detendo o monopólio sobre jazidas e atividades ligadas à indústria, diante da sua impossibilidade constitucional de realizar, por si, atividades econômicas, atribuiu a exclusividade do exercício da exploração de petróleo à essa sociedade, que passou a ser a única com direitos à extração, sendo esta monopolizada até meados da década de 90¹⁵⁰.

Um divisor de águas nesta matéria encontra-se na publicação da emblemática Emenda Constitucional nº 9/1995, que flexibilizou tal monopólio, permitindo que o Estado contratasse com empresas estatais ou privadas para explorar seu monopólio sobre os recursos energéticos nacionais. Tal mudança marcou o início da entrada de capital privado e estrangeiro na exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil. Além desta significativa alteração, foi criado, por determinação desta Emenda, o primeiro marco regulatório da indústria, por meio da publicação da Lei nº 9478/97 (Lei do Petróleo), que instituiu a já mencionada Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, e estabeleceu o regime de exploração do Brasil como o regime de concessão – hoje já flexibilizado por meio do marco regulatório do pré-sal, que determina o regime de partilha de produção em áreas de pré-sal e áreas estratégicas.

Sendo abarcada pela categoria de “leis-quadro” (*“lois-cadre”*) – utilizadas de modo geral em setores com grande especificidade técnica e sujeito a constantes mudanças econômicas –, a lei confere considerável liberdade à ANP na formulação das cláusulas dos contratos de concessão (e os de partilha da produção) e editais de licitação¹⁵¹, importantes fontes de direitos e obrigações do particular.

2.2.1 A Não-Assinatura da Convenção e os BITs no Brasil

Apesar de os primeiros BITs terem sido assinados nas décadas após o pós-guerra, estes se proliferaram no período da década de 80, impulsionados pela onda nacionalizante de países latino-americanos dominados por governos populistas nas décadas anteriores, quando houve uma retração dos investimentos externos¹⁵². Esse motivo foi o mesmo que fundamentou uma forte caracte-

rística protetiva desta geração de acordos que, por influência de grandes sociedades multinacionais, visavam principalmente a proteger o investidor estrangeiro que se estabelecia em países em desenvolvimento¹⁵³.

Diante de relativa falta de poder político por parte destes, somada à necessidade de atração de capitais, muitas vezes passavam a fazer parte de acordos que acabavam por limitar significativamente as suas capacidades para a implementação de políticas públicas, as quais poderiam configurar desvantagens para o Estado de nacionalidade do investidor, que não tinham outro interesse que não a proteção de seus nacionais e a liberalização de setores da economia dos Estados hospedeiros.

Apesar da onda liberalizante do regime de investimentos na América Latina, que ocorreu principalmente na década de 90, durante a qual diversos BITs foram assinados¹⁵⁴, o Brasil, apesar de sua posição de destaque no cenário econômico mundial, não possui nenhum destes acordos em vigência – sendo um dos únicos países de significativa relevância econômica a não implementar nenhum destes tratados¹⁵⁵. Ainda, no passado o país fez parte do chamado “não de Tokyo”, quando países latino americanos, imersos na Doutrina Calvo e temendo pela soberania de seus Estados, negaram a assinatura da Convenção de Washington¹⁵⁶. Hoje, apesar de a maioria desses países ter já adotado a Convenção, o Brasil continua com o mesmo posicionamento. É claro que, se de interesse do país em submeter litígios para o ICSID, o mecanismo complementar poderia em tese ser acionado, contudo, a assinatura do documento abrange mais do que tal possibilidade, pois demonstraria para o resto do mundo o posicionamento nacional quanto à aceitação das normas internacionais em matéria de investimentos.

A não participação do Brasil nesses sistemas protetivos não é infundada, e um dos argumentos daqueles que são contrários a tal participação envolve a alusão à crise econômica Argentina, no início do século – e ainda em curso. A Argentina, na década de 90, implementou algumas medidas visando ao equilíbrio da economia do país e à atração do capital externo. Dessa maneira, a inflação foi contida, foram realizadas

diversas privatizações, e mais de 50 BITs foram assinados. No início do século, o país foi atingido por uma crise monetária internacional que levou o governo a tomar certas medidas econômicas, como a publicação da Lei de Emergência Pública, que inevitavelmente prejudicaram investidores, desencadeando diversos processos perante o ICSID. Muitos desses processos, no momento deste estudo, ainda encontram-se em trâmite, mas percebe-se diversas decisões contrárias à Argentina – que tentara afastar a jurisdição do tribunal por alegar atos de soberania em favor do interesse público.

Nesse sentido, diante dos casos percebidos de aplicação desses BITs assinados pela Argentina, entendemos os dizeres de Gilberto Giusti e Adriano Drummond C. Trindade¹⁵⁷:

“Vê-se, portanto, que os mecanismos de proteção aos investimentos em um outro Estado não acompanharam as diversas formas de manipulação desse investimento pelo Estado receptor, de maneira a conferir, de um lado, uma proteção razoável ao investidor e, de outro, possibilitar ao Estado receptor a alocação desse investimento como forma de desenvolvimento de suas próprias políticas públicas sociais e econômicas.”

Também nesse sentido, argumenta Karla Closs Fonseca¹⁵⁸ que não há comprovação da relação direta entre a assinatura de BITs e o aumento da atratividade da economia perante investimentos externos, sendo esta complementar a um ambiente econômico favorável.

Por outro lado, temos a posição, Keneth J. Vanderverde, no sentido de que a assinatura de BITs tem grande potencial para a promoção de investimentos, visto que contribuem para a redução do risco político atrelado às atividades de investimento, além de estabelecer uma estrutura de proteção aos investimentos visando a evitar expropriações indevidas¹⁵⁹. Fernanda Araújo Kallás e Caetano que apesar da estabilidade político-econômica e de incentivos fiscais, a possibilidade de se demandar perante o ICSID ainda se mostra como uma das maneiras mais eficazes de promoção de investimentos¹⁶⁰. Ainda, de acordo com A. Konoplyanik, segundo a International Energy Agency (IEA), durante as próximas décadas, 70% do aumento

de demanda, 95% do aumento do fornecimento e 60% dos investimentos em energia serão originários ou atribuíveis a países que não fazem parte da OECD – como o Brasil –, mas tais países ofereceriam maiores riscos políticos, o que aumentaria o custo do desenvolvimento de projetos na área¹⁶¹. Em conclusão, deve-se ser levado em consideração que não há evidências suficientes para se afirmar que a assinatura de acordos internacionais de investimento aumente significativamente a atração de investimentos estrangeiros, sendo o Brasil um exemplo emblemático de um país que continua a atrair investimentos estrangeiros, apesar de não fazer parte do sistema internacional de proteção aos investidores estrangeiros¹⁶².

Discussões relativas à Soberania sobre Recursos Naturais, já discutidas neste estudo, que serviram de base ideológica para a realização de nacionalizações no período de governos populistas nas décadas de 60 e 70 na América Latina, hoje ganham novos contornos, visto que sociedades organizadas por estes mesmos governos passaram a atuar, nas últimas décadas, de maneira expressiva como investidores no cenário internacional¹⁶³. A Petrobras, por exemplo, possui uma quantidade significativa de ativos investidos pelo mundo, e operava através de seis companhias, de maneira efetiva na Bolívia em 2006, quando o presidente Evo Morales promulgou o Decreto n. 28.701, por meio do qual o Estado passaria a controlar toda a cadeia comercial e produtiva do setor de petróleo e gás¹⁶⁴. Em acordo estabelecido na época, a sociedade receberia US\$12 milhões em relação à participação societária em uma refinaria que representava um montante de US\$30 milhões investidos no país¹⁶⁵.

