

A ESTABILIDADE NOS CONTRATOS PETROLÍFEROS INTERNACIONAIS E ALGUNS DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO CONEXOS: DO MITO À REALIDADE

Pela Mestre Nélia Daniel Dias

SUMÁRIO:

1.1 — Breve introdução. **1.2** — A chamada relação contratual estabilizada: a ideia clássica e o mito nos contratos petrolíferos. **1.3** — A violação da cláusula de estabilidade: algumas consequências, de facto e de direito, para o contrato de investimento petrolífero. **1.4** — O efeito substancialmente moralizador da inserção de uma cláusula de estabilidade nos contratos petrolíferos. **1.5** — O futuro das cláusulas de estabilidade nos novos contratos petrolíferos: da clássica estabilidade ao recente equilíbrio contratual. **1.6** — Conclusões. **Abreviaturas. Modo de citar. Bibliografia. Arbitragem.**

1.1. Breve introdução

Nesta sede propomo-nos conciliar o inconciliável. Será que é possível? Tentemos então o impossível. Será que podemos inserir uma cláusula de estabilidade num contrato de investimento internacional petrolífero impedindo, desse modo, que o Estado Hospedeiro possa alterar unilateralmente o acordo durante todo o período de duração do projecto? Vejamos o que seria desejável e o que se passa hoje na realidade. Esta é a matéria que nos propormos tratar.

1.2 A chamada relação contratual estabilizada: da ideia clássica e o mito nos contratos petrolíferos

São vários os tipos de contratos através dos quais uma ou mais partes, geralmente uma parte estrangeira privada, resolve investir no negócio de petróleo e gás⁽¹⁾. Esses contratos internacionais⁽²⁾, podem ser simples contratos de concessão tradicional⁽³⁾, de partilha de produção⁽⁴⁾ (PSA), contratos de serviço (puros)⁽⁵⁾, contratos de prestação de serviços com⁽⁶⁾ ou sem⁽⁷⁾ cláusula de risco,

⁽¹⁾ Para uma visão mais geral sugerimos vivamente a leitura de JORGE SALGADO GOMES e FERNANDO BARATA ALVES, *O universo da indústria petrolífera — Da pesquisa à refinação*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

⁽²⁾ Sobre a noção de contrato internacional vide a dada por IRINEU STRENGER citado por DIOGO PIGNATARO DE OLIVEIRA, *Os contratos internacionais e a indústria do petróleo*, s/d, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10391>>. Acesso em 19 de Agosto de 2009 para o qual “*são contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objectivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais.*”

⁽³⁾ Para procurar o conceito de cada um destes tipos de contratos petrolíferos sugerimos a leitura de MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, *As joint ventures na indústria do petróleo, Temas de Direito Petrolífero e de Direito de Comércio internacional*, Renovar, 1977, página 129 a 132. A *concessão clássica* é encarada como um verdadeiro contrato administrativo que abrange grandes áreas reservadas ao investidor estrangeiro, durante longos períodos, de onde decorrem obrigações que se podem restringir ao pagamento de *royalties* ou a uma taxa anual. Nestes contratos há geralmente uma ausência de controlo ou ingerência do Estado hospedeiro. Dentro desta concessão clássica é costume distinguir-se ainda a *concessão do pós-guerra*.

⁽⁴⁾ Ou *Acordos de Produção Compartilhada*. Originário da Indonésia e datado de 1966, traduz-se no contrato eleito pelos chamados *Países em vias de desenvolvimento*. Nestes o Estado Hospedeiro possui uma participação e o investidor privado assume o risco da parte técnica e financeira da operação, numa certa área. A produção do petróleo é da propriedade do Estado Hospedeiro, depois de operada a recuperação de custos, sendo depois rateada entre o Estado e o investidor privado segundo uma determinada percentagem. Os equipamentos bem como as instalações são da propriedade do Estado.

⁽⁵⁾ O investidor privado é encarado como um mero prestador de serviços, havendo a faculdade de receber a sua contrapartida em petróleo. O Estado Hospedeiro é o proprietário de todos os activos.

⁽⁶⁾ Nesta modalidade o investidor privado compromete-se a fornecer os serviços técnicos essenciais à execução das actividades petrolíferas, incluindo o financiamento, assumindo exclusivamente os riscos da operação.

⁽⁷⁾ O investidor privado assim como o Estado Hospedeiro assumem a obrigação de prestar serviços técnicos de operação e desenvolvimento de áreas já descobertas e a proceder ao seu financiamento. O investimento efectuado pelo investidor privado é reem-

contratos de associação⁽⁸⁾ em participação (dentro dos quais a doutrina tem incluído as *joint ventures*), arrendamento⁽⁹⁾ (*lease contracts*), híbridos⁽¹⁰⁾ ou outros⁽¹¹⁾. Nestes contratos em geral o que os diferencia dos demais são o facto de termos, por um lado, um investidor privado, ou mais, e do outro o Estado (Governo), agência estatal ou uma empresa governamental. Aqui constatamos que se prevêem direitos e obrigações derivados dos direitos concedidos pelo Estado quanto à exploração, utilização e destino do petróleo⁽¹²⁾. Outra característica prende-se com o facto de se tratarem de negócios que, pela sua própria natureza,⁽¹³⁾ implicam o estabeleci-

bolsado havendo ainda possibilidade da liquidação de um bónus referente à produção excedente.

⁽⁸⁾ É estabelecido um acordo entre a empresa estatal do Estado Hospedeiro existindo *royalties* que tendem a aumentar em razão do aumento da produção petrolífera. Uma das características essenciais prende-se com a existência do “*carrego*” correspondente ao facto do financiamento das despesas de exploração referentes à percentagem do interesse participativo da Empresa Estatal com reembolso posterior no caso de sucesso. Assiste-se, outrossim, a uma divisão dos riscos em termos paritários nas fases de desenvolvimento e de produção e os resultados apenas serão partilhados depois da dedução dos *royalties*.

⁽⁹⁾ Tratam-se de instrumentos legais através dos quais as companhias petrolíferas adquirem o direito de exercer de forma exclusiva as actividades petrolíferas.

⁽¹⁰⁾ Estes modelos híbridos reúnem o melhor de dois ou mais contratos pois tendem a aglutinar características essenciais das formas clássicas dos contratos de investimentos petrolíferos.

⁽¹¹⁾ As *licenças*, por exemplo, traduzem-se em autorizações legais outorgadas pela autoridade governamental, geralmente encabeçada por um Ministério. Podem assumir, ou não, um carácter exclusivo. Alguma doutrina tende a confundir a licença com uma concessão. Sublinhe-se ainda que as díspares nomenclaturas procuram acolher algumas particularidades de certos sistemas jurídicos. Por isso é que é curial ouvir falar no *Modelo Colombiano de Associação*, *Contrato de Partilha de Produção de Angola*, etc. Finalmente, existem outros tipos de contratos petrolíferos que não iremos tratar nesta sede mormente cujo objecto é muito variado designadamente os *Joint Bidding Agreement (JDA)*, *Joint Operating Agreement (JOA)*, *Farmout Agreements (FA)*, *Swap Agreements*, *Lifting ou Offtake Agreements*, *Gas Sales Agreements (GSA)*, *International Crude Oil Sales Agreements (ICOSA)*, entre outros. Sobre a definição de cada um destes acordos temos DIOGO PIGNATARO DE OLIVEIRA. *Os contratos internacionais e a indústria do petróleo*, s/d, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10391>>. Acesso em 23 de Agosto de 2009

⁽¹²⁾ Assim, MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, *As joint ventures na indústria do petróleo*, *Temas de Direito Petrolífero e de Direito de Comércio internacional*, cit., página 129.

⁽¹³⁾ A respeito das várias fases típicas que envolvem um projecto de petróleo e gás pronunciou-se SILVANA TORDO, *Fiscal Systems for hydrocarbons- Design issues*, World Bank Working Paper n. 123, 40902, The World Bank, Agosto de 2007, páginas 3 a 4.

mento de uma relação jurídica muito duradoura⁽¹⁴⁾. Em regra estipulam-se direitos e obrigações que visam durar cerca de vinte ou trinta anos e que, ainda, poderão ser prorrogados. De maneira a proteger o investimento privado de alterações governamentais e legislativas umas das cláusulas que têm sido muito utilizadas pelo investidor privado⁽¹⁵⁾ têm sido as *cláusulas de estabilidade ou de estabilização*⁽¹⁶⁾. Mas antes de investir é comumente aceite que, previamente à aposição de uma cláusula desta índole, o investidor privado deverá efectuar a devida diligência com o objectivo de saber quais poderão ser as consequências jurídicas concretas para o contrato no caso de uma alteração unilateral legislativa do Estado⁽¹⁷⁾, significando com isso que deverá previamente conhecer a lei local. Pode ocorrer, *maxime* que o quadro legal desse Estado seja consentâneo com a inclusão de uma cláusula desta natureza ou não. Por seu turno, da parte do Estado, quando aceites porque previstas no seu sistema jurídico⁽¹⁸⁾, estas disposições são geralmente encaradas como criadoras de um ambiente auspicioso em termos

(14) BERNARDINI, PIERO, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, Volume I, n.º 1, página 98.

(15) Geralmente secundadas por terceiros como é o caso dos Bancos ou outras instituições financeiras que suportam este tipo de projectos.

(16) Existem alguns trabalhos mais e menos recentes sobre a cláusula de estabilidade. Consideramos, todavia, ser essencial, para além dos que iremos referenciar expressamente ao longo deste trabalho, a leitura da abordagem efectuada por PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, Final Report, 7 de Julho de 2006, AIPN, e do mesmo Autor *Contract stability in the Petroleum industry: changing the rules and the consequences*, Middle East Economic Survey, Volume XLIX, n. 22, 28 de Maio de 2007, igualmente disponível em <<http://www.aipn.org>>. Acesso em 22 de Agosto de 2009, A.F.M.MANIRUZZA-MAM, *The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends*, *The Journal of World Energy Law and Business* 2008 1(2), páginas 121 a 157. Disponível *on line* desde 24 de Junho de 2008 em <http://jwelb.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/1/2/121>. Acesso em 12 de Setembro de 2009 e, novamente, por PETER D. CAMERON, *Stabilization in Investments Contracts and Change of Rules by host Countries: Tools for O and G Investors*, AIPN, First draft of AIPN Research Project (2005-6), sugerimos a leitura do seu índice contido na página 3 desse trabalho.

(17) Como esmiuça PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, *cit.*, páginas 56 a 58.

(18) No caso angolano podemos encontrar o Art.º 92 da LAP que menciona que os direitos adquiridos ao abrigo das concessões petrolíferas continuam plenamente válidos e eficazes em protecção da estabilidade contractual.

de investimento⁽¹⁹⁾, atraindo investimento, e como integradoras dos riscos económicos que o investidor estrangeiro suporta sempre que investe.

Certos autores, como é o caso de PETER CAMERON⁽²⁰⁾, optam por diferenciar as formas clássicas das modernas. Uma primeira noção de *cláusula de estabilidade*⁽²¹⁾ consiste naquela disposição que, de forma ostensiva, proíbe ou refere a consequência da revisão de uma legislação existente, decretos, despachos ou outras revisões de cariz unilateral do Estado Hospedeiro referente ao Contrato outorgado com este Estado ou nova legislação, Regulamentos, Decretos e/ou despachos que irão determinar uma revisão na relação jurídica inicialmente estipulada entre o Estado Hospedeiro e o investidor internacional. Ou, se quisermos, elas essencialmente ditam que as mudanças legislativas que de forma desfavorável afectem um projecto, não se aplicam ao mesmo. Nos

⁽¹⁹⁾ Mesmo em relação aos Estados que aceitam estas disposições algumas vezes são críticas designadamente em certos domínios específicos como é o caso dos Direitos Humanos. Assim referindo-se a uma hipótese específica *vide* ANDREA SHERBERG, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, United Nations, 27 de Maio de 2009, páginas viii e 10 a 11.

Ademais, alguns países podem não sentir essa necessidade de introduzir previsões jurídicas de estabilidade com vista a atracção de investimento por diversas razões mormente por possuírem reservas suficientes.

⁽²⁰⁾ CAMERON, PETER, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, *cit.*, páginas 53 e 54, igualmente disponível em <<http://www.aipn.org>>. Acesso em 22 de Agosto de 2009. Este menciona que a jurisprudência relevante quanto à aplicação das cláusulas de estabilidade poderá ser dividida em duas categorias, diferenciando os casos tradicionais (datados de 1970 a 1980 destacando os casos *Agip vs. Congo*, *BP vs. Libia*, *Liamco vs. Libia e Libia vs. TOPCO*) que trata das cláusulas no seu sentido mais comum do termo, das cláusulas num sentido mais moderno, que visam restabelecer o *equilíbrio económico do contrato*.

⁽²¹⁾ Conceito traduzido com base na definição dada por A.F.M. MANIRUZZAMAN, *Stabilization in investment contracts and change of rules in host countries: Tools for Oil and Gas Investors*, London, numa apresentação efectuada em Londres a 26 de Fevereiro de 2007, slide 2, Disponível em http://www.port.ac.uk/departments/academic/law/staff/MunirManiruzzamanRecentLecturesConferencePresentations/filettdownload,77641_en.ppt. Acesso em 23 de Setembro de 2009.

No fundo, esta cláusula procura assegurar o acordo contra futuras investidas governamentais ou legislativas, seja a título de legislação *stricto sensu* ou a nível regulamentar. Na prática traduz-se num compromisso dado por um Estado estrangeiro em não alterar os termos do pacto mediante nova legislação ou qualquer outro meio, sem o assentimento das outras partes contratuais.

primórdios, estas disposições propunham-se precaver certos *riscos políticos*⁽²²⁾ específicos que poderiam atingir os acordos de investimento⁽²³⁾ tratando-se de uma forma procurar introduzir fontes jurídicas externas no contrato⁽²⁴⁾. Segundo FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY⁽²⁵⁾ estas disposições passaram para o estrelato em resultado da sua inclusão no consórcio de companhias petrolíferas e os Estados Hospedeiros que envolveram o polémico Baku-Tsibilibi-Ceyhan (*BTC*) projecto de gasodutos que atravessa o Azerbaijão, a Geórgia e a Turquia. Na sua fórmula original, os contratos referentes a esse investimento possuíam previsões jurídicas que isentavam os investidores de qualquer efeito por mudança

(22) Esta expressão não é nossa. A este respeito *vide* MARGARITA T.B. COALE, *Stabilization clauses in international petroleum transactions*, Denver Journal of International Law and Policy, Volume 30, 22 de Março de 2002, EMEKA J. WOKORO, *Achoring stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009, acessível em http://works.bepress.com/emeka_wokoro/1/. Acesso em 5 de Setembro de 2009. A Autora reflecte que estas disposições podem servir para diminuir o risco político, PAUL E. COMEAUX e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, New York Law School Journal of International and Comparative Law, 1994. Disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009. O autor alerta para a circunstância do investidor poder sempre acautelar os seus interesses fazendo um seguro de *risco político*. Este seguro cobriria várias situações *maxime* um distúrbio civil, guerra, terrorismo, expropriação, transferência monetária, quebra contratual ou inobservância de responsabilidades fiscais decorrentes da soberania nacional. A este respeito existe, por exemplo, a MIGA ou a OPIC. A acrescer, faz alusão a BRUNO LEONI autor do livro *Freedom and the Law*, 3.ª edição ampliada, com prefácio de Arthur Kemp (*Indianapolis: Liberty Fund 1991*) para o qual nunca poderemos estar certos que no dia seguinte teremos as mesmas regras (jurídicas, entenda-se) que temos na actualidade.