Levando em consideração a internacionalização das empresas brasileiras – não apenas a Petrobras, mas outras como Vale, EMBRAER e Gerdal –, tendo o Brasil experimentado a mesma rejeição de seus investimentos que antes atingiam apenas países considerados desenvolvidos, seria a hora de perceber o país como um significativo exportador de capitais, e de perceber o interesse em uma mudança de posição em relação aos AIIIs¹⁶⁶. No que tange a regulamentação nacional hoje estabelecida na indústria, requer-se atenção

quanto ao limite entre regulação e expropriação¹⁶⁷, visto que um Estado que se mostra cada vez maior em questões regulatórias apresenta riscos aos investidores, que temem novas ondas de Nacionalismo Energético e de tensões entre o poder Estatal e a propriedade privada¹⁶⁸.

Somado a essa tendência à exportação de países antes quase exclusivamente receptores de investimentos, percebe-se que a antiga definição de investimentos, antes um fator relevante para a posição brasileira perante os BITs, tem sido revista, por exemplo, nos últimos BITs assinados pelo Canadá e pelos EUA¹⁶⁹.

2.2.2 Arbitragem contra o Estado brasileiro no âmbito da indústria do petróleo

A arbitragem internacional de investimentos permite que o investidor estrangeiro, ao acionar o International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), remeta a essas controvérsias relativas à adequação de medidas regulatórias adotadas por autoridades nacionais em relação aos padrões globalmente estabelecidos de tratamento dos investidores estrangeiros¹⁷⁰, conferindo a estes um interessante e imparcial meio de recorrer contra atos estatais.

Apesar de não ser parte do sistema ICSID, o Brasil possui uma moderna legislação que regulamenta o processo arbitral no país¹⁷¹, o que possibilita a estrangeiros afastarem a jurisdição de tribunais internos na resolução de seus litígios. Especificamente no âmbito das atividades ligadas ao setor do petróleo, regulamentado pela Lei n. 9478, de 1997, disposições quanto ao procedimento arbitral foram inicialmente incluídas em dois momentos: em seu artigo 27, ao dispor a respeito da unitização da produção em situações em que uma jazida ultrapassa as fronteiras delimitadas de um bloco¹⁷²; e no inciso X de seu artigo 43¹⁷³, que dispõe a respeito do contrato de concessão. O primeiro, contudo, foi revogado pela Lei nº12.351, de 22 de dezembro de 2010, responsável pela regulamentação da exploração nas áreas de pré-sal e áreas estratégicas.

Hoje a doutrina é pacífica no sentido de que não há objeção para a participação do Estado em procedimentos arbitrais, quando as questões

envolvidas forem ligadas ao direito privado¹⁷⁴. A concessão do direito a exploração e produção de petróleo e gás natural, segundo José Alberto Bucheb, seriam caracterizadas como a concessão de exploração de bem público, e não de serviço público. Esta ideia é compartilhada por Celso Albuquerque de Mello, que entende que tais atividades, enquanto a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos consistem em monopólio estatal¹⁷⁵, não se confundem com serviço público, sendo atividades econômicas sujeitas às regras do Direito Privado¹⁷⁶. Ainda que o Estado crie empresas para explorá-las, estas não serão prestadoras de serviços públicos, mas atuariam como agentes econômicos da iniciativa privada¹⁷⁷. Por último, segundo Toshio Mukai, o contrato de concessão para a exploração desses bens não seriam, de fato, contratos de concessão propriamente ditos, mas contratos de direito privado¹⁷⁸ - o que caracterizaria o Petróleo e o Gás explorados como bens dominicais patrimoniais, disponíveis pela união e, portanto, passíveis de serem submetidos a arbitragem. Nesse sentido, foi bem sucedida a ANP ao incluir cláusula compromissória no contrato de concessão por ela assinado¹⁷⁹.

2.2.3 A Posição do Brasil diante dos investimentos estrangeiros

Ao longo da década de 90, o país presenciou uma significativa abertura ao capital externo, que ocorreu ao mesmo tempo de uma onda de privatizações de sociedades. Hoje em dia, o Brasil representa um dos principais destinos de investimentos internacionais do mundo, apresentando uma economia fortalecida, um ambiente político estável, e significativas reservas de recursos energéticos. Ainda, podemos afirmar que o país não tem um histórico expropriatório, dispondo a nossa Constituição Federal, inclusive, no inciso XXIV de seu artigo 5º, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

Segundo análise realizada pelo Boston Consulting Group em 2013, o Brasil preenche os principais critérios para torná-lo um ambiente atrativo de investimentos, sendo um ponto

contrário a burocracia exagerada, a imensa carga tributária, e a lentidão de nossos tribunais¹⁸⁰. Poderíamos questionar, também, a respeito da previsibilidade de nosso sistema regulatório no que tange a indústria de petróleo e gás, e uma relativa tendência estatizante e xenófoba do país – percebida no recente caso contra a companhia estrangeira Chevron, que sofrera represálias judiciais e públicas decorrentes de um derramamento de petróleo não maior do que figurara a empresa de economia mista Petrobrás.

Nesse sentido, destaca a professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro o episódio ocorrido na ocasião da Oitava Rodada de Licitações, em novembro de 2006, que foram inconstitucionalmente suspensas, havendo, inclusive, dois blocos já licitados na primeira fase da rodada. A professora cita, ainda, a retirada de 41 blocos às vésperas da realização da Nona Rodada, tendo sido a retirada do bloco Tupi controversa pelo aparente favoritismo conferido à Petrobrás¹⁸¹.

Parece-nos importante relevar a promulgação do marco regulatório do pré-sal, que não apenas muda o sistema de exploração de petróleo e gás, com vistas a aumentar a parcela percebida pelo Estado, como atribui à Petrobrás relativos privilégios, como conferindo a esta a posição de operadora em todos os blocos da área – obrigando todas as empresas estrangeiras e nacionais a formarem consórcio com a empresa mista brasileira, caso visem à exploração das jazidas localizadas no pré-sal. Concluímos com os dizeres da professora da UERJ, quanto à posição internacional brasileira na captação de investimentos na indústria petrolífera:

“Reduzir a burocracia e fortalecer as regras – seu controle e sua aplicação – é o principal desafio para a melhoria deste cenário. Considerando que o Brasil compete com outros países na captação de investimentos de riscos para a exploração e a produção, o maior desafio do Estado, no âmbito regulatório, é trabalhar melhor na manutenção da transparência e da estabilidade institucional, as chamadas regras do jogo, que têm sido ignoradas a longo prazo”¹⁸².

2.3 O Papel da Política

Em tempos de alta dos preços das *commodities*,

discussões acerca do nacionalismo energético voltam a estar em voga. Devemos entender que, independente de qualquer tratado ou contrato, o investidor estrangeiro estará sempre sob a esfera de influência do poder soberano do Estado hospedeiro de seus investimentos, e de suas manifestações e decisões políticas, que muitas vezes podem levar à expropriação de seus investimentos. Segundo Thomas Wälde, no limite, os contratos assinados com o Estado são apenas entendimentos políticos circunstanciais, e conceitos jurídicos como o *rebus sic standibus*, a soberania dos governos para alterar unilateralmente tais contratos, dentre outros, acabam sendo roupagens legais para se concretizar exigências políticas¹⁸³.

Cláusulas de estabilização dos contratos, internacionalização da lei aplicável e o acesso a arbitragem internacional seriam maneiras de despolitizar tais entendimentos, valorizando a “*rule of law*” e possibilitando a efetivação desses acordos por meio de um sistema desvinculado à jurisdição Estatal¹⁸⁴. A indústria que aqui tratamos, contudo, é extremamente politizada, e há quem entenda que, apesar de tais mecanismos de despolitização, os agentes particulares encontram-se ainda expostos às arbitrariedades da soberania às quais se encontram submetidos¹⁸⁵, que interferem não apenas em questões ligadas à nacionalizações, como em manipulações de preços e prospecção de investidores. Desentendimentos acerca da execução dos contratos – uma vez contendo estes cláusulas arbitrais –, acabam muitas vezes por representar apenas uma oportunidade de se dar início a renegociações, e as normas legais serviriam apenas para amenizar a tamanha disparidade entre Estados e investidores, visto o tamanho dispêndio e morosidade dos procedimentos arbitrais, que apesar de muito mais céleres que os tribunais internos, tem duração considerável diante da agilidade do mercado.