(23) BLAKE, CASSELS e GRAYDON LLP, *Adressing risk in international Petroleum agreements*, 7 de Janeiro de 2006. Disponível em http://blakes.com/english/view_printer_bulletin.asp?ID=110. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

(24) Em torno da validade destas disposições, nos termos da lei internacional e a relevância desta técnica contratual na indústria petrolífera actual, debruçou-se THOMAS J. PATE, *Evaluating Estabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy- Crude Extraction in the Orinoco Belt: the Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry* (colocado à disposição em 20 de Novembro de 2008 mas revisto em 12 de Janeiro de 2009). Acessível em <http://ssrn.com/abstract=1304663>. Acesso em 12 de Setembro de 2009.

(25) MARSHALL, FIONA e DEBORAH MURPHY, *Climate Change and International Investment Agreements: Obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, publicado pelo *International Institute for Sustainable Development*, 2009, páginas 34 e 35.

de legislação incluindo remodelações legislativas referentes à área da saúde, segurança e ambiente. Através da cláusula de estabilidade o Estado Hospedeiro aceita voluntariamente que os seus poderes legislativos e administrativos não terão a virtualidade de modificar unilateralmente as condições contratuais acordadas com o investidor ou mesmo anulá-las. Contudo, como é sabido, ainda assim, o risco de uma alteração unilateral existe sempre, mesmo na actualidade, tendo estes diversos instrumentos que lhe permitem adoptar medidas unilateralmente. Depende muito da vontade desses Estados e *quicá* dos seus Governos. Estes poderão sempre rever o contrato unilateralmente pois na prática, para alguns deles, a questão resume-se tão-só em apurar quais os danos patrimoniais a compensar. Por isso é que se costuma vincar que uma cláusula desta compleição poderá ser deveras inconveniente para o Governo que a outorgue. Com esta anuência assiste-se a um robustecimento do princípio originário do adágio romano *Pacta Sunt Servanda*⁽²⁶⁾ ou se quisermos o *princípio da obrigatoriedade da convenção*⁽²⁷⁾, albergando o investidor privado diante dos poderes de soberania do Estado Hospedeiro face aos recursos naturais. Exactamente por esta mesma razão é que estas disposições ora em apreço, fortemente enraizadas no interesse privado, têm expressamente sido repelidas por alguma doutrina e certa jurisprudência ao aludirem que com a sua utilização não se estaria a observar o *princípio do interesse público*, interesse esse prevalecente em qualquer contrato de direito público mormente na exploração dos recursos naturais. É sabido que o conteúdo contratual traduz-se na lei entre

(26) A propósito deste corolário previsto no nosso sistema jurídico em termos gerais *maxime* no art.º 405 do CC mas associado aos contratos petrolíferos leia-se KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number 2006/03, Outubro de 2006.

(27) RODRIGUES, SÍLVIO, Apontamentos retirados da aula proferida em sede do Curso de Pós-graduação de Direito e Gás no dia 21 de Abril de 2009, Faculdade de Direito Agostinho Neto, em Luanda. A mesma ideia encontra-se subjacente no art.º 1.3 da Convenção da UNIDROIT(2004), com a epígrafe "*Força obrigatória do contrato*", da seguinte forma: "*Um contrato validamente celebrado é vinculatório entre as partes. Ele somente pode ser modificado ou extinto em conformidade com o disposto nas suas próprias cláusulas, ou pelo comum acordo das partes, ou ainda segundo previsão diversa contidas nos presentes Princípios.*"

as partes⁽²⁸⁾. Mas associadamente é certo que esta máxima jurídica não deverá ser contemplada em termos absolutos e jamais com base em qualquer circunstância ou decisão unilateral de uma das partes mas principalmente tendo na mira um *caso fortuito* ou uma situação de *alteração anormal das circunstâncias*. A acrescer a este facto é imperioso apurar que este paradigma notável, fundado na tese Aristotélica da virtude de manter as promessas feitas, deverá ser contrabalançado, em sede de contratos de investimento, nos termos da lei internacional especificadamente pela CVLT⁽²⁹⁾. Estas cláusulas também visam demarcar que a segurança jurídica é *conditio sine qua non* deste tipo de acordos tendo como desígnio o retorno do investimento privado incluindo nas áreas tão sensíveis quanto as áreas fiscais, ambientais⁽³⁰⁾, laborais, importação e exportação, direitos de propriedade, entre outras.

Sublinhe-se que não obstante tomarem esta designação o seu conteúdo e teor pode variar, de caso para caso, de acordo com os autores e conforme as técnicas de redacção utilizadas para o efeito. Podemos então diferenciar as clássicas cláusulas de estabilidade conhecidas por *cláusulas congeladoras (freezing clauses)* que assumem esta qualificação por terem a virtualidade de, em termos

(28) Diferentemente do que ocorreu num contrato petrolífero do Azerbaijão de 1999 onde menciona expressamente que aquele acordo constitui *Lei do Azerbaijão*.

(29) O paradigma regra do *Pacta Sunt Servanda* encontra-se previsto no art.º 26 mas poderá ser excepcionado com base na boa fé, na razoabilidade, nas políticas públicas bem como numa alteração das circunstâncias (art.º 62).

(30) A área ambiental é, segundo o nosso entendimento, talvez de todas aquela que mais rios de tinta tem feito correr sendo que, para alguns vozes mais autorizadas na matéria, tratam-se de domínios onde se têm criado genuínas novas obrigações aos investidores e que, por isso, devem ser excepcionadas. GAETAN VERHOOSSEL, *Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies; Striking a "Reasonable" Balance Between Stability and Change*, Artigo publicado in *Law and Policy in International Business*, Vol. 29, 1998, investigou sobre duas áreas, a saber o facto de uma modificação na legislação ambiental quebrar com certa técnica de estabilidade contratual, legislativa ou fundada num Tratado e ainda pelo facto desta alteração poder ameaçar a viabilidade de determinados projectos económicos. Disponível em <http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5001396309>. Acesso em 12 de Setembro de 2009. Assim é que algumas empresas petrolíferas, antevendo o complexo dilema, assumem *ex ante* um comportamento activo adoptando as *melhores práticas internacionais* no que respeita a paradigma de segurança e ambiente (por exemplo, quanto a avaliação dos impactos ambientais, planos de abandono, etc). Constitui uma forma de se salvaguardarem contra eventuais futuras queixas e evita a necessidade de futuras alterações ao contrato.

gerais, solidificar a lei do Estado Hospedeiro aplicável ao contrato durante toda a vida do referido projecto. Dentro destas ANDREA SHEMBERG⁽³¹⁾ discrimina as *cláusulas totalmente congeladoras (full freezing)*, que são aquelas que se destinam a enregelar todas as leis pelo período da duração do projecto e as *limitadamente congeladoras (limited freezing)* que propendem a abrigar o investidor num quadro legislativo mais restrito. Outros autores⁽³²⁾ optam ainda por falar em *cláusulas de estabilidade stricto sensu*⁽³³⁾ ou cláusula de estabilidade tradicional referindo-se às citadas *cláusulas congeladoras, cláusulas de consistência*⁽³⁴⁾ e as *cláusulas de intangibilidade*⁽³⁵⁾. Nestas vamos encontrar a estipulação da proibição de alterar ou anular unilateralmente as regras contratualmente estabelecidas, a supremacia do contrato como lei especial perante a lei geral (legislação), a previsão e a defesa do contrato contra legislação subsequente contrária ao previamente acordado incluindo despachos administrativos e outras decisões, a incorpo-

⁽³¹⁾ SHEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, United Nations, 27 de Maio de 2009, página 6 e 19 a 23.

⁽³²⁾ CAMERON, PETER, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, cit., página 7.

⁽³³⁾ A lei que governa o contrato será aquela que dominava na altura em que o contrato foi firmado e executado.

⁽³⁴⁾ NWOKOLO, AMAECHI DAVID, aduz que estas requerem que a lei posterior seja consistente com os termos já concluídos no acordo em *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*. Disponível em http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf. Acesso em 13 de Setembro de 2009. Podendo significar em alguns casos específicos assim referidos que se não for inconsistente é válida e que o acordo prevalece sobre legislação inconsistente. Esta técnica é conhecida na lei francesa como *inopposabilite* (inoponibilidade) que poderá significar que a nova lei não é oponível ou válida, no sentido de não ser aplicável, aos acordos.

⁽³⁵⁾ Segundo estas o Governo não pode de forma unilateral modificar ou extinguir um contrato requerendo-se o acordo mútuo das partes. Como esclarece AMAECHI DAVID NWOKOLO, *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*, cit., pela sua própria natureza esta disposição visa almejar o compromisso na hipótese de uma mudança legislativa que afecte os termos contratuais. Ao contrário do que ocorre numa cláusula de estabilidade tradicional esta contempla a possibilidade do Estado Hospedeiro poder alterar os termos de um acordo mas essa modificação não pode ser efectuada de forma unilateral. Para PETER CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, cit., página 8, estas disposições visam salvaguardar o investidor contra os poderes exorbitantes de qualquer Governo sempre que actua como autoridade pública.

ração de determinada lei específica introduzida no contrato firmado com o Estado Hospedeiro. Por exemplo, o estabelecimento de um novo *royalty* ou novas taxas resultam necessariamente numa modificação do contrato de concessão sempre que as taxas tenham sido previamente acordadas no contrato. Neste caso, e dada a especificidade do contrato é necessário o consentimento expresso escrito (preferencialmente) ou tácito do investidor previsto no art.º 39 da CVLT. A adicionar, no corpo do contrato onde se encontra patente uma cláusula desta índole, devem as partes ajustar a forma pela qual é imprescindível o recíproco consentimento no caso de abrogação ou modificação dos termos do contrato ou providenciar no sentido de garantir a não alteração no presente ou futuro a não modificação unilateral ou extinção do contrato⁽³⁶⁾.

Outro padrão da maior consideração consubstancia-se no *Princípio da boa vontade ou da boa fé*⁽³⁷⁾ que também deverá ser integrado nesta provisão da estabilidade contratual pois de forma implícita preclui a faculdade de, unilateralmente, modificar ou extinguir o acordo efectuado entre as partes. Tal significa que o acordo deverá ser executado segundo o princípio da boa fé e da boa vontade. O mesmo é dizer que os outorgantes devem proceder, quer nas negociações (preliminares ou definitivas) quer na execução do acordo, com a maior lealdade e confiança recíprocas na intenção de contratar (boa fé subjectiva) e de acordo com os padrões socialmente aceites (boa fé objectiva). Ademais, nesta dimensão poder-se-á considerar que esta regra não impede a possibilidade da extinção unilateral do contrato mas demanda o pagamento de uma justa contrapartida no caso do seu término. Se as partes optarem pela escolha da lei internacional aplicável ao acordo, tal permite a utilização de argumentos de Direito Interna-

⁽³⁶⁾ Interpretação decorrente do caso *Amoco IFC vs Irão* citado por PETER CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors, cit.*, página 15, nota de fim de página n.º 26.

⁽³⁷⁾ Este paradigma encontra guarida no CC v.g. no seu Art.º 227 e a nível internacional no Art.º 1.7 da Convenção da UNIDROIT, com a epígrafe “*Boa-fé*”, da seguinte forma:

(1) *Cada uma das partes deve comportar-se segundo os ditames da boa-fé no comércio internacional.*

(2) *As partes não podem excluir essa obrigação, ou limitar-lhe o alcance.”*

cional Público, dos Princípios estruturantes da lei, e do ora mencionado Princípio da boa fé, recorrendo à arbitragem internacional⁽³⁸⁾.

O próprio investidor privado antes de proceder ao seu investimento deverá encetar um processo rigoroso de apuramento sobre a efectiva aplicabilidade das cláusulas de estabilidade nos Países em que pretende investir de modo a evitar surpresas e antecipar estratégias⁽³⁹⁾. Veja-se que, *summo rigore*, há pontos de vista distintos quanto ao valor legal e funcional destas cláusulas⁽⁴⁰⁾. Seja como for bem sabemos que nos acordos de exploração e produção petrolífera estamos perante um *simples contrato* e não um tratado. Para alguns, uma disposição desta natureza terá de ser enxergada quanto aos limites de não alienação das prerrogativas estatais ou como uma auto-limitação das suas competências legiferantes. Poderia ser o caso naquelas eventualidades em que é a própria previsão que expressamente interdita a nacionalização ou expropriação⁽⁴¹⁾ dos bens do investidor privado. Isto porque como é sabido são diversos os sistemas jurídicos que admitem, expressa ou tacitamente, esta

⁽³⁸⁾ Segundo DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The Developed and Developing World- a look at legal issues facing the industry*, *Oil and Gas Financial Journal*, July, 2006, página 41, mesmo no caso de uma forte cláusula de estabilidade, acompanhada da internacionalização do contrato e dos direitos decorrentes da arbitragem internacional essas circunstâncias não constituem, por si só, garantias que uma reclamação de um investidor privado seja atendida. Isto porque os Governos irão sempre tentar neutralizar os argumentos advogando o princípio da “*permanente soberania*” sobre os seus recursos naturais. Para além disso, os Estados Hospedeiros costumam apresentar diversas teorias de invalidade dos contratos, alteração das circunstâncias, frustração do objectivo, renúncia, entre outros.

⁽³⁹⁾ Alerta-se que Países existem em que a cláusula de estabilidade não obtém o efeito jurídico pretendido como é o caso dos EUA.

⁽⁴⁰⁾ NWOKOLO, AMAECHI DAVID, chama a atenção para esta circunstância no seu trabalho *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*, http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf. Acesso em 13 de Setembro de 2009.

⁽⁴¹⁾ Sobre a expropriação dos investimentos na indústria petrolífera e debruçando-se sobre a vertente indirecta temos GEORGE JOFFÉ, PAUL STEVENS, TONY GEORGE, JONATAN LUX e CAROL SEARLE, *Expropriation of Oil and Gas Investments: Historical, Legal and Economic Perspectives in a New Age of Resource Nationalism*, *The Journal of World Energy Law and Business*, Volume 2, Número 1, 2009, páginas 3 a 23. Resta apurar se, por exemplo, quando o Estado ou os seus agentes resolvem alterar a interpretação jurídica do conteúdo de certas normas notoriamente mais desfavoráveis para o investidor não estará a proceder a uma verdadeira expropriação indirecta. Entendemos que sim.

figura⁽⁴²⁾. Como refere DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER⁽⁴³⁾, os investidores estão expostos a riscos de expropriação pelos Governos designadamente as “*creeping expropriation*” nas quais a parte do benefício financeiro do Governo é dilatado ou o controlo do Governo sobre os bens do investidor é ampliado. Porém aqui parece-nos que as NOC poderão representar um papel crucial designadamente na estabilidade fiscal dos contratos. Basta que procedam a um reajustamento pagando taxas adicionais da sua própria parte no lucro ou no *royalty* se se tratar de um PSA ou reembolsar directamente a IOC. A este propósito falamos em *expropriação indirecta*. Segundo certa interpretação dos tribunais para que a queixa com base nesse fundamento seja declarada procedente seria necessário que o investidor deixasse de ter o controlo das operações ou o valor do negócio tivesse sido aniquilado. Foi este o entendimento vertido no caso *Sempre vs. Argentina*⁽⁴⁴⁾. O mesmo trilho foi traçado em *PSEG vs. Turquia*⁽⁴⁵⁾ onde o tribunal requereu a necessidade de alguma forma de privação do controlo do investimento, a gestão diária das operações da empresa, interferência na administração, impedimento da distribuição de lucros, interferência na nomeação dos gestores, ou privação de parte ou da totalidade da propriedade e no caso *Eastern Sugar vs. Czech*⁽⁴⁶⁾.

Decorre do Direito Internacional Público que qualquer Estado não pode renunciar às suas prerrogativas de Estado soberano⁽⁴⁷⁾, pois é através delas que atinge a prossecução do interesse público. Daí que se o acordo de investimento cai no domínio público ou do

(42) Assim temos o art.º 13.º da Constituição Angolana.

(43) ASMUS, DAVID, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The Developing and Developing World — a look at legal issues facing the industry*, cit., páginas 40 a 41.

(44) *Sempre Energy International vs. Argentina*, ICSID Caso n.º ARB/02/16 (Argentina — Estados Unidos BIT), Award, 28 de Setembro de 2007.

(45) *PSEG Global et al. vs. Turquia*, ICSID Caso n.º ARB/02/5, Award, 19 de Janeiro de 2007.

(46) *Eastern Sugar BV vs. Czech*, SCC Caso n.º 088/2004 (Czech — Noruega BIT), Final Award, 12 de Abril de 2007.

(47) A respeito dos direitos de soberania e de propriedade vide PETER D. CAMERON, *Property Rights and Sovereign Rights: The case of North Sea Oil*, Academic Press, 1983.

Direito Administrativo deverá sempre ser encarado nos termos do quadro legal do Estado Hospedeiro. Por isso é que, como redigiram ABBA KOLO e THOMAS WÄLDE⁽⁴⁸⁾, os Governos veriam esses acordos não como meros contratos comerciais mas como genuínos instrumentos de políticas públicas que fazem depender o desenvolvimento económico nesses mesmos Estados. Para vivificar este desfecho certa erudição examina e alerta que toda a cláusula de estabilidade que contradiga normas imperativas de Direito Internacional (*ius cogens*) poderá não produzir os efeitos jurídicos pretendidos pelo investidor. Este parâmetro de soberania inclui o poder do Estado sobre os seus recursos naturais a ponto de se considerar que o direito à exploração desses recursos é absolutamente inalienável pelo que não poderá ser restringido por compromissos assumidos de forma convencional com o investidor privado⁽⁴⁹⁾. Uma

(48) KOLO, ABBA e THOMAS WÄLDE, *Renegotiation and Contract Adaptation in International Investments Projects — Applicable Legal Principle and Industry Practices*, *Journal of World Investment*, Volume 1, Julho de 2000, Número 1. Disponível na página 4 em http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2009.

(49) São diversos os textos que abordam a temática dos povos indígenas (esta expressão parece ter sido acolhida pela maioria dos autores consultados) à soberania permanente sobre os recursos naturais. Neste âmbito sugere-se a leitura da Conferência de ERICA IRENE A. DAES dada na *National Native Title Conference*, em Adelaide, no dia 3 de Junho de 2004 e que pode ser obtida através do endereço http://www.hreoc.gov.au/about/media/speeches/social_justice/natural_resources.html. A este respeito parece-nos preponderante a Resolução da OPEC XVI.90 de 24-25 de Junho de 1968 (*Declaração referente às políticas petrolíferas dos Estados Membros*). Tudo indica que este processo terá encontrado o seu momento mais dominante em 1952 altura em que se iniciou, na ONU, um longo processo de proclamação da *soberania nacional sobre os recursos naturais*. O primeiro passo terá ocorrido com a Resolução n.º 523 (VI) de 12 de Janeiro e n.º 626, ambas de 1952, aprovadas pela AGNU. Para uma leitura deste instrumento legal consulte-se <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/c2psnr.htm>, seguindo-se vários diplomas do qual se pode salientar a Resolução n.º 3 556, de 5 de Dezembro de 1980, na qual a ONU proclama a soberania permanente e plena de todos os Estados sobre os seus recursos naturais e as suas actividades económicas internas uma vez que o desenvolvimento acelerado exige um controlo eficaz por parte dos Países sobre o uso dos seus próprios recursos. Ademais, sugere-se a leitura de ALFREDO RUY BARBOSA, *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, organizado por PAULO VALOIS PIRES, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 1 a 23. Disponível in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id+5521>, página 4 de 13. Acesso em 16 de Agosto de 2009. Nessa sequência, vamos encontrar nas Constituições de alguns Países, de forma expressa, como é o caso Brasil no seu art.º 176 no 1.º Parágrafo, a ideia clara que os recursos naturais, inclusive os do subsolo, se tratam

das matérias mais sensíveis a este respeito prende-se com as questões fiscais⁽⁵⁰⁾. Segundo SILVANA TORDO⁽⁵¹⁾, neste âmbito, podemos falar em *cláusulas fiscais flexíveis, neutras e estáveis*. Um regime fiscal maleável trata-se daquele que possibilita ao Governo adoptar uma parte adequada da renda de acordo com certas condições de lucro. Tem a vantagem de estabelecer uma estrutura flexível e é permanentemente estável. Um regime neutro não instiga nem desincentiva o investimento e é considerado como um sistema económico eficiente sendo imparcial. Finalmente um regime estável traduz-se naquele que não varia durante um determinado ciclo temporal nem se prevê que ele se venha a transformar. São prodigiosas as regalias de um sistema fiscal firme em sede de investimento petrolífero. Entre outras, possui um colossal impacto na confiança dos negócios e afecta grandemente o nível de investimento. Podem ser utilizados nas concessões e nos sistemas contratuais⁽⁵²⁾. Aliás, *apud* LUÍS CEZAR P QUINTANS⁽⁵³⁾ “*uma das formas de garantir a manutenção das regras equilibradas seria a criação das chamadas “ tax stability clauses ” nos contratos administrativos firmados entre particulares e entidades publi-*

de bens da propriedade do Estado associada a preocupação da prossecução do chamado interesse público ou interesse nacional. Assim reza igualmente o art.º 12 da Constituição Angolana. Resta, pois, apurar se tais bens se consubstanciam em bens de domínio público ou uma genuína propriedade do Estado ou antes uma simples posse que “(...) traz como consequência certas prerrogativas jurídicas a favor do Estado. (...)”, como ensina QUEVEDO VEJA citado nesse trabalho. Ver igualmente MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO, *Direito do Petróleo As joint ventures na indústria do Petróleo*, Segunda edição actualizada e ampliada, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, páginas 121 a 129.

⁽⁵⁰⁾ Vide PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors*, cit., páginas 27 a 52.

⁽⁵¹⁾ TORDO, SILVANA, *Fiscal Systems for hydrocarbons — Design issues*, World Bank Working Paper n. 123, cit., páginas 14 e 15.

⁽⁵²⁾ Segundo um estudo referenciado por SILVANA TORDO, *Fiscal Systems for Hydrocarbons — Design Issues*, cit., páginas 14, de 110 países analisados 77% deles oferecia uma estabilidade fiscal. A aditar, noutro trabalho, efectuado pela *Deloitte* em nome da *Aberdeen and Grampian Chamber of Commerce*, temos a inclinação que a estabilidade fiscal constitui o primeiro factor determinante na confiança no investimento e no escalonamento das oportunidades de investimento.

⁽⁵³⁾ QUINTANS, LUÍS CEZAR P, *A cláusula de estabilidade tributária nos contratos publico-privados*, Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, n.º 561, 19 de Janeiro 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+6186>>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

cas, e em especial nos contratos de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo, gás natural, minerais, recursos hídricos, entre outros”. Assim esta disposição de estabilidade tributária⁽⁵⁴⁾ iria permitir que os licitantes, que posteriormente passam a concessionários, tivessem de orçar projectos de investimento sem quaisquer sobressaltos e desse molde seria uma maneira de se obter a almejada estabilidade e segurança jurídica na relação económica e comercial entre o Estado Hospedeiro e o investidor privado⁽⁵⁵⁾. Tudo para concluir que, do ponto de vista do investidor, existe sempre uma procura no sistema fiscal de maneira a que possa permitir um número mínimo de investimento inicial taxado, a possibilidade de repatriar os lucros para o País de origem do investidor, e uma política geral que seja transparente e previsível. Pretende-se que seja igualmente segura, fundada nos parâmetros internacionais reconhecidos pela indústria petrolífera, bem como fundada num maturado sistema jurídico que possa dar confiança a qualquer investidor.

1.3. A violação da cláusula de estabilidade: algumas consequências, de facto e de direito, para o contrato de investimento petrolífero

É conhecido que os Estados Hospedeiros possuem certas formas de unilateralmente introduzirem medidas nos contratos de investimento. Essa faculdade vulgarmente decorre da própria lei petrolífera em vigor nesse mesmo Estado. Vejamos quais as consequências mais comuns desse facto. Sempre que um contrato de investimento não seja cumprido pelo Estado Hospedeiro o investi-

⁽⁵⁴⁾ Note-se que também é costume falar-se em cláusula de estabilidade nos contratos de trabalho.

⁽⁵⁵⁾ No Brasil o regime jurídico actualmente em vigor não permite a aplicação da previsão de estabilidade financeira como nos relata LUÍS CEZAR P QUINTANS, *A cláusula de estabilidade tributária nos contratos publico-privados*, cit., e ANTÓNIO CORREIA DE PINHO, *Impostos, Impostos, Impostos, Brasil Energia, Outubro de 2003*. Disponível em <<http://www.energiahoje.com/brasilenergia/noticiario/2003/10/01/270322/antonio-correia-de-pinho>>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

dor privado poderá recorrer aos remédios jurídicos disponíveis. Este poderá optar pelos mecanismos de resolução contratual dos conflitos existentes e fundamentar-se nas leis de investimento privado (quando aplicáveis) que algumas vezes permitem o recurso a um tribunal arbitral neutral. Podem ainda optar, por acordo⁽⁵⁶⁾, pelo recurso à figura da arbitragem internacional⁽⁵⁷⁾. Estatisticamente a larga maioria dos litígios entre o Estado e um investidor estrangeiro encontram-se sob a alçada do ICSID, ou das regras da UNICITRAL ou por Tribunais Arbitrais *ad hoc*. Note-se que para tal poderá ser necessário averiguar, caso a caso, como questão prévia, sobre a possibilidade de se recorrer ao Tribunal arbitral, nacional ou internacional, no caso de uma concessão. Isto porque é patente que sistemas jurídicos existem que consideram que neste domínio subsiste um *princípio de indisponibilidade do interesse público*, limitando-se desta forma a área objectiva da própria arbitragem⁽⁵⁸⁾. Sendo certo que na contingência do contrato de investimento possuir uma disposição de estabilidade qualquer medida referente a segurança social poderá ser vista, em concreto, como uma expropriação⁽⁵⁹⁾ que precisa de ser compensada devidamente ao investidor privado. A este propósito é praxe salientar o *leading*

(56) Sobre o consentimento da arbitragem recomendamos a leitura do texto de CRISTOPH SCHREUER, *Consent to Arbitration*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005.

(57) Ver FREDERICO ORTINO, *Latest developments in investor — state dispute*, IIA Monitor n.º 1 (2008) International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, disponível igualmente na Internet e TODD WEILER, *International Investment Law and arbitration, Leading cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd. International Law and Policy, 2005, Inglaterra.

(58) É o caso da legislação portuguesa quanto aos direitos indisponíveis (art.º 1 da Lei 31/86, de 29-08 conhecida como LAV), a angolana (art.º 1, n.º 1 da LAV) a italiana (sempre que não possa ser objecto de transacção — art.º 806 do CPC), francesa, no que tange a matérias de interesse público (art.º 2060 do CC), brasileiro (art.º 43 da Lei de Petróleos e art.º 1 da Lei 9.307/96), como alertam JOAQUIM DE PAIVA MUNIZ e DANIELLE GOMES ALMEIDA, *Os limites da arbitragem nos contratos relacionados à exploração e produção de Petróleo e Gás Natural*, no livro organizado por PAULO VALOIS PIRES, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, Editora Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 145 a 159.

(59) Sobre a noção geral de expropriação consultar CRISTOPH H. SCHREUER, *The concept of expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005, páginas 105 a 169.

case consubstanciado no caso *Methanex Corporation vs. os Estados Unidos*⁽⁶⁰⁾: “...as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.” O Tribunal julgou que uma regulação não discriminatória que tenha sido adoptada tendo em conta o interesse público e de acordo com o devido processo não deverá ser encarada como uma verdadeira expropriação. Todavia, certo é que o Estado Hospedeiro poderia ter efectuado um compromisso específico refreando tal regulamentação mediante a inserção de uma cláusula de estabilidade. E, nesse caso, a regulamentação do Estado já poderia ser apelidada de expropriação. A ideia base é que o Governo Hospedeiro, sempre que se veja envolvido numa situação de nacionalização ou expropriação⁽⁶¹⁾ não possa, por si só,

⁽⁶⁰⁾ Informações prestadas por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities-Draft for discussion*, publicado pelo *International Institute for Sustainable Development*, 2009, página 35.