Como já exposto, os contratos de exploração de petróleo consistem em acordos de longa duração. Este alargado período de tempo acaba por aumentar, também, a exposição e o risco político percebido pelos investidores, em um movimento denominado “*obsolescing bargain*”¹⁸⁶. Esta expressão denota a diminuição do risco de

retorno dos investimentos efetuados pela companhia de petróleo, a partir do momento que foram já realizados e o empreendimento apresenta já um relativo sucesso. A partir desse momento, o investidor encontra-se diante de um crescente risco político de o Estado exercer seu poder soberano no sentido de modificar os termos do contrato para atingir novos objetivos governamentais, muitas vezes ligados a mudanças de governo, que desencadeiam a reanálise de vínculos criados pelo governo anterior¹⁸⁷. A reação das companhias à *obsolescing bargain*, mais uma vez, encontra-se na inserção de cláusulas de estabilização aos contratos assinados com o Estado hospedeiro.

3. Expropriação de investimentos estrangeiros

É um conceito estabelecido pelo Direito Internacional que o Estado tem o direito de nacionalizar e expropriar investimentos, se percebidos alguns pré-requisitos¹⁸⁸. É reconhecido este direito mesmo que o governo anterior tenha se comprometido com o contrário, sendo este um corolário, inclusive, da já mencionada soberania sobre os recursos naturais¹⁸⁹, e embora um outro princípio estabelecido pelo Direito Internacional seja também o respeito aos direitos adquiridos, estes encontram-se subordinados aos interesses gerais do Estado¹⁹⁰.

A expropriação é a essência da proteção dos investimentos visada pelo sistema aqui destrinchado, sendo um dos maiores riscos não-comerciais a que o investidor se submete. Consiste no ato pelo qual o poder público, em nome do interesse público, toma para si propriedade ou ativos, visando à sua destinação de acordo com seus entendimentos político-econômicos. No Direito Internacional Costumeiro, há um princípio que protege os direitos adquiridos e que, dessa maneira, obriga o Estado a indenizar o investidor lesado pelas suas medidas. Estes atos apoiam-se diretamente em seu poder soberano, e na indústria petrolífera, geralmente, ligam-se à ideia de nacionalismo energético, muitas vezes a partir da percepção do Estado de que este estaria ocupando uma posição menos privilegiada em determinada operação¹⁹¹.

Ao longo da década de 70, diante da crise ener-

gética, os grandes países produtores empreenderam alguma forma de política expropriatória de ativos energéticos em seus territórios – que ocorreu em seguida do grande aumento na demanda na década de 60. Países da América Latina, com a ideia de um Estado interventor na economia, presenciou a manifestação constante do nacionalismo energético, com tendências populistas, tendo nas companhias estatais de petróleo o veículo pelo qual tal nacionalismo e a soberania econômica se expressavam. Entretanto, com o passar das décadas, foi-se percebendo a necessidade da participação das companhias internacionais privadas de petróleo, diante da disparidade de desenvolvimento tecnológico entre estas e as companhias estatais, crescendo o número de assinaturas de *joint ventures* na década de 90.

Cabe esclarecer que, apesar de classicamente as disputas entre companhias estrangeiras e Estados serem pautadas na nacionalização de recursos das primeiras pelos últimos, modernamente estas estão fundadas no exercício de poder regulatório que tenha por efeito limitar a fruição daqueles investimentos pelo investidor¹⁹², visto que a legislação e encargos por esta estabelecidos restringem e impactam diretamente na atuação privada.

3.1 Expropriação Indireta

A expropriação indireta ocorre quando um ato soberano do Estado tem por efeito a tomada dos ativos do investidor, ou a anulação de seu controle sobre estes, sem alterar, contudo, o título de propriedade por ele detido. Esta situação é considerada pela maioria dos BITs como sendo uma medida com efeito equivalente à expropriação. Nesse sentido, também, o Energy Charter Treaty, que em seu artigo 13 dispõe que “*Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter ‘Expropriation’)*”.

Para se determinar a expropriação indireta, os tribunais internacionais tendem a levar em consideração alguns fatores, em uma análise casuística: a doutrina do “*sole effect*”, o nível de

privação e controle sofrido pelo investidor, se o ato estatal violou a expectativa legítima deste investidor, e se a medida foi razoável. A doutrina do “*sole effect*” dispõe que não seria importante a forma ou a intenção do ato Estatal realizado, mas seus efeitos substanciais. A intenção do governo seria menos importante do que os efeitos sentidos pelo dono do investimento¹⁹³.

O segundo fator, que consiste no nível de privação do investimento, este quer dizer que será necessária uma perda substancial do controle sobre o investimento¹⁹⁴, ou de seu valor¹⁹⁵. Os tribunais internacionais já reconheceram, nesses casos, que retomadas por meio de regulamentação violariam o direito internacional. Um exemplo pode ser mencionado quanto aos casos decorrentes da crise da Argentina, em 2001. Na época, o país promulgou a Lei de Emergência que, estabelecendo a paridade entre pesos e dólares para o pagamento de taxa pela companhia TGN (controlada pela CMS) – enquanto tal paridade não era repassada para os consumidores, que pagavam a companhia –, acabou acarretando uma desvalorização de 98,5% dos investimentos da empresa. O tribunal entendeu que, ainda que a CMS permanecesse com o título de propriedade e controle de seu investimento, este sofrera desvalorização substancial¹⁹⁶.

A frustração da legítima expectativa do investidor também é um fator relevante para se definir a expropriação indireta. No tribunal de CMS, descrito no parágrafo anterior, decidiu-se que a ocorrência desta frustração teria relevância apenas se acompanhada de uma real desvalorização do investimento. Exemplo de aplicação desse critério ocorreu no caso Metalclad¹⁹⁷, tendo sido o investidor informado por oficiais federais do governo que a operação visada necessitava de autorizações federais e estaduais, contudo, após a aquisição de propriedade pela sociedade americana, esta teve a permissão local para operar negada. Nesta circunstância, o tribunal se pronunciou da seguinte maneira:

“Expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner in whole or in significant part, of the use of reasonably-to-be-

-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host state”

Por último, se a medida contra a qual o investidor demandar for entendida como destinada ao interesse público, sem discriminação e tendo sido respeitado o “*due process*”, o tribunal terá maior relutância em decidir pela irregularidade da expropriação¹⁹⁸.

3.2 Expropriação Legal

Vimos neste capítulo que o poder de expropriar é inerente aos Estados, que o utilizam para atingir o interesse público, por meio da interferência na propriedade do investidor, utilizando-se de seu poder soberano. Entretanto, de acordo com o Direito Internacional, medidas expropriatórias ou com efeito semelhante ao da expropriação apresentam alguns requisitos para a sua regular realização. Apesar de o respeito ao direito adquirido do investidor ser uma regra no direito internacional, o poder soberano do Estado poderá violá-lo, desde que vise à garantia do interesse geral e das necessidades estatais¹⁹⁹. Nesse sentido, entende-se que tais medidas poderão ser realizadas apenas se de maneira não-discriminatória, não-arbitrária, visando ao interesse público e mediante compensação.

O critério mais importante que iremos perceber dentre os citados, contudo, visto que de modo geral se entende que o Estado age de acordo com o interesse público, e que a discriminação poderá se confundir com a violação de outras cláusulas (como a que estipula tratamento justo e equitativo), será o da presença de compensação pela expropriação realizada – devendo-se entender, a partir disso, como seria estabelecida a compensação apropriada.