⁽⁶¹⁾ Fala-se em *expropriação directa* principalmente naqueles famigerados casos de nacionalismo que desenharam as décadas de 70 e 80. Porém, as disputas mais recentes estão vulgarmente associadas ao fenómeno conhecido por *expropriação indirecta*. A expropriação consiste numa privação de riqueza, que pode ser directa quando o investimento é nacionalizado ou directamente expropriado mediante a transferência de título. A nível internacional é pacífica a ideia de que tendo em conta a medida de compensação legal por essa transferência de propriedade exige-se o correspondente pagamento pelo Estado ao investidor expropriado de uma justa indemnização. Podemos igualmente vislumbrar outras circunstâncias em que se assista à interferência do Estado no uso da propriedade ou no gozo de benefícios do investidor ainda que o título legal de propriedade não seja afectado. Esses procedimentos produzem efeitos similares à comum expropriação ou nacionalização e tomam a designação referenciada neste trabalho de *expropriação indirecta*, de facto ou “*creeping expropriation*”. Assim explicou CATHERINE YANNACAS-SMALL, *Indirect expropriation and the Right to regulate in international Investment law*, OECD, Working papers on international investment, Número 2004/4, Setembro de 2004, páginas 3 e 4. Existem alguns textos legais que fazem menção a esta figura, designadamente alguns BIT’s, Secção IV do Relatório de 1992 *World Bank Guidelines*, 1994 ECT (art.º 13), NAFTA (art.º 1110), CEDH, (art.º 1 do Primeiro Protocolo concluído em 1952 mas que entrou em vigor em 1954), Convenção da OECD 1967 (art.º 3) e, segundo a

invocar a prerrogativa da sua soberania de modo a poder excluir a matéria referente ao contrato da jurisdição do Tribunal arbitral. Nestas hipóteses, o árbitro poderá determinar que, não obstante a lei internacional reconhecer o direito do Governo a nacionalizar ou expropriar certos bens tal inclinação não significa que aquele não possa assumir o correspondente compromisso que tinha assumido com o investidor privado ou liquidar uma justa compensação⁽⁶²⁾. Aliás, basta ter presente a imposição de determinadas obrigações fiscais que não existiam e que venham a alterar a estrutura económica equilibrada existente entre as partes à data da execução do contrato. Aqui a experiência e a prática têm demonstrado, à sociedade, que mais vale alegar em sede de tribunal arbitral a violação do princípio do justo e equitativo que expropriação indirecta propriamente dita. A introdução de uma cláusula desta natureza no contrato terá directas consequências para a resolução do caso em tribunal sempre que seja chamado a dirimir uma disputa sobre se se verificou *in casu* uma violação do *paradigma do tratamento justo*

mesma, os critérios poderão ter a ver com o grau de interferência com os direitos de propriedade designadamente um impacto severo em termos económicos ou a duração da regulação, o tipo de medidas governamentais, ou uma interferência na medida avaliada em termos de razoável expectativa de retorno do investimento como decorre de páginas 9 a 20 desse seu trabalho. Em termos de decisões são diversos os casos conhecidos, alguns apontados por PETER D. CAMERON, *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors, cit.*, principalmente a páginas 59 a 69.

(62) Nestas circunstâncias os lesados serão compensados com o valor patrimonial dos bens retirados. Tratando-se de violações do contrato, e tirando algumas hipóteses específicas, os queixosos deverão ser devidamente compensados com a atribuição de uma indemnização que os deveria colocar na mesma situação não fora a lesão. Mas a concessão da indemnização tem limites quando os danos não eram previsíveis ou são muito remotos para serem concedidos. A este respeito MICHAEL PRYLES fala no famoso caso *Hadley vs. Baxendale* e ainda no caso *Sapphire Int. Petroleum Ltd vs. National Iranian Oil Company, in Lost Profit And capital Investments*, 2008, página 1, http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=Michael_Pryles&sort=author. Acesso em 5 de Setembro de 2009. Ainda a respeito deste *leading case* datado de 1854 temos ROBERT J. INCOLLINGO, *Liability: Where does it come from and where does it end?*, http://www.irinfo.org/articles/article_2_2004_incollingo.html. Acesso em 5 de Setembro de 2009. A respeito da compensação adequada, o seu *standard*, e a sua aplicação referiram-se GEORGE JOFFÉ, PAUL STEVENS, TONY GEORGE, JONATHAN LUX e CAROL SEARLE, *Expropriation of oil and gas investments: historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism, cit.*, páginas 3 a 23.

e equitativo quanto à promoção do investimento estrangeiro equitativo. Por exemplo, no caso *Siemens vs. Argentina*⁽⁶³⁾ constatamos que o Tribunal considerou que esta expressão visava proteger e promover o investimento estrangeiro. O mesmo problema foi debatido no caso *PSEG vs. Turquia*⁽⁶⁴⁾, *Enron vs. Argentina*⁽⁶⁵⁾, *MCI Power Group vs. Equador*⁽⁶⁶⁾ e em *Parkerings- Compagniet AS vs. Lituânia*⁽⁶⁷⁾. A acrescer, este conceito é da maior relevância, não só em sede teórica como prática, pois as pré-decisões do investidor fundamentam-se em certos pressupostos comerciais que o Estado Hospedeiro não pode nem deve ignorar. É comumente conhecido que um dos elementos integrantes de qualquer paradigma do tratamento justo e equitativo e conseqüentemente a protecção contra o tratamento arbitrário ou discriminatório significa que o Estado Hospedeiro tem a exacta obrigação de respeitar as chamadas *legítimas expectativas*⁽⁶⁸⁾ do investidor quando este

(63) *Siemens A.G. vs. Argentina*, ICSID Caso n.º ARB/03/28 (Argentina Alemanha BIT), Award, 6, Fevereiro de 2007.

(64) *PSEG Global et al. Vs. Turquia*, ICSID Caso n.º ARB/02/5, Award, 19 de Janeiro de 2007.

(65) *Enron Corporation and Ponderosa Assets L.P. vs. Argentina*, ICSID Caso n.º ARB/01/3 (Argentina- Estados Unidos BIT), Award, 22 de Maio de 2007.

(66) *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc vs. Equador*, ICSID Caso n.º ARB/03/6 (Equador — Estados Unidos BIT), Award, 31 de Julho.

(67) *Parkerings — Compagniet AS vs. Lituânia*, ICSID Caso n.º ARB/05/08 (Lituânia Noruega BIT), Award, 11 de Setembro de 2007.

(68) Somos da opinião que os direitos adquiridos consubstanciam um verdadeiro direito subjectivo e concreto. Esta matéria é muito clara no âmbito desta complexa temática que nos propusemos tratar pois diz-se que o titular de um direito adquirido, seja ele uma pessoa singular ou colectiva, está, em regra, protegido de futuras mudanças legislativas que regulamentam o acto ou o contrato pelo qual nasceu o seu direito, pois esse direito já se encontra integrado no seu património ainda que não tenha sido exercido pelo respectivo titular. A este respeito debruçou-se SAVIGNY e a escola italiana encabeçada por CARLO FRANCESCO GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Terceira edição, Torino 1891-99, página 19, citado por TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, Estudo multidisciplinar, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, São Paulo, n.º 10, página 68, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009. O titular do direito adquirido verá sempre o seu direito protegido mesmo que surja uma norma contrária à primeira lei, de onde deriva o seu direito. Parece-nos igualmente certo que o conceito de direito adquirido no seu sentido mais lato engloba a ideia de estabilidade jurídica. Mas para tal é sempre necessário apurar se existe, de facto, um direito adquirido. Isto porque os seus requisitos e eficácia dependerão sempre do ordena-

decide realmente investir. Mas aqui é preciso delimitar se estamos perante as legítimas expectativas, ou meras expectativas de Direito, ou de um verdadeiro direito adquirido. Isto porque, como é do conhecimento geral, a mera expectativa traduz-me apenas numa simples esperança de vir a adquirir o direito, enquanto que um *direito adquirido* consubstancia uma realidade perfeitamente diferenciável e não limitada. Parece-nos que no que tange a este ponto a própria doutrina e terminologia é assaz oscilante. Outrossim, este paradigma deverá actuar em consonância directa com o *princípio da não discriminação no tratamento dos investidores*. No caso *Parkerings e Lituânia*⁽⁶⁹⁾ o tribunal decidiu que uma cláusula de estabilidade num contrato de investimento poderá corroborar com a legítima expectativa do investidor de que o seu investimento jamais será influenciado de forma negativa pelas mudanças legislativas. Assim sendo, uma quebra de cumprimento por não honrar uma cláusula desta indole poderá ocasionar uma resolução judicial que ateste que se assistiu a uma quebra do *princípio do tratamento justo e equitativo*⁽⁷⁰⁾.

mento jurídico em questão. *Vide* por exemplo o caso Angolano e o art.º 92 da LAP. Pergunta-se então: será que é necessário encontrar uma norma constitucional para asseverar que o mesmo é de facto protegido por lei? Em bom rigor, havendo esse respaldo, constitucional de preferência, ou a outro nível, dúvidas não surgirão. Por exemplo, no Brasil, onde se verifica uma extensíssima bibliografia sobre este assunto a compreensão da existência deste instituto associa-se à ideia de intangibilidade que mereceu acolhimento constitucional desde 1934. Estes direitos foram omitidos na Carta de 1937 mas restaurados em 1946. E vigora até aos dias de hoje no actual art.º 5, XXXVI/CF da Constituição de 1988 na qual se menciona; “*A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”. Falamos de um direito adquirido, protegido constitucionalmente, e não uma mera expectativa jurídica, desprotegida geralmente por lei. Note-se que esta noção não é, todavia, unívoca. Como resulta de um parecer publicado no *BMJ* n.º 434, página n.º 6, do Conselho Consultivo da PGR de Portugal: “*O princípio do respeito dos direitos adquiridos releva no quadro da sucessão de leis no tempo em termos de proibição de retroactividade, ainda que inautêntica, na medida em que ofenda de maneira intolerável e injustificada os princípios da segurança e confiança jurídicas, corolários do princípio de Estado de Direito democrático, a que se reporta o n.º 2 da Constituição da República Portuguesa — CRP*”.

⁽⁶⁹⁾ *Parkerings — Compagniet vs. Lituania*, ICSCID Caso N.º ARTB/05/08, 11 de Setembro de 2007, mencionado por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, *cit.*, página 36.

⁽⁷⁰⁾ SCHREUER, CRISTOPH H., *Fair and Equitable Treatment (FET): interactions with other standards*, *TDM*, Volume 4, Número 5, Setembro de 2007, e do mesmo

A crescer, saliente-se ainda, o *princípio da segurança das relações jurídicas* e sujeição obrigatória dos Estados e dos particulares ao Estado Democrático de Direito⁽⁷¹⁾. A disposição jurídica geral da segurança jurídica, de acordo com o autor argentino JORGE REINALDO VANOSSI⁽⁷²⁾, trata-se do conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências directas dos seus actos e dos factos à luz da liberdade que lhes é reconhecida. Aqui a pessoa tem a certeza que as relações jurídicas realizadas sob a égide de certa norma jurídica devem perdurar ainda que tal disposição venha a ser revogada, de forma expressa ou tácita. No caso peculiar dos contratos de investimentos a ausência desta segurança poderá inclusivamente constituir um grande entrave quanto à injeção de novos capitais no País Hospedeiro. Nestes Estados democráticos o seu comportamento deve igualmente pautar-se por um comportamento exemplar, contido na chamada *boa governação*, fundado nos ideais da transparência, na já aludida protecção das legítimas expectativas do investidor, liberdade, processo devido e boa fé. E tendo sempre em vista os interesses públicos e da colectividade⁽⁷³⁾. Daí que uma nova lei⁽⁷⁴⁾ só deve ser aplicada para o futuro e não a relações jurí-

Autor *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice, The Journal of World Investment & Trade* (2005), volume 6, issue 3, páginas 357 a 386, e *Fair and Equitable Treatment, TDM*, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005. Igualmente disponível em <http://www.fdimoot.org/iip/Reading5b2.pdf>. Acesso em 18 de Setembro de 2009.

⁽⁷¹⁾ Assim relembra VALMIR PONTES FILHO, *Direito adquirido ao regime da aposentaria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de Direito)*, Revista *Electrónica sobre a Reforma do Estado*, Número 7 — Setembro/Outubro/Novembro 2006 — Salvador-Bahia-Brasil, Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 14 de Agosto de 2009, cujo objectivo consiste essencialmente na realização da harmonia e progresso social, benefícios que não poderão existir sem a correspondente estabilidade.

⁽⁷²⁾ Autor de *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social* citado por CHARLLES MAX M. DA ROCHA, num texto intitulado *Direito adquirido e estabilidade*, elaborado em Novembro de 1995, originalmente publicado no *libertas*, órgão informativo da UFPI, Ano 1.º, n.º 1, edição de 1 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=378>. Acesso em 15 de Agosto de 2009.

⁽⁷³⁾ Por isso não poderemos concordar por Mark Twain que a certa altura terá dito que “*em questões de Estado cuide das formalidades e pode esquecer as moralidades.*”

⁽⁷⁴⁾ Imaginemos a criação de uma nova lei que venha a estabelecer o pagamento de uma licença ambiental. Esta apenas poderá ser aplicada aos projectos futuros e não aos pendentes.

dicas já passadas ou ainda em execução. Como assevera em termos conclusivos LEON FREJDA SZKLAROWSKY⁽⁷⁵⁾ “(...) *qualquer reforma legislativa ou imposição do Estado, deve levar em consideração as garantias e os direitos fundamentais.*”

Ainda a este propósito é curial fazer-se alusão a outro paradigma jurídico conhecido como *princípio da ordem pública*⁽⁷⁶⁾. E como já terá levantado GABBA⁽⁷⁷⁾: “*quem é que poderá traçar a linha entre a ordem privada e a ordem pública?*”. *Summo rigore* poderíamos asseverar que todas as normas assentam em critérios de ordem pública e devem com ela compaginar-se. Isto para esclarecer que o efeito retroactivo é, por definição, um acto gerador de efeitos contrários ao fim do Direito cujo objectivo consiste na realização da harmonia, justiça e paz social. Estes benefícios não poderão existir sem a correspondente estabilidade. As relações humanas só se desenvolvem solidamente sempre que há estabilidade e segurança. A incerteza operada pela eventualidade do legislador mudar a lei em certos casos ocasionaria uma comprovada anarquia e paralisação social. Por isso é que tal garantia pode ser classificada, como terá dito o Conde GRANIER⁽⁷⁸⁾, como a “*própria moral da legislação*”. Assim, poderíamos inclusivamente, pelo menos em tese, enquadrar os direitos adquiridos como sendo uma norma de ordem pública. Mas aqui a doutrina está longe de ser unânime. O que dizer no caso de oposição entre esses dois conceitos? A este propósito maioritariamente conclui-se primeiramente que o efeito ordinário da lei é o imediato e para o futuro. Se a relação de conflito referir-se a um interesse particular prevalece o critério de respeito pelos direitos adquiridos. No caso de conflito

(75) SZKLAROWSKY, LEON FREJDA, *Irretroatividade da lei, Jus navigandi*, Teresina, ano 7, n.º 66, Junho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4190>> Acesso em 22 de Agosto de 2009.