Nesse sentido, cabe abordarmos a paradigmática fórmula de Hull. Em 1938, o então presidente mexicano Lazaro Cardenas ordenou a expropriação de quase todos os ativos de companhias de petróleo estrangeiras que operavam no país – criando mais tarde a Petroleos Mexicanos (PEMEX), que deteve o monopólio da indústria. Nessa circunstância, Cordell Hull, Secretário de Estado dos EUA, visando à proteção dos interesses das companhias americanas, exigiu do México compensação por consequên-

cia de expropriações de petróleo, devendo tal compensação ser “rápida, adequada e eficaz”, características entendidas então como o padrão norte-americano de compensação por este tipo de ato estatal²⁰⁰.

Contudo, os próprios tribunais dos Estados Unidos costumam se utilizar de critérios mais aceito pelo Direito Internacional em casos de expropriação, que de modo geral rejeita a definição proposta pela formula de Hull²⁰¹. Por exemplo, no caso de *Banco Nacional De Cuba v. Chase Manhattan Bank*, da *US Court of Appeals* no “*Second Circuit*” decidiu pela aplicação de princípios de Direito Internacional, por entender que não havia um número significativo de países que aplicassem a definição de compensação adequada como prevista pelos EUA. O Direito Internacional, então, se utilizaria de definições como uma compensação “justa”, “adequada” e “integral”, sendo princípios de modo geral defendidos por países em desenvolvimento, e o ponto de partida para uma expropriação legal²⁰².

A Organização das Nações Unidas, em Resolução de 1962 – que foi ajustada em 1974 –, entendeu que a compensação por uma eventual expropriação deveria ser adequada e de acordo com o regulamento e legislação internos do Estado que a efetuara – deixando em aberto o entendimento concreto de “adequação”. Entretanto, o Direito Internacional, como entende a doutrina majoritaria, como decidido em tribunais internacionais e previsto em BITs, entende que a compensação deverá ser integral. Nesse sentido, decidiu o tribunal no caso *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. The Czech Republic* (“*CME*”)²⁰³:

“in the end the international community put aside this controversy, surmounting it by the conclusion of more than 2200 bilateral (and some multilateral) investment treaties. Today these treaties are truly international in their reach and essential provisions. They concordantly provide for payment of “just compensation”, representing the “genuine” or “fair market” value of property taken. Some treaties provide for prompt, adequate and effective compensation amounting to the Market value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before

the intention embark thereon became public knowledge. Others provide that compensation shall represent the equivalent of the investment affected. These concordant provisions are variations on an agreed, essential theme, namely, that when a state takes foreign property, full compensation must be paid”.
(grifos nossos)

Há, contudo, divergências no sentido de haver a possibilidade de descontos no valor da compensação – como a possibilidade permitida pela resolução da ONU mencionada que, portanto, permite que a compensação não seja equivalente ao valor da propriedade expropriada. Nesse sentido, por exemplo, o professor Ian Brownlie, em voto vencido no caso *CME*, que afirmou que uma compensação justa seria equivalente a equitativa, ou adequada, o que pode ser em valor menor que a compensação integral.

Estabilização dos Contratos

Além dos riscos naturais de todo investimento, investidores estrangeiros, principalmente na indústria do petróleo, devem se preocupar com o risco político e ainda com o risco político não convencional, ocasionado por consequência de regulação excessiva e injusta²⁰⁴. Uma das maneiras de os investidores se prevenirem contra tais riscos, que podem se manifestar, por exemplo, por mudanças repentinas e prejudiciais da legislação aplicável àquela relação contratual, ou pela própria alteração unilateral de cláusulas contratuais pelo Estado, enquanto soberano, seria por meio da cláusula de estabilização. Dessa maneira, tanto AIIs (como os BITs) como os contratos de investimentos tem papel fundamental, e tem por ideia central a de garantir ao investidor que os termos sob os quais foi efetuado o investimento irão manter a sua essência ao longo de toda a execução do contrato²⁰⁵. Importante definição desta espécie de cláusula, no âmbito da indústria ora sob foco, é feita por Peter D. Cameron, ao lecionar que:

*“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”*²⁰⁶

O autor ressalta as principais formas de se garantir tal estabilização. A primeira seria por meio de uma “*freezing clause*”, que literalmente impediria que o Estado realize mudanças na legislação aplicável ao contrato, ou que eventuais mudanças não surtam efeitos no contrato em questão²⁰⁷. Outra forma de efetivar esta estabilização seria por meio de cláusula que impeça a alteração unilateral do contrato – faculdade soberana do Estado –, representando não um “congelamento” da legislação nacional, mas do contrato em si²⁰⁸.

Contudo, a forma mais comum de se encontrar tal cláusula, e a que menos afronta o Estado em suas faculdades soberanas (como a alteração unilateral do contrato e o seu próprio poder legislativo) seria a de “*Balancing Clauses*”. Por meio dessas, visa-se a proteger de maneira direta, mais do que a imutabilidade das circunstâncias legais, o equilíbrio econômico entre as partes. Dessa maneira, medidas realizadas pelo Estado que possam ter consequências economicamente danosas ao investidor (“*triggering event*”) desencadearão a necessidade de um reequilíbrio pela revisão contratual, que poderá ser realizada automaticamente ou por meio de negociação entre as partes²⁰⁹.

Comum na prática de mercado, apesar de não representar uma estabilização propriamente dita, a escolha do Direito Internacional como regente do contrato consiste em uma medida que confere ao investidor maior segurança quanto às mudanças do que a legislação nacional – aplicando-se a lei nacional naquilo que não entrasse em conflito com aquele²¹⁰. Este instrumento é mais comum nos contratos de petróleo, visto que os Estados não aceitam ter o Direito Internacional como a única lei aplicável a um setor econômico com um caráter tão estratégico²¹¹.

Por último, a inserção de cláusula compromissória, mecanismo já estudado previamente neste trabalho, também possui efeito semelhante no quesito de segurança contratual. Segundo Bertrand Montebault:

“The submission to arbitration in oil contract therefore constitutes an essential tool in the stabilization of the legal framework surrounding oil operations, not only because it neutralizes the jurisdictional power of the host State, but

also because such a clause effects and determines the law applicable to the contract.”

Conclusão

As relações que se formam entre Estados hospedeiros e investidores estrangeiros não podem ser tratadas como relações contratuais comuns. As partes envolvidas não apresentam necessariamente interesses em comum, mas ao contrário, muitas vezes estes são contrapostos, visando o investidor a obter o máximo de liberdade para atuar e necessitando de segurança jurídica suficiente para impedir imprevistos em relação às suas operações, e pensando o Estado em direcionar os frutos daquele investimento para o proveito de seus próprios nacionais, querendo ter o máximo de controle dos lucros e tendo à sua disposição o poder regulatório.

Enquanto soberanos, os Estados não se submetem a uma jurisdição com poderes suficientes para constrangê-lo contra a sua livre atuação para buscar alcançar seus interesses na circunstância do investimento. O caráter político tem papel relevante, sendo um dos maiores riscos não comerciais percebidos pelo investidor, que fica refém de decisões que fujam das atitudes previsíveis a época da alocação do investimento.

Dessa maneira, o bom funcionamento desse sistema dependerá do entendimento de cooperação entre os países e de acordos internacionais, que visam a defender reciprocamente seus nacionais. Nesse sentido, percebemos que o sistema de proteção aos investimentos estrangeiros tem por intuito maior elevar a relação do investidor com o Estado a nível internacional, retirando ao máximo o caráter político – e incerto – da circunstância que se encontra o estrangeiro.

O Brasil, ao longo da história, teve uma posição relativamente alheia à dinâmica estabelecida pelos tratados de investimento. Não foi adepto da Doutrina Calvo, quando em vigor, mas também não assinou a Convenção de Washington ou efetivou qualquer *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Esse posicionamento se justificava quando o país não passava de um receptor de investimentos externos, seja por temores de cláusulas abusivas que o impedissem de realizar medidas de cunho administrativo ou econômico – tomando por exemplo os casos ICSID deflagra-

dos na ocasião da crise econômica argentina –, seja por simplesmente confiar na atratividade do território nacional em relação ao capital estrangeiro.