(76) Este princípio poderá ser consagrado quer em termos internos quer em sede internacional. A este respeito temos o art.º 280, n.º 2 e o art.º 22 ambos do CC Angolano e Português.

(77) GABBA referenciado por TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, cit., página 67, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

(78) GRANIER(1815) citado por TEREZA APARECIDA ASTA GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, cit., página 68, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

entre o direito adquirido e a aplicação de uma norma que se reporta à ordem pública a decisão deverá atender prioritariamente aos interesses do bem comum. Contudo, ainda que se trate de matéria relativa ao interesse público não pode existir retroactividade se a lei nova não contiver determinação expressa e inequívoca de respeito pelos direitos adquiridos. Assim sendo, é assaz importante ter presente o verdadeiro conceito de ordem pública como aquele que preserva o bem comum evitando-se confundir com outros cenários não confundíveis e que só aparentemente se tratam de interesse público⁽⁷⁹⁾. Preservar o direito adquirido significa na nossa óptica resguardar o primado da segurança, estabilidade e certeza do Direito que consiste na previsibilidade das consequências jurídicas de certo acto jurídico. Isto sem prejuízo do facto da alteração de algumas regras jurídicas serem absolutamente essenciais para dar resposta às rápidas mudanças que surgem em qualquer sociedade. Seja como for não se pode admitir a aplicação de uma lei nova que pressuponha a não existência de uma lei anterior, já consolidada ou ainda em execução mormente quanto aos seus efeitos jurídicos. Se o contrato de investimento internacional possui um dos paradigmas substantivos⁽⁸⁰⁾ do Direito Internacional do Investimento substanciado na chamada “*cláusula guarda-chuva*”⁽⁸¹⁾ (“*umbrella clauses*”)⁽⁸²⁾ uma violação do Estado Hospedeiro da cláusula de

(79) A respeito da transparência existe um foro chamado *Iniciativa de Transparência das Indústrias Extractivas (ITIE)* que visa promover a acção de Governos e companhias sobre a transparência das receitas e despesas provenientes dos recursos naturais.

(80) Esta designação é de RUDOLF DOLZER, Professor da Universidade de Bona e CHRISTOPH SCHREUER, Professor de Direito Internacional da Universidade de Viena, autores de *Principles of International Investment Law*, Fevereiro de 2008, Oxford University Press.

(81) Tradução nossa (literal). Segundo KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number 2006/3, Outubro de 2006 esta expressão poderá assumir outras conhecidas designações como “*mirror effect*”, “*elevator*”, “*parallel effect*”, “*sanctity of contract*”, “*respect clause*” e “*pacta sunt servanda*”.

(82) Sobre a interpretação desta cláusula parecem-nos cruciais os textos elaborados por MAHNAZ MALIK, no seu trabalho *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, Issues in International Investment Law, Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum, Singapura, 1 e 2 de Outubro de 2007, KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number

estabilidade num contrato de investimento poderá ser encarada como um genuíno incumprimento contratual⁽⁸³⁾. O que pode variar é a terminologia utilizada bem com a respectiva interpretação, que pode ser mais ou menos abrangente como veremos mais adiante. E essa circunstância tem tido diversos tipos de consequências jurídicas designadamente uma constante e desaconselhável, diríamos nós, variação a nível interpretativo. Os tribunais têm tido diferentes e por vezes divergentes opiniões v.g. sobre se uma cláusula típica dos Tratados de Investimentos Bilaterais ou Bilateral Investment Treaty (BIT), que se referem a observância de obrigações, poderão transformar a comprovada violação do contrato numa infracção de um pacto ou Tratado⁽⁸⁴⁾. Com efeito, parece-nos que sempre que um Estado Hospedeiro infringe os direitos garantidos ao investidor estrangeiro pelos BIT viola normas de direito costumeiro internacional bem como quebra as obrigações decorrentes de um Tratado que possuía com o Estado de onde provém o investidor. A este propósito saliente-se que a Suíça, a Holanda, o Reino Unido e a Alemanha geralmente incluem uma cláusula deste tipo nos BIT, ao passo que a França, Austrália e Japão apenas incluem tal disposição numa larga minoria dos contratos. Tudo indica que o Canadá jamais incluiu uma previsão desta natureza nos BIT⁽⁸⁵⁾. Estas cláusulas são geralmente redigidas da seguinte forma: “*Cada parte deverá observar qualquer obrigação em que tenha incorrido*

2006/3, Outubro de 2006, e THOMAS WÄLDE, *The umbrella clause in investment arbitration — A comment on original intentions and recent cases*, *The Journal of World Investment and Trade*, Volume 6, n.º 2, Abril de 2005, Genebra. Para efeitos de apreciação histórica do instituto em apreço recomenda-se a leitura de A.C. SINCLAIR, *The origins of the umbrella Clause in the International Law Investment Protection*, *Arbitration International 2004*, Volume 20.º, Número 4, páginas 411 a 434.

(83) Segundo MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., página 2, rodapé n.º 2, existem aproximadamente mais do que 250 disputas conhecidas entre um investidor e um Estado sendo que mais de dois terços desses conflitos surgiram depois do ano de 2001.

(84) A este propósito MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., página 5 fala na magia destas disposições ao terem a virtualidade de transformarem uma mera violação contratual numa queixa de um Tratado fundado em contrato.

(85) Dados avançados por KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements*, OECD, Working papers on international investment, Número 2006/3, Outubro de 2006, páginas 5-6.

tendo em conta o investimento”. Estima-se que existem actualmente mais do que 2 500⁽⁸⁶⁾ BIT⁽⁸⁷⁾ e nestes aproximadamente 40% possuem uma previsão desta índole. Todavia, teremos de concordar que com a expressão ora em apreço constatamos que existe larga margem para uma certa incerteza interpretativa quanto ao sentido preciso a dar sempre que se refere a “*qualquer obrigação*”. Nesta sede podemos diferenciar uma interpretação mais restrita ou mais abrangente consoante as circunstâncias. Numa dada interpretação mais generosa, digamos assim, poderemos vislumbrar que a ideia é converter todos os compromissos do Estado Hospedeiro, sejam eles contratuais, legislativos ou de outra natureza qualquer, numa genuína obrigação de cariz internacional como se decorresse da violação de uma obrigação de um tratado. Esse entendimento mais lato tem a nossa adesão ainda que saibamos de antemão que esta tese apresenta diversas fragilidades designadamente a desvantagem de não fazer a clara distinção entre o que deve ser enquadrado como ordem nacional e internacional e ainda parece permitir uma grande concessão dos Estados em termos de abrir mão da sua soberania nacional encarada no seu sentido mais clássico. Uma voz que sustenta este raciocínio poderemos encontrar no caso *Eureka vs. Poland*⁽⁸⁸⁾: “*O verdadeiro e comum sentido de uma provisão que prescreve que um Estado deverá observar*

⁽⁸⁶⁾ Cifra fornecida por GILL, GEARING e BIRT, *Contractual Claims and Bilateral Investment treaties: A comparative Review of the SGS Cases* (2004 21:5 J. Int Arb. 307) como nota de rodapé n.º 31 e reiterada por MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, cit., especialmente páginas 6 (vide comentários efectuados de páginas 8 a 11). Igualmente acessível em <http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2007.asp>. Acesso em 17 de Outubro de 2009.

⁽⁸⁷⁾ Estes não são uniformes. Alguns deles apenas cobrem disputas concernentes a obrigações decorrentes do acordo especificamente em questão, outros estendem a jurisdição para qualquer litígio relacionado com investimentos, outros fazem nascer uma obrigação internacional que compele o Estado Hospedeiro a “*cumprir com qualquer obrigação a que se tenha comprometido*” ou “*constantemente garantir a observância dos compromissos a que se obrigou*”, ou “*a observar qualquer obrigação que tenha assumido*” ou outras expressões do género.

⁽⁸⁸⁾ *Eureka BV vs. Poland*, de 19 de Agosto referida por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities- Draft for discussion*, publicado pelo International Institute for Sustainable Development, 2009, página 36.

qualquer obrigação contratual que tenha assumido relativamente a certos investimentos estrangeiros não é obscura. As expressões "deve observar" traduzem uma obrigação imperativa e categórica referindo-se a qualquer tipo de obrigação, e não as de certo tipo, em que tenha incorrido perante o investidor"⁽⁸⁹⁾. Entre outras possíveis inclinações esta orientação permite ao investidor o direito de trazer à colação quaisquer clivagens contratuais com o Estado Hospedeiro num tribunal arbitral internacional bem como nos tribunais judiciais estaduais. Mas nem sempre foi assim. A primeira abordagem de um tribunal relativamente a esta disposição *guarda-chuva* tinha uma visão muito mais restritiva⁽⁹⁰⁾. No caso *SGS vs. Paquistão*⁽⁹¹⁾ o tribunal considerou que não se poderia interpretar no sentido que essa cláusula pretendia converter essa obrigação num compromisso similar ao vertido num Tratado internacional. Por isso é que decidiu que, em suma: *"(...)acreditamos que a prova clara e convincente deveria ser efectuada pelo reclamante (investidor, entenda-se) que essa era exactamente a vontade das partes no Tratado Suíço-Paquistanês de Protecção do investimento."* O caso de *El Paso vs. Argentina*⁽⁹²⁾ ficou aglures entre os

⁽⁸⁹⁾ Tradução nossa. O mesmo entendimento mais lato vamos encontrar no caso *SGS vs. Philippines, Noble Ventures, Inc vs. Romania e LG&E vs. Argentina* como explicou MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators, cit.*, página 11.

⁽⁹⁰⁾ Como relembra KATIA YANNACA-SMALL, *Interpretation of the umbrella clause in investment agreements, cit.*, não obstante esta cláusula ser conhecida desde 1950 onde já constava no Art.º 4 da Convenção conhecida como *1956-1959 Abs Draft International for the Mutual Protection of Private Rights in Foreign Countries* e os seus efeitos serem largamente discutidos na doutrina e literatura o que parece certo é que só com o caso *SGS — Société Generale de Surveillance, SA vs. Paquistão* é que a mesma começou efectivamente a ser testada.

⁽⁹¹⁾ *SGS — Société Generale de Surveillance, SA vs. Paquistão*, caso ICSID, de 6 de Agosto de 2003 citado por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion, cit.*, página 37.

⁽⁹²⁾ *El Paso Energy International Company vs. the Argentine Republic*, ICSID case N.º ARB/03/15, de 27 de Abril de 2006 citada por FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities- Draft for discussion, cit.*, página 37. Outros casos existem que corroboraram esta visão mais restrita como foi o caso de *Salini vs. Jordan* ou *JoyMining vs. Egypt* como descreve MAHNAZ MALIK, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators, cit.*, página 9.

dois extremos das posições, mas pendendo para uma visão mais estreita sobre esta matéria, concatenando com as cláusulas de estabilidade, decidindo da seguinte forma: “...*Da leitura da cláusula guarda-chuva lida em concordância com o Artigo VII não resulta a interpretação da extensão da protecção da violação das regras do Tratado a qualquer acordo comercial de que o Estado faça parte... mas poderá cobrir outras obrigações contratuais adicionais aceites pelo Estado soberano como é o caso de inserção de uma cláusula de estabilidade num contrato de investimento*”⁽⁹³⁾.

Tudo isto para demonstrar que, independentemente da posição adoptada, as hipóteses acima transcritas revelam claramente que, tirando a posição mais conservadora como sucedeu no caso *SGS vs Paquistão*, uma cláusula de estabilidade, sendo um compromisso efectuado pelo Estado Hospedeiro perante o investidor, terá sempre de ser considerada como uma previsão âncora “*guarda-chuva*” em qualquer contrato de investimento internacional. Ou seja, uma previsão de estabilidade poderá sempre funcionar como uma funcional arma poderosa no prolixo arsenal do investidor privado desde que redigida de uma forma clara e sejam inseridas nos contratos de investimento todas as consequências jurídicas possíveis bem como a inserção de cláusulas jurídicas transparentes quanto à resolução de eventuais conflitos entre o investidor e o Estado.

1.4 O efeito substancialmente moralizador da inserção de uma cláusula de estabilidade nos contratos petrolíferos

Actualmente não é totalmente líquida a ideia dos vários autores da importância e função de uma cláusula de estabilidade nos contratos de investimento estrangeiro. Alguns consideram inclusivamente que não tem qualquer funcionalidade na base da lei internacional já que, na prática, proíbe qualquer interferência (arbitrária ou ilegal) de um Estado Hospedeiro quanto a um contrato de inves-

⁽⁹³⁾ Tradução nossa.

timento. Outros consideram que estas teriam um papel meramente financeiro possibilitando ao investidor que sempre que um contrato seja violado possa concludentemente dar origem à compensação monetária daí decorrente. Outros ainda ponderam que serviriam para conferir uma espécie de protecção secundária mesmo naquelas situações em que a lei internacional já confere alguma protecção ao investidor. Pensamos que para além do efeito substancialmente edificante e de justiça contratual que estas cláusulas representam nestes contratos é absolutamente capital a sua inserção quando certos Estado não pretendem honrar os seus compromissos até ao final do projecto. Bem sabemos que a aposição de uma cláusula desta natureza poderá eventualmente condicionar o Estado na sua actuação ainda que, como é sabido, *o papel aceita tudo* não significando com isso que o facto de tais obrigações se encontrarem claramente redigidas e o contrato assinado seja automaticamente sinónimo do seu integral cumprimento pelo Estado Hospedeiro.