Hoje, entretanto, o Brasil se projeta mundialmente não só como receptor de divisas, mas como um importante país exportador de capital, com empresas que figuram dentre as maiores do mundo – como a Petrobras, Embraer e Vale –, cabendo a consideração quanto à proteção de nossos investidores em territórios além-mar. Ainda, devemos levar em consideração que enquanto o país continua a se mostrar como um destino interessante para investimentos, por apresentar uma política estável e por ser dotado de riquezas naturais significativas, outros pólos importantes surgem como para concorrer com o Estado brasileiro ao demonstrarem ambientes onde o Estado não tenha um papel tão ativo na economia quanto nosso, e por não disporem de uma burocracia e sistema jurídico tão complexos quanto o nacional.

Entendemos que a assinatura da Convenção de Washington pelo Brasil representaria a definição do posicionamento nacional enquanto agente efetivo da dinâmica econômica mundial, e demonstraria fazer parte do ambiente internacional de cooperação que visa alcançar o Direito Internacional Público clássico. Apesar de não termos uma definição da doutrina quanto à relação direta entre a adoção do sistema internacional de proteção

aos investimentos estrangeiros e o aumento do fluxo de capital para um Estado, entendemos que tal adoção consiste muito mais em um posicionamento político por parte do Brasil, e faz parte de sua definição enquanto sujeito internacional.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. Princípios de direito regulatório do petróleo. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 313-322
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. *Revista do Direito da Energia*, São Paulo, nº5, p. 37-78, 2007
- BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- BERNARDINI, Piero. Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 98-112, 2008
- BERNHARD, MAIER. How has International law dealt with the tension between sovereignty over natural resources and investor interests in the energy sector? Is there a balance?. *International Energy Law Review*, nº4, p. 95-109, 2010
- BUCHHEB, José Alberto. **A Arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010
- CAMERON. Peter D., **Internacional Energy Investment Law: The Pursuit of Stability**. Oxford University Press: Nova Iorque, 2010.
- CAMERON, Peter D. **Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors**. *Association of International Petroleum Negotiators*, jul. 2006
- CAUBET, C. G. As repolarizações do mundo. In: Christian Guy Caubet. (Org.). **A força e o direito nas relações internacionais**. 33ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, -15.
- BARRETO, Celso de Albuquerque. Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós guerra do Iraque de 2003. Brasil: Situação e marco regulatório. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7-28
- COFFEY, Brendan. Oil and Gas: A World of High Stakes Deals. Thompson and Knight, nov. 2005. Disponível em: <http://www.martindale.com/pdf/c2c/magazine/2005_Nov/c2cMag_Nov05_GP_ThompsonKnight.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013-09-26
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 9. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

- DOLZER, Rudolf. National Treatment: New Developments. In: Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, Paris. **Making the Most of International Investment: A common agenda**. Disponível em: <www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf> Acesso em: 30 ago. 2013
- ELJURI, Elisabeth; TREVINO, Clovis. Venezuela: On the path to complete “oil sovereignty”, or the beginning of a new era of investment? *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 3, p. 259-262, Ago. 2009
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- FIAD, Patrícia Sampaio. **A importância da arbitragem internacional de investimento para o equilíbrio da relação entre o Estado Hospedeiro e o Investidor Estrangeiro na indústria do petróleo**. 2013. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.
- FREYER, Dana H.; GARFINKEL, Barry H.; GHARAVI, Hamid G. Bilateral Investments Treaties and Arbitration. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). **Handbook on International Arbitration and ADR**. Nova Iorque: JurisNet, 2006. p. 279-289
- GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Reflections on the law applicable to international oil contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 6, nº 2, p. 129-162, 2013
- GAZZINI, Tarcisio. Bilateral investment treaties. In T. Gazzini, E. De Brabandere (eds.), **International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations**. The Hague: Martinus Nijhoff, 2012
- GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: RT, vol.2, n. 7, out/nov 2005, p. 52.
- GUNTRIP, Edward. Systemic Integration and International Investment Law. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Guntrip.pdf Acesso em 20 jul. 2013
- JOBIM, Nelson. Aspectos jurídicos da abertura do mercado de petróleo. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 395-405
- JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Association of International Petroleum Negotiators – A Paper by Plexus Energy Ltd and INCE & Co*, jun. 2008
- JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 1, 3-23, 2009
- KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. Direito Internacional dos Investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*. Belo Horizonte, vol. 3, nº 1, jul. 2010. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/>
- KONOPLYANIK, A. Energy Security: the role of business, governments, international organisations and international legal framework. *International Energy Law Review*, nº6, p. 85-93, 2007
- LAVRANOS, Nikos. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Lavranos.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013
- LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. Possible Changes in the legal framework of the Brazilian oil industry. *International Energy Law Review*, nº7, p. 252-255, 2009

- MANIRUZZAMAN, A.F.M. The pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A critical Appraisal of the Emerging Trends. *Association of International Petroleum Negotiators*, 2008
- MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 4, nº 4, p. 332-368, dez. 2011
- MELLO, Celso A. Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26a ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009
- MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996
- MUKAI, Toshio. Contrato de exploração de petróleo e gás natural: natureza jurídicoprivada e suas consequências-parecer. *Revista Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, n. 8. Agosto de 1999, p. 39-55.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Working Papers on International Investment – Most-Favoured-Nation treatment in international investment law, 2004. 25 p.
- PAPARINSKIS, Martins. The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: < www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Paparinskis.pdf> Acesso em: 25 jul. 2013
- PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e Investimentos Estrangeiros. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº4, 7-31, abr/maio/jun. 2004
- PUTTE, Alexander van de; GATES, David F.; HOLDER. Political risk insurance as an instrument to reduce oil and gas investment risk and manage investment returns. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 5, nº 4, 284-301, dez. 2012
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13a Edição – São Paulo: Saraiva, 2011
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo**.
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Solução de controvérsias na indústria do petróleo. In: LEMES, Selma Ferreira ; CARMONA, Carlos Alberto ; MARTINS, Pedro Batista, coord. (Org.). **Arbitragem: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares**, in Memoriam.. São Paulo: Atlas, 2007, p. 372-401.
- RIBEIRO, Marilda de Sá Rosado. Soberania e Expropriação: novas tendências no século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE 2008, 2008, Rio de Janeiro. **Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008
- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. Tendências da arbitragem internacional de investimentos em casos da indústria do petróleo. In: Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás, 7, 2013, Aracaju: ABPG, 2013.
- RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration: Law and Practice**. 2. ed. A Haia: Kluwer Law International, 2001
- SCHREUER, Christoph. Denunciation of the ICSID Convention and consent to arbitration. In: WAIBEL, Michael et al. (Ed.). **The Backlash against investment arbitration**. Kluwer Law International, p. 353-368
- SKINNER, Matthew; MILES, Cameron A.; LUTTRELL, Sam. Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 3, nº 3, 260-285, nov. 2010

SMITH, Kevin. The Law of Compensation for Expropriated Companies and the Valuation Methods Used to Achieve That Compensation. **Net**, North Carolina, 2001. Wake Forest University. Disponível em:

<users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/2001/Smith.htm> Acesso em: 16 ago. 2013

STEVENS, Paul. National oil companies in the middle east: under the shadow of government and the resource nationalism cycle. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 5-30, 2008

TALUS, Kim; LOOPER, Scott; OTILLAR, Steven. Lex Petrolea and the internationalization of petroleum Agreements: Focus on host governments contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 5, nº 3, p. 181-193, jul. 2012

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais envolvendo o petróleo e uma breve análise da cláusula arbitral da sétima rodada de licitações da ANP. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 9, p. 78-93, abr. 2006.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem na indústria do petróleo no direito brasileiro. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 617-660

UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Trade and Development – Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking**. Nova Iorque, 2007, 172 p. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/iteia20065_en.pdf >

WÄLDE, Thomas W. Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: industry and political cycles meet the rule of law. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 55-97, maio 2008

ZERBINI, Eugênia. O Brasil à distância do direito internacional dos investimentos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 35, p.11-17, jan. 2007.