A acrescer, em termos de lei internacional, sabemos que a mesma é válida, ainda que os maiores problemas decorram da interpretação que os tribunais ou os árbitros façam dela⁽⁹⁴⁾. Isto porque poderemos referenciar a existência de Tratados e Convenções internacionais que preconizam a estabilidade dos contratos, designadamente as disposições de resguardo da propriedade anti-expropriação, anti-nacionalização, expropriação arrepiente com cláusulas de compensação, garantia de livre transferência de moeda, transferência de direitos do investidor ou determinados regimes especiais. Esta doutrina da internacionalização poderá coadjuvar o investidor privado estrangeiro contribuindo com uma solução especialmente financeira que possa remediar a expropriação já que muito problemático se torna poder repeli-la. Certo é que mesmo o investidor privado mais desvelado poderá sempre ficar exposto a alterações contratuais decorrentes das mais diversas con-

⁽⁹⁴⁾ Vide o caso *Texaco vs. Libyan Arab Republic* e *Liamco versus Libya* citados por PAUL E. COMEAUX, PAUL E. e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009, página C-2 19.

junturas, de facto ou de direito, imputáveis ou não ao Estado. Por exemplo, pode dar-se a eventualidade que de acordo com certa lei local qualquer cláusula de estabilidade não seja considerada válida⁽⁹⁵⁾. Ou pode o investidor não possuir uma cláusula de estabilidade suficientemente forte no seu contrato que firmou com o Governo ou decorrente da licença. Ou poderá a cláusula introduzida encerrar um âmbito muito restrito, circunscrevendo-se *maxime* ao cariz fiscal. Noutras suposições poderão igualmente existir situações em que o investidor necessite, de tempos a tempos, de aprovações com alguma discricionariedade do Governo para poder iniciar ou expandir a sua actividade. Ou os propósitos desenhados pelo Governo podem ser muitos vagos deixando uma “*abertura*” no contrato de investimento totalmente sujeito a alterações unilaterais do Governo. Ademais, mesmo que o investidor tenha de alguma forma tentado prevenir todas as situações o Governo pode, porque assim o entende, simplesmente ignorar as estipulações contratuais assumidas e impor as alterações que lhe aprouverem na suposição que o investidor não iria arriscar perder parte do seu investimento já realizado. Independentemente destes cenários traçados supra e outros que poderão existir, já que a realidade é sempre muito mais rica, certo é que as cláusulas de estabilidade continuam a ser utilizadas, na larga maioria dos contratos de investimento petrolífero constituindo uma prática moderna de poderá *in concreto* proteger o investidor⁽⁹⁶⁾. No nosso entendimento nestes contratos deveria consagrar-se expressa e inequivocamente que os seus termos são vinculativos para as partes independentemente de posteriores compromissos, negociações ou extensões dos contratos excepto se ambas as partes, por acordo, expressarem, por escrito, a sua vontade de mudar o sentido ou o efeito vinculativo de uma cláusula de estabilidade⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹⁵⁾ Segundo certa *Common Law* se na lei local os tribunais tiverem de ser chamados a interpretar este tipo de cláusulas decerto considerarão que não são aplicáveis estas cláusulas e que não tem qualquer efeito de vincular o Estado Hospedeiro. Por seu turno, na *Civil Law* a cláusula de estabilidade já pode adquirir outro sentido já que são conhecidas as implicações decorrentes da santificação dos contratos.

⁽⁹⁶⁾ SEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, *cit.*, página 19.

⁽⁹⁷⁾ Neste sentido manifestaram-se PAUL E. COMEAUX, PAUL E. e N. STEP-

1.5 O futuro das cláusulas de estabilidade nos novos contratos petrolíferos: da clássica estabilidade ao recente equilíbrio contratual

Um outro aspecto da maior relevância prende-se com a forma como o investidor pretende minimizar eventuais riscos a que se encontre sujeito mediante a utilização destas cláusulas. E nesta sede o investidor poderá sempre escolher e dar a maior atenção à opção da lei aplicável ao contrato. Assim, pode decidir introduzir uma cláusula de estabilidade muito bem trajada e, em simultâneo, abranger uma provisão que tolere a *renegociação do contrato*⁽⁹⁸⁾ e disposições concernentes aos casos de *Força Maior ou de alteração anormal das circunstâncias*. Supomos que não existe nesta insinuação qualquer paradoxo nem se tratam de institutos incombináveis entre si. Mas o que é exacto é que as partes privadas envolvidas nas negociações internacionais não costumam abarcar nos seus contratos cláusulas de renegociação⁽⁹⁹⁾. Achamos que esta certa hesitação pode ter a ver com o facto de considerarem que poderão estar a tornar a relação contratual imprevisível, aumentar os custos da transacção ou tornar o contrato não obrigatório⁽¹⁰⁰⁾.

Outra defesa do investidor consubstancia-se na selecção da lei⁽¹⁰¹⁾. Esta é ordinariamente utilizada para nortear sobre qual a lei ou Princípios jurídicos aplicáveis ao contrato de investimento, incluindo no sempre delicado acontecimento de disputa entre as

FAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009, página C-2 21.

⁽⁹⁸⁾ Sobre o objectivo e procedimentos da renegociação temos, PIERO BERNARDINI, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, Volume I, n.º 1, página 105.

⁽⁹⁹⁾ Assim temos ROLAND BROWN, *Contract stability in international petroleum operations*, *The CTC Reporter*, Número 29, Primavera de 1990, página 57.

⁽¹⁰⁰⁾ Esta constatação encontramos em JONH YUKIO GOTANDA, *Renegotiation and adaptation clauses in Investment Contracts, revisited*, Artigo publicado no *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Volume 36, 2003, páginas 1461 a 1473.

⁽¹⁰¹⁾ Esta escolha de lei é efectuada ao abrigo do princípio da autonomia da vontade (Art.º 405 do CC).

partes. Poderíamos ser exercitados a arrematar que a maioria dos acordos escolheria a lei interna do Estado Hospedeiro como lei aplicável a tal contrato. Todavia, para o investidor esta circunstância poderá significar uma menor imparcialidade ou preparação do tribunal estadual para julgar estes pleitos. Se as partes elegerem a lei nacional então esta será a lei aplicável pese embora as questões referentes a nacionalização ou compensação caiam sob a alçada da lei internacional no que tange à responsabilidade do Estado. Ora, em certos países em vias de desenvolvimento considera-se que a interpretação de um contrato de concessão trata-se de matéria de lei doméstica podendo os Estados simplesmente mudar de opinião com base no seu direito à soberania nacional. Não nos parece que este deva ser o entendimento correcto. Outros países invocam a já mencionada tese da internacionalização dos contratos significando que uma vez que um Estado soberano se compromete com um investidor privado não pode modificar unilateralmente os termos contratuais. Só com base no consentimento mútuo. Podem ainda as partes optar por aplicar unicamente a lei internacional e nessa circunstância as partes devem identificar previamente quais as normas dos Tratados e referentes ao investimento que são aplicáveis ao contrato em discussão. O que em si já encerra uma enorme dificuldade na medida em que, como é comumente sabido, as normas internacionais visam essencialmente regular as relações entre Estados. Esta questão de apurar qual é a lei aplicável em caso de conflito é proeminente. Nestas conjunturas vulgarmente os casos serão resolvidos com base no recurso à arbitragem internacional. Na hipótese das partes escolherem a aplicação de uma lei de um terceiro Estado essa será a lei aplicável ao contrato. Seja qual tenha sido a escolha, e como aconselha certa doutrina parece-nos indispensável que as partes tenham transposto para o contrato um forte apelo à lei ou aos Princípios Gerais internacionais⁽¹⁰²⁾, caso contrá-

⁽¹⁰²⁾ Sublinhe-se que, como ensina MA.F.M MANIRUZZAMAN, *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, num artigo publicado no *European Journal of International Law*, Volume 12, Número 2, 2001, páginas 309 a 328, certa tese é da opinião que, independentemente da escolha da lei efectuada pelas partes, nesses contratos a lei internacional sobrepõe-se à escolha das partes e aplica-se automaticamente sobre a lei local.

rio poderemos estar presente de um caso em que a cláusula de estabilidade pode perder toda a sua funcionalidade⁽¹⁰³⁾. A nível da arbitragem⁽¹⁰⁴⁾ internacional são inúmeras as resoluções arbitrais que podemos encontrar. Casos como *Lena Goldfields, Ltd vs. USSR*⁽¹⁰⁵⁾, que foi a primeira a referenciar a escolha da lei e a cláusula de estabilidade e a considerar que para além da lei nacional casos podem existir em que uma outra lei poderá ser aplicável às relações contratuais entre o Estado Hospedeiro e o investidor privado estrangeiro. Outra decisão constatamos na *Sapphire International Petroleum Ltd vs. National Iranian Oil Company*⁽¹⁰⁶⁾ na qual o árbitro reconheceu a validade das cláusulas de estabilidade no âmbito do Direito Internacional. No caso *Arábia Saudita vs. Arabian American Oil Company (Aramco)*⁽¹⁰⁷⁾ vimos que se reconheceu a validade destas provisões. Tal ocorreu igualmente nos chamados casos *Libyan Nationalization cases* referindo-se a três situações nas quais as cláusulas ora em apreço prevaleceram e a nacionalização operada pelo Estado Líbio constituiu uma brecha na Lei internacional. Finalmente, temos o caso entre o *Governo do Koweit vs. American Independent Oil*⁽¹⁰⁸⁾ no qual o Tribunal declarou que, uma vez que o acordo de concessão tinha sido renegociado por diversas vezes, a cláusula de estabilização já não poderia ser utilizada. Num outro ângulo é primordial trazer à colação que, em muitas conjunturas, não existem certas normas ou Princípios de Direito Comer-

⁽¹⁰³⁾ Assim EMEKA J. WOKORO, *Anchoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009. Acessível em <http://works.bepress.com/emekawokoro/1/>. Acesso em 5 de Setembro de 2009.

⁽¹⁰⁴⁾ Sobre a arbitragem envolvendo Estados pronunciou-se KAJ SAVAGE, *Arbitration involving States*, in Lawrence Newman and Richard Hill(eds), *Leading Arbitrators' Guide for International Arbitration*(Juris publishing 2003), páginas 651 a 708.

⁽¹⁰⁵⁾ Decisão citada por AMAECHI DAVID NWOKOLO em *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*. Disponível em http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf. Acesso em 13 de Setembro de 2009. (vide nota de rodapé n.º 46).

⁽¹⁰⁶⁾ Decisão referida por AMAECHI DAVID NWOKOLO em *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*, cit. (vide nota de rodapé n.º 48).

⁽¹⁰⁷⁾ AMAECHI DAVID NWOKOLO, *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*, cit. (vide nota de rodapé n.º 50).

⁽¹⁰⁸⁾ AMAECHI DAVID NWOKOLO, *Is there a legal and functional value for the stabilization clause in international petroleum agreements*, cit. (vide nota de rodapé n.º 56).

cial em determinado Estado em particular. Também nestas circunstâncias a escolha da lei assume o maior interesse na medida em que a nível das transacções internacionais o investidor gosta sempre de se assegurar, através de uma serena e prévia *due diligence*, qual será o quadro legal no caso de eventual litígio.

Recentemente quando se fala nestas cláusulas pretende-se aprimorar sobre a sua legitimidade e aplicabilidade⁽¹⁰⁹⁾ nos contratos de investimento mais recentes⁽¹¹⁰⁾. Na contemporaneidade fala-se muito em *cláusulas de equilíbrio económico*⁽¹¹¹⁾, *cláusulas de estabilidade económica*, ou *cláusulas de equilíbrio económico ou financeiro*⁽¹¹²⁾. Segundo ANDREA SHEMBERG⁽¹¹³⁾ é exequível discernir duas categorias, principalmente as cláusulas de estabilidade económica *total* que se tratam daquelas que, assim como estão descritas no contrato, protegem contra qualquer implicação resultante de uma alteração legislativa, e as cláusulas de estabilidade económica *limitada* que balizam a aplicação da cláusula designada no contrato. Pensamos que alberga uma nova abordagem do problema visando a obtenção de uma solução mais equitativa para ambas as partes de maneira a manter ou a tentar restaurar

⁽¹⁰⁹⁾ Falando sobre esta matéria e na busca da estabilidade aconselhamos vivamente a leitura do trabalho de A.F.M. MANIRUZZAMAN, *The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends*, *The Journal of World Energy Law and Business* Volume 1, número 2, páginas 121 a 157 originalmente publicado *on line* em 24 de Junho de 2008. Disponível em <http://jwelb.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/1/2/121>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

⁽¹¹⁰⁾ Assim temos THOMAS J. PATE, *Evaluating stabilization clauses in Venezuela's strategic Association Agreements' for heavy — Crude extraction in the Orinoco Belt: the return of a forgotten contractual risk reduction mechanism for the Petroleum industry*, 20 November 2008. Disponível em <http://ssm.com/abstract=1304663>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.

⁽¹¹¹⁾ São conhecidos os casos de Baku-Tbilisi-Ceyhan (BTC) oleoduto principal de exportação (Azerbaijão, Geórgia e Turquia) e o Projecto do Gasoduto da África de Oeste (Benim, Gana, Nigéria e Togo), estes últimos acordados através de um Tratado internacional e um acordo de Projecto Internacional.

⁽¹¹²⁾ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Almedina, 2007, páginas 89 a 90.

⁽¹¹³⁾ SHEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, *cit.*, páginas 7 a 8 e 24 a 25. A autora fala ainda na existência de cláusulas híbridas, que bebem as influências das *freezing clauses* e das cláusulas de equilíbrio económico, que, por seu turno também se subdividem nas categorias de *total* e *parcialmente híbridas*.

o equilíbrio económico do contrato⁽¹¹⁴⁾. Esta posição decorreu da circunstância da efectividade legal das clássicas cláusulas de estabilidade. A este nível ainda podemos pronunciar a existência de equilíbrio económico estipulado, equilíbrio económico não estipulado e equilíbrio económico negociado. No âmbito do equilíbrio económico não estipulado e equilíbrio económico negociado o árbitro irá resolver o conflito decorrente do insucesso das partes ao tentarem reacomodar o contrato. Segundo FIONA MARSHALL e DEBORAH MURPHY⁽¹¹⁵⁾ podemos ainda pronunciar a existência de cláusulas híbridas que comungam das *freezing clauses* e das cláusulas que buscam o equilíbrio económico e que obrigam o Estado Hospedeiro a colocar o investidor na mesma posição em que se encontrava antes da alteração legislativa isentando-o dos efeitos da nova lei. Não nos parece plenamente satisfatória a mera inclusão de uma cláusula geral de mediação ou conciliação, permitindo que um terceiro venha ao auxílio das partes numa auto-composição de litígios e arbitragem. É preferível que as partes coloquem adicionalmente no contrato o papel preciso do terceiro ou do

⁽¹¹⁴⁾ São várias as disposições jurídicas donde ressaltam estas preocupações mormente no Modelo de Acordo de Partilha e Exploração de Produção de 1994 do Qatar (nos termos do art.º 34.12 subordinado à epígrafe “*equilíbrio do acordo*”), e no Modelo de 20 de Março de 1997 do Turkmenistão que contém uma cláusula similar nos seguintes termos: “*Se no presente ou no futuro certas leis e regulamentos do Turkmenistão ou qualquer requisito imposto ao Grupo Empreiteiro ou aos seus subempreiteiros por qualquer autoridade daquele Estado que contenha determinadas normas não contidas neste acordo e cuja implementação criará um efeito adverso nos benefícios económicos do Grupo Empreiteiro as partes introduzirão as necessárias correcções a este contrato para assegurar que o Grupo Empreiteiro obtenha os resultados económicos de forma antecipada nos termos e condições deste Acordo*”. No mesmo sentido vamos encontrar o Modelo do Cazaquistão pelo Decreto n.º 108 de 17 de Janeiro de 1997 que na sua Cláusula 28.^a menciona no caso de alterações da legislação que cause uma deterioração no estado do Contrato aplicar-se o parágrafo n.º 16 que menciona que as partes chegarão a um consenso introduzindo tais aditamentos ou alterações pois são necessárias para a restauração do interesse económico das partes. Em Angola, decorrendo da própria lei e não de contrato temos o art.º 63 do DL n.º 10/07, de 03-10 referente ao projecto Angola LNG bem como o art.º 10 do DL n.º 11/07 de 05-10. Mas os contratos de investimento de gás também podem incluir este tipo de cláusulas.

⁽¹¹⁵⁾ MARSHALL, FIONA e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, cit., principalmente páginas 34 a 37 referindo-se especificamente às cláusulas de estabilidade nos contratos de investimento.

árbitro para poder emendar o contrato, ou as partes celebrem um acordo permitindo ao tribunal arbitral compor o litígio, designadamente actualizando ou revendo os contratos. Como já afluamos, em certos Países são as próprias leis nacionais a possibilitarem directamente as cláusulas de estabilidade⁽¹¹⁶⁾. A este respeito podemos vislumbrar a cláusula de estabilidade fiscal, a legislação nacional referente às regras que estipulam o equilíbrio económico. A este nível vamos encontrar um maior incremento do número dos Tratados sobre investimentos internacionais à guisa do que alertam DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER⁽¹¹⁷⁾. Com efeito, muitos Estados já executaram Tratados de investimentos bilaterais, (BIT's). Estes instrumentos jurídicos já citados anteriormente servem, segundo alguns autores⁽¹¹⁸⁾, para reduzirem o já referido risco político uma vez que se tratam de Tratados que protegem o investimento privado, existentes entre um Estado Hospedeiro e o Estado da proveniência do investidor. Como se asseverou, nos tempos actuais, cada vez mais se busca o equilíbrio económico sendo raro encontrar estipulada uma cláusula de estabilidade na sua versão mais clássica. Até porque a certa altura a imutabilidade contratual acaba por parecer anti-natural nos tempos modernos, apesar de desejável, pelo menos no que tange ao investidor estrangeiro. Ao contrário, e perante os acontecimentos, estas as partes têm optado, antes, de uma forma *quicá* mais realista, pelo menos na nossa opinião, pela inclusão de uma cláusula com vista ao *equilíbrio económico*⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁶⁾ Como é o caso do Cazaquistão, Colômbia, Venezuela, Bolívia, Panamá, Peru e Timor-leste.

⁽¹¹⁷⁾ DAVID ASMUS, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The developed and Developing world — a look at legal issues facing the industry*, cit., página 41 advertem que os EUA já assinaram cerca de quarenta BITs com outras Nações e que o Reino Unido já assinou mais de cem. Outrossim, até ao presente totalizam mais do que 2 300. Além destes podemos ainda vislumbrar a existencia de Tratados multilaterais como é o caso da NAFTA.

⁽¹¹⁸⁾ PAUL E. COMEAUX, PAUL E. e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, cit., igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/polrisk.pdf>. Acesso em 13 de Setembro de 2009, página C-2 3.

⁽¹¹⁹⁾ De acordo com EMEKA J. WOKORO, *Achoring stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009, acessível em <http://works.bepress.com/emeka>

Estas previsões jurídicas permitem que o Estado ou os seus agentes possam contrabalançar o investidor privado pelo prejuízo económico sofrido em razão das novas leis e Decretos que afectem os termos contratuais iniciais, quer em termos específicos, como é o caso das cláusulas de teor fiscal, quer em termos mais abrangentes. Nestas conjunturas, o investidor deverá cumprir pontualmente com a nova legislação mas já sabe de antemão que irá ser devidamente compensado financeiramente pelo Estado. Certo é que, por vezes, assistimos verdadeiramente a uma alteração anormal das circunstâncias comparativamente com as que existiam à data do acordo inicial. Mas esta hipótese para além de exigir a substancialidade da modificação obriga a que se averigúe se as mesmas não estão excluídas pelo contrato. Estamos a pensar no desequilíbrio económico ou de uma outra circunstância qualquer. Esta contingência está usualmente antevista em sede geral das legislações nacionais, Tratados internacionais e outros Diplomas congéneres⁽¹²⁰⁾.

Acontece que, seja fundada no contrato ou num Tratado, será sempre providente tentar a via negocial antes da arbitragem. Mas é capital ter presente que a renegociação⁽¹²¹⁾ de um contrato progride no sentido transversalmente antagónico das cláusulas de estabilidade no seu sentido mais clássico do termo. E a renegociação⁽¹²²⁾

wokoro/1/. Acesso em 5 de Setembro de 2009, as partes têm uma obrigação de renegociar com vista a restauração do equilíbrio económico do contrato.

⁽¹²⁰⁾ Um desses instrumentos é a Resolução XVI.90 de 24-25 de Junho de 1968 que se fundamenta no princípio da alteração de circunstâncias para justificar a aquisição por membros do Governo de uma razoável participação na propriedade das empresas concessionárias holdings (Parágrafo n.º 12). Outro será a UNIDROIT e os seus Princípios dos Contratos de Comércio Internacionais (2004) que na sua Cláusula 6 n.º 2 regulamenta as chamadas cláusulas de *hardship*. Esta realidade é delineada como qualquer evento que altere fundamentalmente o equilíbrio do contrato e que confere o direito à parte lesada de solicitar a renegociação do contrato.

⁽¹²¹⁾ A respeito da renegociação de acordo com as normas internacionais pronunciaram-se ABBA KOLO e THOMAS WÄLDE, *Renegotiation and Contract adaptation in International Investments Projects- Applicable Legal Principle and Industry Practices*, *Journal of World Investment*, Volume 1, Julho de 2000, Número 1. Disponível nas páginas 21 a 23 em http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm. Acesso em 12 de Setembro de 2009.

⁽¹²²⁾ A este propósito temos o Art.º 92 da LAP que menciona, a respeito do regime de transição, que os contratos válidos e eficazes podem ser renegociados entre as partes segundo o Princípio da equidade ou equilíbrio de interesses.

será conduzida com base na lei aplicável ao contrato⁽¹²³⁾. A acrescentar, em teoria, e variando de caso para caso, pode dar-se o caso do tribunal arbitral nem sequer atender a cláusula de estabilidade em apreço. Fazendo uma crítica que se impõe e avaliando a questão em termos puramente normativos torna-se problemático e por vezes irrealista não recorrer às figuras que também existem expressamente a nível de algumas legislações nacionais, que constituem uma excepção ao princípio do *Pacta Sunt Servanda*, referente a figura da *alteração anormal das circunstâncias*⁽¹²⁴⁾, *Force Majeure* ou cláusulas de *hardship*. A *Force Majeure* mencionada no art.º 7.1.7 dos Princípios do UNIDROIT é composta por determinados requisitos legais semelhantes na maioria dos ordenamentos jurídicos, mas a larga maioria dos tribunais tem efectuado uma interpretação restritiva deste instituto. E os seus pressupostos são: *primo*, que o evento seja uma causa natural externa às partes, *secundo*, que o acontecimento seja imprevisível ou não se poderia acautelar e, *tertio*, que se torne impossível cumprir a obrigação em termos definitivos ou transitórios.

Uma outra disposição bastante utilizada no âmbito dos contratos internacionais é a chamada cláusula de *hardship*⁽¹²⁵⁾ que

(123) KOLO, ABBA, e THOMAS W. WALDE, *Renegotiation and Contract adaptation in the International investment projects : Applicable Legal Principles and Industry practices*, cit. páginas 5 e seguintes, falam na diferenciação entre o sistema da *Common Law* (principalmente a lei inglesa) e da Lei Civil.

(124) Para que se verifique a modificação contratual de acordo com juízos de equidade, em Portugal e em Angola (Art.º 437 do CC), exige-se, na lei civil, a existência cumulativa de dois requisitos designadamente terem as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar sofrido uma alteração *anormal* e afectar gravemente as exigências das obrigações assumidas pela parte lesada os princípios da boa fé e não estar coberta pelos riscos próprios do contrato.

(125) Esta cláusula mereceu a atenção da legislação internacional designadamente dos *Princípios Relativos Aos Contratos Comerciais Internacionais* acolhidos em 1994 pelo *Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado*, geralmente conhecida por UNIDROIT. A respeito da diferença entre a *Force Majeure* e a cláusula de *hardship* sugerimos a leitura do artigo de WERNER MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in international Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court f Arbitration*, do relatório apresentado no Seminário do ICC que ocorreu em Paris de 6 a 9 de Dezembro em 1983, disponível em <http://trans-lex.org/126600>. Acesso em 5 de Setembro de 2009. Em termos latos considera que a cláusula de *Força Maior* tem preponderância sobre a isenção de responsabilidade sempre que o cumprimento de uma obrigação se haja tornado impossível ao passo que a cláusula de *hardship* visa cobrir aquelas situações sobre

engloba algumas semelhanças com a teoria da imprevisão da escola francesa já que trata de solucionar adversidades criadas ao contrato. Como explica NÁDIA DE ARAÚJO⁽¹²⁶⁾ “*Nas definições clássicas de hardship estão presentes critérios de imprevisibilidade, inevitabilidade e extraterritorialidade em relação à vontade de uma das partes, bem como o seu efeito, que é de tornar inviável a execução da obrigação. Sua concepção, na maioria das vezes, embora proveniente de países distintos, segue uma orientação que podemos classificar de Lex mercatória, por um número comum de características: a possibilidade de efeito suspensivo e não extintivo do evento; obrigações da parte em informar a outra do ocorrido e comprovar a sua disposição para remover os obstáculos à sua ocorrência; a possibilidade de renegociar o contrato, depois de certo tempo de atraso.*” Outrossim, no foro da UNIDROIT⁽¹²⁷⁾ temos o art.º 6.2.1 (*Obrigatoriedade do contrato*) que diz que sempre que o cumprimento de um contrato se torna mais oneroso para uma das partes (a lesada), ela continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições respeitantes ao *hardship*. O art.º 6.2.2 aponta para uma concretização do conceito de *hardship* rezando que esta circunstância ocorre quando sobrevêm factos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e os factos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato, os factos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato, os factos estão fora da esfera de controlo da parte em desvantagem e o risco pela

eventos não previstos que alteram em termos substantivos o equilíbrio contratual que determina uma onerosidade excessiva para uma das partes.

⁽¹²⁶⁾ ARAÚJO, NÁDIA, *Contratos internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação, segundo a lex mercatoria, para o plano interno nos contratos de longa duração*, Colectânea organizada por MARILDA ROSADO, *Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás*, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, Renovar, 2005, página 418.

⁽¹²⁷⁾ A respeito da UNIDROIT e as cláusulas de estabilidade *vide* DAVID OSER, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Martinus Nijhoff Publishers/Brill Academic, 2008, páginas 113 a 115.

superveniência dos factos não foi assumido pela parte lesada. Finalmente o art. 6.2.3 (*Efeitos da hardship*) menciona que a parte lesada tem o direito de encetar renegociações do contrato. Mas vinque-se que este direito não confere, por si só, direito de suspender a execução do contrato. À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma delas poderá sempre recorrer ao Tribunal. Caso o Tribunal considere a existência de *hardship*, poderá, se for razoável, extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou adaptar o contrato com vista a restabelecer-lhe o equilíbrio.

Crê-se que é preciso não olvidar que esses Estados poderão desbaratar a firmeza que depositaram no investidor estrangeiro. E é exactamente o que pretende evitar. Daí que sejam continuadas e preferíveis as soluções de compromisso que permitem ao investidor estrangeiro “reter” o seu interesse já que as soluções arbitrais são geralmente circunscritas tão-só aos prejuízos, entenda-se financeiros, arrazoados pelo investidor. Como diz o ditado “*mais vale um mau acordo que uma boa demanda*”.

1.6 Conclusões

A questão primordial que se coloca em cima da mesa é que, de facto, estamos a lidar com dois direitos ou interesses em clara colisão, um de direito e interesse público correspondente ao interesse do Estado Hospedeiro e outro de interesse privado traduzido no interesse do investidor estrangeiro. Havendo discordância entre estes dois poderemos concluir, face aos elementos ora trazidos, pela manifesta preponderância do interesse público todavia não sem a adequada e razoável compensação monetária.

Vimos que nos contratos de investimento petrolífero existe uma urgente necessidade de fazer apelo à lei internacional pois, caso contrário, as disposições de estabilização poderão perder toda a sua funcionalidade prática devido à comprovada presente inconsistência interpretativa dos tribunais arbitrais internacionais. Ademais, devem as partes se precaverem de antemão no sentido de evitar que a sua disputa seja julgada num tribunal arbitral ou estadual

doméstico. Principalmente para evitar surpresas e quebra de imparcialidade.

De seguida, outro ângulo que nos parece substancial passa pela circunstância dos negociadores e redactores deste tipo de contratos deverem ter os maiores cuidados com a sua redacção, seja nos preliminares seja na efectivação do clausulado final para poderem garantir a real utilidade destas disposições. De acordo com alguns autores, as lições aprendidas pelos negociadores é que a mesma deverá ser sempre redigida de forma muito clara dizendo exactamente o que se proíbe incluindo *v.g.* que o Estado Hospedeiro renuncia expressamente ao seu direito de nacionalizar ou de praticar qualquer interferência contratual, durante um certo período de tempo. Ademais, em certos países deverá ser incluída uma previsão que especifique a forma pela qual o Estado Hospedeiro se compromete a não alterar unilateralmente as cláusulas prevenindo especificamente todas consequências jurídicas detalhadas para a sua violação mormente o *quantum* indemnizatório exacto, restituição, reembolso ou indemnização.