Referências

- 1 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 149
- 2 STEVENS, Paul. National oil companies in the middle east: under the shadow of government and the resource nationalism cycle. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 5-30, 2008. p. 6-7
- 3 *Ibid.* p.8
- 4 CAUBET, C. G. As repolarizações do mundo. In: Christian Guy Caubet. (Org.). **A força e o direito nas relações internacionais**. 33ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, -15.
- 5 *Loc.cit.*
- 6 STEVENS, Paul. *Op.Cit.* p.8
- 7 *Ibid.* p.8
- 8 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153
- 9 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo**. p.9
- 10 MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Direito Internacional da Integração**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1996. p.32
- 11 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p.9
- 12 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. Tendências da arbitragem internacional de investimentos em casos da indústria do petróleo. In: Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás, 7, 2013, Aracaju: ABPG, 2013. p.2
- 13 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Op. cit.* p. 154
- 14 *Loc.cit.*
- 15 MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 4, nº 4, p. 332-368, dez. 2011. p. 332
- 16 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. Direito Internacional dos Investimentos na atualidade: uma análise da posição brasileira. *Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*. Belo Horizonte, vol. 3, nº 1, jul. 2010. p. 4 Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas/> Acesso em: 29 ago. 2013
- 17 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. *Op.cit.* p.2
- 18 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Op. cit.* p.5
- 19 “não existe qualquer país, sociedade ou cultura no mundo em que não haja qualquer suspeita de estrangeiros”. WÁLDE, Thomas W. Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: industry and political cycles meet the rule of law. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 55-97, maio 2008 p.63
- 20 PUCCI, Adriana Noemi. Arbitragem e Investimentos Estrangeiros. *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº4, 7-31, abr/maio/jun. 2004 p.18
- 21 REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 13ª Edição – São Paulo: Editora Saraiva, 2011 p. 321
- 22 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Op.cit.* p. 5
- 23 REZEK, Francisco. *Op. cit.* p. 330
- 24 *Loc cit.*
- 25 *Ibid.* p. 331
- 26 *Loc. Cit.*
- 27 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.* p. 2
- 28 As resoluções 3201 e 3281, expedidas pela Assembleia Geral da ONU em 1974, podem ser consideradas os alicerces da Nova Ordem Econômica Internacional e ao estabelecimento de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, juntamente com a 1803, relativa à Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais, abodada no item 3.1 deste trabalho. São considerados princípios fundamentais dessa nova ordem, para o escopo deste estudo, aqueles que guardam relação com a dinâmica de investimentos estrangeiros, sendo estes os que tratam da soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais, riquezas e atividades econômicas; o da não-ingerência nos assuntos internos dos Estados pelos investidores estrangeiros; o do direito ao desenvolvimento; o do direito de jurisdição e da solução pacífica de controvérsias quando mutuamente acordada pelas partes. Essa nova ordem econômica mundial tem por finalidade a instauração de uma unidade que a coexistência pacífica entre os diferentes Estados e culturas é fundamental, levando em consideração, para isso, a interdependência econômica e a heterogeneidade dos países.
- 29 *Ibid.* p.4
- 30 FREYER, Dana H.; GARFINKEL, Barry H.; GHARAVI, Hamid G. Bilateral Investments Treaties and Arbitration. In: CARBONNEAU, Thomas E. (Ed.). **Handbook on International Arbitration and ADR**. Nova Iorque: JurisNet, 2006. p. 279-289
- 31 MARTIN, A. Timothy. Dispute resolution in the international energy sector: an overview. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 4, nº 4, p. 332-368, dez. 2011. p.343
- 32 PUCCI, Adriana Noemi. *Op. cit.* p. 16-17
- 33 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.* p. 15-16
- 34 MARTIN, Timothy. *Op.cit.* p. 341-343
- 35 ICSID. Article 25: “(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”
- 36 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p.12-14
- 37 Salini Construtorri S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Morocco ICSID Case No. ARB/00/4
- 38 CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick; FLORY, Thiebaut. Manuel droit international économique. 3 ed. Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1990. P. 560 *apud* PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 13
- 39 FIAD, Patrícia. *Op.Cit.* p. 108
- 40 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE,

- Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Association of International Petroleum Negotiators – A Paper by Plexus Energy Ltd and INCE & Co*, jun. 2008 p. 34
- 41 UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Trade and Development – Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking**. Nova Iorque, 2007, p.10. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf >
- 42 *Loc.cit.*
- 43 *Ibid.* p. 25-27
- 44 **Modelo de Tratado Bilateral do Canadá, de 2004. Article 1** “Definitions / Investment means: (I) an enterprise; (II) an equity security of an enterprise; (III) a debt security of an enterprise (...) (IX) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under (i) contracts involving the presence of an investor’s property in the territory of the Party, including turnkey or construction contracts, or concessions, or (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise; but investment does not mean(...)
- 45 GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Reflections on the law applicable to international oil contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 6, nº 2, p. 129-162, 2013, p. 133
- 46 *Loc.cit.*
- 47 Cf. Item 2.5.4
- 48 CAMERON, Peter D., *Internacional Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford University Press: Nova Iorque, 2010, p. 172
- 49 *Loc.cit.*
- 50 O *Energy Charter Treaty* consiste em um tratado multilateral de promoção e proteção de investimentos, e concentra-se em investimentos em energia, principalmente na indústria de upstream (exploração e produção).
- 51 *Loc. cit.*
- 52 WÄLDE, Thomas W. Renegotiating acquired rights in the oil and gas industries: industry and political cycles meet the rule of law. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 55-97, maio 2008, p.56
- 53 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Op.cit.* p.2
- 54 UNITED NATIONS. *Op.cit.* p.28
- 55 VANDELDELDE, Kenneth (1992). *apud.* UNITED NATIONS. **United Nations Conference on Trade and Development – Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in investment rulemaking**. Nova Iorque, 2007, 172 p. Disponível em: < http://unctad.org/en/Docs/iteiia20065_en.pdf > p.28
- 56 Cf. Item 2.5
- 57 Cf. Item 4
- 58 LAVRANOS, Nikos. Bilateral Investment Treaties and the EU Law. In: European Society of International Law Conference, 4, 2010, Cambridge. **Agora 5: Investment Protection**. Disponível em: <http://www.esil-en.law.cam.ac.uk/Media/Draft_Papers/Agora/Lavranos.pdf> Acesso em: 20 jul. 2013
- 59 UNITED NATIONS. *Op.cit.* p.28
- 60 *Loc.cit.*
- 61 CAMERON, Peter D. Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. *Association of International Petroleum Negotiators*, jul. 2006, p. 70
- 62 Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case n. ARB(AF)/00/2)
- 63 MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case n. ARB/01/7) Disponível em: <icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
- 64 CAMERON, Peter D. *Op.cit.* p. 70
- 65 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. *Association of International Petroleum Negotiators – A Paper by Plexus Energy Ltd and INCE & Co*, jun. 2008, p.34
- 66 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Working Papers on International Investment – Most-Favoured-Nation treatment in international investment law, 2004. 25 p, p.3
- 67 OECD. *Op.cit.* p.9
- 68 *Idem.* p. 2
- 69 *Idem.* p.5
- 70 DOLZER, Rudolf. National Treatment: New Developments. In: Symposium Co-organised by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, Paris. **Making the Most of International Investment: A common agenda**. Disponível em: < www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/36055356.pdf> p.1
- 71 *Loc. cit.*
- 72 DOLZER, Rudolf. *Op.cit.* p.2 – “Which policies of the host country may justify differential treatment between the foreigner and the national? Is it necessary in this context to distinguish between de jure and de facto discrimination? What role, if any, will be attributed to the intentions which a government pursues with the act that allegedly discriminates? (...) When the foreign investor is compared with the domestic investor, is it necessary to identify a domestic investor who is in exactly the same business, or is it sufficient to point to an investor who is not in the same line of business but in the same economic sector? How do we define “business” and “sector” in this context?”
- 73 *Treaty between United States of America and the Argentine Republic concerning the reciprocal encouragement and protection of investment*, assinado em 1991: “ARTICLE 2 – 1. Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies, or of nationals or companies of any third country, whichever is the more favorable, subject to the right of each Party to make or maintain exceptions falling within one of the sectors or matters listed in the Protocol to this Treaty. (...) Moreover, each Party agrees to notify the other of any future exception with respect to the sectors or matters listed in the Protocol, and to limit such exceptions to a minimum. (...) The treatment ac-

- corded pursuant to any exceptions shall, unless specified otherwise in the Protocol, be not less favorable than that accorded in like situations to investments and associated activities of nationals or companies of any third country” (grifos nossos) Disponível em: <unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_us.pdf>
- 74 MAIER, Bernhard. How has International law dealt with the tension between sovereignty over natural resources and investor interests in the energy sector? Is there a balance?. *International Energy Law Review*, nº4, p. 95-109, 2010, p.101
- 75 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 22-23
- 76 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International Arbitration: Law and Practice**. 2. ed. A Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 81
- 77 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Op.cit.* p. 3
- 78 *Loc.cit.*
- 79 Cf. Item 2.4.1
- 80 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Ibid.* p.34
- 81 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 21
- 82 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p. 584
- 83 ICSID. Article 25 – “The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”.
- 84 BATISTA MARTINS, Pedro A.; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 241
- 85 Cf. Item 2.5.2
- 86 MARTIN, Timothy. *Op.cit.* p.342
- 87 SCHREUER, Christoph. Denunciation of the ICSID Convention and consent to arbitration. In: WAIBEL, Michael et al. (Ed.). **The Backlash against investment arbitration**. Kluwer Law International, p. 353-368 – p.360
- 88 *Loc.cit.*
- 89 WÄLDE, Thomas W. *Op. cit.* p.92
- 90 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 22
- 91 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.83
- 92 *Loc.cit.*
- 93 ICSID. Artigos 25 (1) e (3)
- 94 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 22
- 95 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 23
- 96 *Loc.cit.*
- 97 ICSID. Artigo 25 (2) (b) - “any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention”.
- 98 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.83-84
- 99 Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID, Case No. ARB/02/18
- 100 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. p.3
- 101 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.84
- 102 BERNARDINI, Piero. Stabilization and adaptation in oil and gas investments. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 1, nº 1, p. 98-112, 2008, p.109
- 103 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p.143
- 104 RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op.cit.* p.84
- 105 *Ibid.* p.85
- 106 TALUS, Kim; LOOPER, Scott; OTILLAR, Steven. Lex Petrolea and the internationalization of petroleum Agreements: Focus on host governments contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 5, nº 3, p. 181-193, jul. 2012
- 107 *Loc.cit.*
- 108 ICSID. “**Article 42** (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”
- 109 PUCCI, Adriana Noemi. *Op.cit.* p. 25-26
- 110 ELOMBI, George. ICSID awards and the denial of host States laws. *Journal of International Arbitration*, v. 11, n. 3, p.62, setembro de 1994
- 111 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, Direito dos Investimentos e Petróleo. p. 20
- 112 ICSID. “Article 53 (1) – *The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention*”.
- 113 ICSID. Article 54 (1) – “*Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state*”.
- 114 BRASIL. Código de Processo Civil – “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais: IV – a sentença arbitral”
- 115 ICSID. Article 48 - (1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members. (2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it. (3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons

- upon which it is based. (4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent. (5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.
- 116 MARTIN, Timothy. *Op.cit.* 341
- 117 *Loc.cit.*
- 118 ICSID. “Article 52 - (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds: (a) that the Tribunal was not properly constituted; (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers; (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal; (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based (...)”
- 119 ICSID. “Article 64 - Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement”
- 120 BERNHARD, Maier. How has International law dealt with the tension between sovereignty over natural resources and investor interests in the energy sector? Is there a balance?. *International Energy Law Review*, nº4, p. 95-109, 2010, p.95
- 121 *Loc.cit.*
- 122 BARRETO, Celso de Albuquerque. Geopolítica do petróleo: tendências mundiais pós guerra do Iraque de 2003. Brasil: Situação e marco regulatório. In: ROSADO, Marilda. (Coord.). **Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 7-28
- 123 Item 3.1
- 124 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 124
- 125 KONOPLYANIK, A. Energy Security: the role of business, governments, international organisations and international legal framework. *International Energy Law Review*, nº6, p. 85-93, 2007
- 126 GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen Otero. Reflections on the law applicable to international oil contracts. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 6, nº 2, p. 129-162, 2013, p.134
- 127 *Loc.cit.*
- 128 KONOPLYANIK, A. *Op.cit.* p.85
- 129 *Ibid.* p. 90
- 130 ONU. Resolução 1803 Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1962 – “Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais”, conceito estabelecido pela
- 131 MAIER, Bernhard. *Op.cit.* p. 95
- 132 MAIER, Bernhard. *Op. cit.* p. 98
- 133 MARTIN, Timothy. *Op. cit.* p. 342
- 134 Artigo 10 do ECT
- 135 MAIER, Bernhard. *Op. cit.* p. 99
- 136 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p.130
- 137 MELLO, Celso D. de Albuquerque. A soberania através da história. **Anuário: direito e globalização: a soberania**. 9. ed. São Cristóvão-RJ: Renovar, 1999, p. 17
- 138 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.121
- 139 MELLO, Celso. *apud. Loc.cit.*
- 140 ONU. Resolução 1803 da Assembleia Geral das Nações Unidas - “1. O direito dos povos e das nações à soberania permanente sobre as suas riquezas e recursos naturais deverá ser exercido no interesse do respectivo desenvolvimento nacional e do bem-estar do povo do Estado em causa.
2. A exploração, desenvolvimento e disposição de tais recursos, bem como a importação dos capitais estrangeiros necessários para tais fins, deverão estar de acordo com as regras e condições que os povos e nações livremente considerem necessárias ou desejáveis relativamente à autorização, restrição ou proibição de tais actividades.(...) 4. A nacionalização, expropriação ou requisição deverão basear em fundamentos ou razões de utilidade pública, segurança ou interesse nacional reconhecidos como superiores aos interesses puramente individuais ou privados, tanto nacionais como estrangeiros. Nestes casos, o proprietário deverá receber uma indemnização adequada, de acordo com as normas em vigor no Estado que toma tais medidas no exercício da sua soberania e em conformidade com o direito internacional. Sempre que a questão da indemnização der origem a controvérsia, dever-se-ão esgotar as vias de recurso no âmbito da jurisdição do Estado que adopta as medidas. Contudo, por acordo entre Estados soberanos e outras partes interessadas, o litígio poderá ser dirimido através da arbitragem ou da justiça internacional. 5. O exercício livre e proveitoso da soberania dos povos e das nações sobre os seus recursos naturais deverá ser fomentado pelo respeito mútuo entre Estados com base na respectiva igualdade soberana. 6. A cooperação internacional com vista ao desenvolvimento económico dos países em vias de desenvolvimento, sob a forma de investimentos de capital públicos ou privados, troca de bens e serviços, assistência técnica, ou partilha de informação científica, deverá favorecer o desenvolvimento nacional independente desses países e basear-se no respeito da sua soberania sobre as respectivas riquezas e recursos naturais. (...)
- 141 RIBEIRO, Marilda de Sá Rosado. Soberania e Expropriação: novas tendências no século XXI. In: RIO OIL & GAS EXPO AND CONFERENCE 2008, 2008, Rio de Janeiro. **Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008**. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBI, 2008. p.3
- 142 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.122
- 143 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.* p.127
- 144 *Loc.cit.*
- 145 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Op.cit.* p.12

- 146 *Ibid.* p.13
- 147 WÄLDE, Thomas. *Op.cit.* p. 56
- 148 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.* p.130
- 149 ORGANIZAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO. Dados disponíveis em: <www.onip.org.br/?s=brasil+12%25+produ%C3%A7%C3%A3o&lang=pt-br>
- 150 LIMA, Paulo Cesar Ribeiro. Possible Changes in the legal framework of the Brazilian oil industry. *International Energy Law Review*, nº7, p. 252-255, 2009
- 151 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Contrato de Concessão de Exploração de Petróleo e Gás. *Revista do Direito da Energia*, nº5, 2007. p.41
- 152 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p. 132
- 153 KONOPLYANIK, A. *Op.cit.* p.94
- 154 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo.** p. 16
- 155 WÄLDE, Thomas. *Op.cit.* p.93
- 156 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Op.cit.* p.9
- 157 GIUSTI, Gilberto; TRINDADE, Adriano Drummond C. As arbitragens internacionais relacionadas a investimentos: a convenção de Washington, o ICSID e a posição do Brasil. *Revista de arbitragem e mediação*, São Paulo: RT, vol.2, n. 7, out/nov 2005, p. 52.
- 158 FONSECA, Karla Closs. *Os acordos de promoção e proteção recíproca de investimentos e o equilíbrio entre o investidor estrangeiro e o estado receptor de investimentos.* Dissertação (Mestrado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2007, p. 42.
- 159 VANDELVERDE, Keneth J. The economics of bilateral investment treaties. In: **Harvard International Law**, vol. 41, n. 2, 2000, p. 3 *apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo.** p. 17
- 160 KALLÁS E CAETANO, Fernanda Araújo. *Direito Internacional dos Investimentos na Atualidade – Uma Análise da Posição Brasileira.*
- 161 KONOPLYANIK, A. *Op.cit.* p. 85
- 162 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; TIBURCIO, Carmen. *Op.cit.* p.8
- 163 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over natural resources investment law and expropriation: the case of Bolivia and Brazil. *Journal of World Energy Law & Business*, vol 2, nº 2, 129-148, 2009, p. 130
- 164 *Ibid.* p. 135
- 165 *Ibid.* p.135-136
- 166 *Ibid.* p. 131
- 167 *Cf.* Item 4.2
- 168 *Ibid.* p. 147
- 169 *Cf.* Item 2.3
- 170 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JR., Ely Caetano; RODRIGUES, Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio. *Op. cit.* p. 4
- 171 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem)
- 172 LEI DO PETRÓLEO. Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção.
- Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.
- 173 LEI DO PETRÓLEO. Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;
- 174 BUCHEB, José Alberto. **A Arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.
- 175 BRASIL. Constituição (1988). Artigo 177, inciso I
- 176 MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 26ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009, p. 806.
- 177 Bucheb, José Alberto. *Op.cit.* p.14
- 178 MUKAI, Toshio. Contrato de exploração de petróleo e gás natural: natureza jurídica privada e suas consequências- parecer. *Revista Direito Administrativo, Contabilidade e Administração Pública*, n. 8. Agosto de 1999, p. 39-55.
- 179 CONTRATO DE CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL, ASSINADO NO ÂMBITO DA NONA RODADA DE LICITAÇÕES. 2007. “31.5. Se a qualquer momento uma parte considerar que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere o parágrafo 31.2., deverá submeter essa disputa ou controvérsia a processo arbitral “ad hoc”, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e em consonância com os seguintes preceitos: (a) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. (b)Serão três os árbitros. Cada parte escolherá um árbitro. Os dois árbitros assim escolhidos designarão o terceiro árbitro, que funcionará como presidente. (c) A cidade do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o lugar da prolação da sentença arbitral. (d) O idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. As Partes poderão, todavia, instruir o processo com depoimentos ou documentos em qualquer outro idioma se os árbitros assim decidirem, sem necessidade de tradução oficial. (e) Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras. (f) A sentença arbitral será definitiva e seu conteúdo obrigará as Partes. (g) Havendo necessidade de medidas cautelares, preparatórias ou incidentais, ou outras medidas acautelatórias, a Parte interessada poderá requerê-las diretamente ao Poder Judiciário, com fundamento na legislação brasileira aplicável. 31.6. Para os efeitos da Lei nº 9.307/96, para as questões que não versem sobre direitos patrimo-

- niais disponíveis, as Partes elegem o foro da Justiça Federal - Seção Judiciária do Rio de Janeiro, Brasil, como único competente, com renúncia expressa a qualquer outro, por mais privilegiado que seja.”
- 180 BALDWIN, James. Turning Brazil into a Business and Investment Hub: Charting a Steady Course. Disponível em: <https://www.bcgperspectives.com/content/articles/globalization_mergers_acquisitions_charting_a_steady_course_turning_brazil_into_business_investment_hub/>
- 181 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.35
- 182 *Loc.cit.*
- 183 WÄLDE, Thomas. *Op.cit.* p.56
- 184 *Loc.cit.*
- 185 *Loc.cit.*
- 186 MARTIN, A. Timothy. *Op.cit.* p. 352
- 187 *Loc.cit.*
- 188 DARDEN, Michael P. International Due Diligence. Texas: Nuevo Energy Company, [S.d] p.3 *apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.25
- 189 Government of Kuwait v American Independent Oil Company (Aminoil)
- 190 JENNING, R.Y. State Contracts in International Law. In: The British yearbook international law, 1961, p. 177. *Apud.* GAO, Zhiguo. International Petroleum Contracts: Current Trends and new directions. Londres: Graham & Trotman 1994, p. 209. *Apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.25
- 191 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Op. cit.*
- 192 Wälde, Thomas. The role of arbitration in the globalization of energy markets (introduction to future book on international energy arbitration), p.4 *apud.* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo. 2ª ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 141
- 193 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos do México*, 2003, ICSID Case nº ARB (AF)/00/2, Awardra Maio 2003 (“Tecmed”), parágrafo 115
- 194 *Revere Copper v. OPIC*, 1978, Award 24 de agosto de 1978, 56 ILR 268 (“Revere Copper”)
- 195 *Pope & Talbot Inc v. Governo do Canadá*, 2000, Interim Award de 26 de junho de 2000, 40 ILM 258 (“Pope & Talbot”), parágrafo 96
- 196 *CMS Gas Transmission Co v. República da Argentina*, 2005, ICSID Case nº ARB/01/8, Award 12, Maio de 2005 (“CMS”)
- 197 *Metalclad Corp v. Estados Unidos Mexicanos*, 2000, ICSID Case nº ARB(AF)/97/1, Award 30 de agosto de 2000 (“Metalclad”)
- 198 CAMERON, Peter D. Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors. *Association of International Petroleum Negotiators*, jul. 2006, p.48
- 199 RIBEIRO, Marilda de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p. 25
- 200 JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. *Op. cit.* p. 69
- 201 SMITH, Kevin. The Law of Compensation for Expropriated Companies and the Valuation Methods Used to Achieve That Compensation. *Net*, North Carolina, 2001. Wake Forest University. p. 2 Disponível em: <users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/2001/Smith.htm> Acesso em: 16 ago. 2013
- 202 *Ibid.* p.2
- 203 *CME Czech Republic BV (The Netherlands) v. The Czech Republic*, 2003, UNCITRAL Award, 14 de março de 2003, parágrafo 497.
- 204 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. p.29
- 205 CAMERON. Peter D. *Op.Cit.* p.68
- 206 *Ibid.* p.69
- 207 *Ibid.* p.70
- 208 *Loc.Cit.*
- 209 *Ibid.* p.74-75
- 210 MANIRUZZAMAN, A.F.M. The pursuit of Stability in International Energy Investment Contracts: A critical Appraisal of the Emerging Trends. *Association of International Petroleum Negotiators*, 2008. p. 5
- 211 *Loc.Cit.*