E não havendo uma legislação internacional que venha a uniformizar o investimento estrangeiro, que se almeja, bem como um tribunal que se dedique especialmente a estas complexas matérias iremos continuar a ter visões dos tribunais arbitrais que não poderão oferecer a segurança que os investimentos estrangeiros carecem. Voltamos, assim, ao propecto enigma da força ou da ausência dela, no Direito Internacional. Daí que em certos cenários internacionais seja, de longe, preferível optar antes por um Tratado global sobre o investimento estrangeiro e estabelecer um Tribunal internacional desta natureza que possa assegurar uma formulação, interpretação e aplicação uniforme de acordo com os paradigmas da protecção do investimento⁽¹²⁸⁾.

Este problema da falta de robustez destas cláusulas pode-se ter acentuado, segundo alguns, devido ao facto de actualmente os investidores não possuírem a mesma “superioridade negocial” que possuíam na anterior era das concessões.

⁽¹²⁸⁾ Assim se pronunciou SURYA P. SUBEDI, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing Ltd, Oxford and Portland, 2008.

Outro desfecho poderia passar pela redução da duração dos contratos de investimento petrolíferos.

Concluindo, parece-nos fundamental que as partes, na actualidade, introduzam uma cláusula de equilíbrio económico nos seus contratos de investimento petrolífero e sujeitem-se a aplicação de um BIT ou MAI. É uma posição muito mais cautelosa e que francamente beneficia a parte. Se assim não for, vai permitir-se que *entre pela janela o que se pretendia que ficasse à porta*, ou seja, vão surgir novas formas de contornar (v.g. expropriação indirecta) ou amenizar os efeitos jurídicos que se pretendiam obstar com a introdução de uma cláusula de estabilidade nos contratos perdendo esta, na nossa opinião, rapidamente toda a sua razão de existência.

ABREVIATURAS⁽¹²⁹⁾

Ac. STJ	Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça
Ac.	Acórdão
AGNU	Assembleia-geral das Nações Unidas
art.º	Artigo
BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i>
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cfr.	<i>cifra</i>
CC	Código Civil Português e Angolano
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil Português e Angolano
CRP	Constituição da República Portuguesa
CA	Constituição da República de Angola
CVLT	Convenção de Viena das Leis e Tratados de 23 de Maio de 1969
CDM	Convenção dos Direitos do Mar
CVLT	Convenção de Viena das Leis e Tratados de 23 de Maio de 1969
CVCO	Convenção de Viena para Camada de Ozono 1985
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
DL	Decreto-lei
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i>
EUA	Estados Unidos da América
FA	<i>Farm out Agreement</i>
FET	<i>Fair and Equitable Treatment</i>
GSA	<i>Gas Sales Agreements</i>
HSE	<i>Health Safety and Environmental</i>
ICOSA	<i>International Crude Oil Sales Agreements</i>
IOC	<i>International Oil Company</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
IPA	<i>International Petroleum Agreement</i>
JBA	<i>Joint Bidding Agreement</i>
JOA	<i>Joint Operating Agreement</i>
LAV	Lei da Arbitragem Voluntária
LAP	Lei Angolana das Actividades Petrolíferas
MAI	<i>Multilateral Agreement on Investment</i>
MIGA	<i>World's Bank Multilateral Guarantee Agency</i>

(129) Indicam-se para as publicações periódicas e siglas.

MP	Ministério Público
NOC	<i>National Oil Company</i>
NAFTA	<i>North American Free Trade Agreement</i>
OECD	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i>
OECD	<i>Draft Convention on the Protection of Foreign Property</i>
OPEC	<i>Organization of the Petroleum Exporting Countries</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PGR	Procuradoria-geral da República
PSA	<i>Production Sharing Agreement</i>
RL ou Lx.	Relação de Lisboa
s.s.	<i>stricto sensu</i>
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>
STJ	Supremo Tribunal de Justiça Português
TAC	Tribunal Administrativo do Círculo
TC	Tribunal Constitucional
TDM	<i>Transnational Dispute Management</i>
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law 1994</i>
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
v.g.	<i>verbi gratia</i>
vs.	<i>versus</i>

O Petróleo...

Encontrar é uma euforia,

Têr e mantê-lo é uma boa garantia,

Explorar é, de longe, a melhor parte...

MODO DE CITAR:

Todas as citações bibliográficas serão efectuadas, depois da primeira citação, através da indicação do nome do Autor, Título da obra, e número(s) da(s) página(s).

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, NÁDIA, *Contratos internacionais e a cláusula de hardship: a transposição de sua conceituação, segundo a lex mercatoria, para o plano interno nos contratos de longa duração*, Colectânea organizada por MARILDA ROSADO, *Estudos e Pareceres Direito do Petróleo e Gás*, Rio de Janeiro, São Paulo e Recife, Renovar, 2005, página 418.
- ASMUS, DAVID, JAY ALEXANDER e STEVEN HUNSICKER, *The developed and Developing world — a look at legal issues facing the industry*, *Oil and Gas Financial Journal*, July, 2006, página 41.
- ASTA GEMIGNANI, TEREZA APARECIDA, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, *Estudo multidisciplinar*, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª Região*, Campinas, São Paulo, n.º 10, página 67, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.
- BARBOSA, ALFREDO RUY, *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, organizado por PAULO VALOIS PIRES, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 1 a 23. Igualmente disponível in <http://jus2.uol.com.br/Doutrina/texto.asp?id+5521>, página 4 de 13.
- BERNARDINI, PIERO, *Stabilization and adaptation in oil and gas investments*, *Journal of World Energy Law and Business*, 2008, Volume I, n.º 1, página 98.
- BLAKE, CASSELS e GRAYDON LLP, *Addressing risk in international Petroleum agreements*, 7 de Janeiro de 2006. Disponível em http://blakes.com/english/view_printer_bulletin.asp?ID=110.

- BROWN, ROLAND, *Contract stability in international petroleum operations*, *The CTC Reporter*, Número 29, Primavera de 1990, página 57.
- CAMERON, PETER D., *Contract stability in the Petroleum industry: changing the rules and the consequences*, Middle State Economic Survey, Volume XLIX, n.º 22, 28 de Maio de 2007, igualmente disponível em <<http://www.aipn.org>>.
- , *Property Rights and Sovereign Rights: the case of North Sea Oil*, Academic Press, 1983.
- , *Stabilisation in Investment Contracts and changes of Rules in host countries: Tools for Oil and Gas investors, Final Report*, 7 de Julho de 2006, AIPN.
- COALE, MARGARITA T.B., *Stabilization clauses in international petroleum transactions*, *Denver Journal of International Law and Policy*, Volume 30, 22 de Março de 2002.
- COMEAX, PAUL E., e N. STEPFAN KINSELLA, *Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance*, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, 1994, igualmente disponível em <http://www.kinsellalaw.com/wp-content/uploads/publications/pol-risk.pdf>.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Cadernos O Direito*, n.º 2, 2007, *Contratos públicos: subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro*, Almedina, páginas 89 a 90.
- CORREIA DE PINHO, ANTÓNIO, *Impostos, Impostos, Impostos, Brasil Energia*, Outubro de 2003. Disponível em <<http://www.energiahoje.com/brasilenergia/noticiario/2003/10/01/270322/antonio-correia-de-pinho>>.
- DA ROCHA, CHARLES MAX M., *Direito adquirido e estabilidade*, (elaborado em Novembro de 1995), originalmente publicado no *libertas*, órgão informativo da UFPI, Ano 1.º, n.º 1, edição de 1 de Novembro de 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=378>.
- DAES, ERICA IRENE A, *National Native Title Conference*, em Adelaide, no dia 3 de Junho de 2004 e que pode ser obtida através do endereço http://www.hreoc.gov.au/about/media/speeches/social_justice/natural_resources.html.
- DOLZER, RUDOLF, e CHRISTOPH SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Fevereiro de 2008, Oxford University Press.
- GABBA, CARLO FRANCESCO, *Teoria della retroattività delle leggi*, I, Terceira edição, Torino 1891-99, página 19, citado por TEREZA APARECIDA ASTA

- GEMIGNANI, *O direito adquirido e a republicação do Estado*, Estudo multidisciplinar, Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.^a Região, Campinas, São Paulo, n.º 10, página 68, 2000. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/19109>. Acesso em 16 de Agosto de 2009.
- GILL, GEARING e BIRT, *Contractual Claims and Bilateral Investment treaties: A comparative Review of the SGS Cases* (2004) 21:5 J. Int Arb. 307.
- GOTANDA, JONH YUKIO, *Renegotiation and adaptation clauses in Investment Contracts, revisited*. Artigo publicado no Vanderbilt Journal of Transnational Law, Volume 36, 2003, páginas 1461 a 1473.
- INCOLLINGO, ROBERT J., *Liability: Where does it come from and where does it end?*, http://www.irinfo.org/articles/article_2_2004_incolingo.html.
- J.'WOKORO, EMEKA, *Achoring stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*, 2009, acessível em [http:// works.bepress.com/emeka_wokoro/1/](http://works.bepress.com/emeka_wokoro/1/).
- JOFFÉ, GEORGE, PAUL STEVENS, TONY GEORGE, JONATHN LUX e CAROL SEARLE, *Expropriation of oil and gas investments: historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism*, The Journal of World Energy Law and Business, Volume 2, Número 1, 2009, páginas 3 a 23.
- KOLO, ABBA e THOMAS WÄLDE, *Renegotiation and Contract adaptation in International Investments Projects — Applicable Legal Principle and Industry Practices*, Journal of World Investment, Volume 1, Julho de 2000, Número 1. Disponível na página 4 em http://www.transnational-dispute-management.com/samples/freearticles/tv1-1-article_49.htm.
- LEONI, BRUNO, *Freedom and the Law*, Terceira edição ampliada, com prefácio de Arthur Kemp (Indianapolis: Liberty Fund 1991).
- MALIK, MAHNAZ, *The Expanding Jurisdiction of Investment-State Tribunals: Lessons for Treaty Negotiators*, Issues in International Investment Law, Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators' Forum, Singapura, 1 e 2 de Outubro de 2007, igualmente acessível em <http://www.iisd.org/investment/capacity/dci_forum_2007.asp>.
- MANIRUZZAMAM, A.F.M., *Stabilization in Investments Contracts and Change of Rules by host Countries: Tools for O and G Investors*, AIPN, First draft of AIPN Research Project (2005-6).
- , *The pursuit of stability in international energy investment contracts: a critical appraisal of the emerging trends*, The Journal of World Energy Law and Business 2008 1(2), páginas 121 a 157. Disponível on line

- desde 24 de Junho de 2008 em <http://jwelb.oxfordjournals.org/cgi/content/extract/1/2/121>.
- , *State Contracts in Contemporary International Law: Monist versus Dualist Controversies*, num artigo publicado no *European Journal of International Law*, Volume 12, Número 2, páginas 309 a 328, 2001.
- MARSHAL, FIONA e DEBORAH MURPHY, *Climate change and international Investment Agreements: obstacles or Opportunities — Draft for discussion*, publicado pelo International Institute for Sustainable Development, 2009, páginas 34 e 35.
- NWOKOLO, AMAECHI DAVID, *Is there a legal and functional value for the stabilisation clause in international petroleum agreements*, http://www.dun.dee.ac.uk/cepmlp/car/html/car8_article27.pdf.
- ORTINO, FREDERICO, *Latest developments in investor-state dispute*, IIA Monitor n.º 1 (2008) International Investment Agreements, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva, disponível igualmente na Internet.
- OSER, DAVID, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?* Martinus Nijhoff Publishers /Brill Academic, 2008, páginas 113 a 115.
- PAIVA MUNIZ, JOAQUIM DE, e DANIELLE GOMES ALMEIDA, *Os limites da arbitragem nos contratos relacionados à exploração e produção de Petróleo e Gás Natural*, no livro organizado por PAULO VALOIS PIRES, *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2005, páginas 145 a 159.
- PATE, THOMAS J., *Evaluating stabilization Clauses in Venezuela's Strategic Association Agreements for Heavy — Crude Extraction in the Orinoco Belt: the return of a forgotten Contractual Risk reduction Mechanism for the Petroleum industry* (colocado a disposição em 20 de Novembro de 2008 mas revisto em 12 de Janeiro de 2009). Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1304663>>.
- PIGNATARO DE OLIVEIRA, DIOGO, *Os contratos internacionais e a indústria do petróleo*, s/d, disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+10391>>.
- PONTES FILHO, VALMIR, *Direito adquirido ao regime da aposentaria (o princípio da segurança das relações jurídicas, o direito adquirido e a expectativa de Direito)*, Revista Electrónica sobre a Reforma do Estado, Número 7 — Setembro/Outubro/Novembro 2006 — Salvador-

-Bahia-Brasil. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

PRYLES, MICHAEL, sobre o caso *Hadley vs Baxendale* e ainda ao caso *Sapphire Int. Petroleum Ltd vs. National Iranian Oil Company*, in *Lost Profit And capital Investments*, 2008, página 1, http://www.arbitration-icca.org/articles.html?author=Michael_Pryles&sort=author.

QUINTANS, LUÍS CEZAR P, *A cláusula de estabilidade tributária nos contratos publico-privados*, Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.º 561, 19 de Janeiro 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id+6186>>.

RODRIGUES, SÍLVIO, Apontamentos da Autora retiradas da aula proferida em sede do II Curso de Pós-graduação de Direito e Gás no dia 21 de Abril de 2009, Faculdade de Direito Agostinho Neto, em Luanda (apontamentos não publicados).

ROSADO DE SÁ RIBEIRO, MARILDA, *As joint ventures na indústria do petróleo, Temas de Direito Petrolífero e de Direito de Comércio internacional*, Renovar, 1977, página 129 a 132, e segunda edição actualizada e ampliada, Renovar, Rio de Janeiro, São Paulo, 2003, páginas 121 a 129.

SALGADO GOMES, JORGE e FERNANDO BARATA ALVES, *O universo da indústria petrolífera — Da pesquisa à refinação*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

SAVAGE, KAJ, *Arbitration involving States*, in Lawrence Newman and Richard Hill (eds), *Leading Arbitrators' Guide for International Arbitration* (Juris publishing 2003), 651 a 708.

SCHREUER, CRISTOPH H., *Fair and Equitable Treatment (FET): interactions with other standards*, TDM, Volume 4, Número 5, Setembro de 2007.

—, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, *The Journal of World Investment & Trade* (2005), volume 6, issue 3, páginas 357 a 386, *Fair and Equitable Treatment*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005. Igualmente disponível em <http://www.fdimoot.org/iip/Reading5b2.pdf>.

—, *The concept of expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005, páginas 105 a 169.

—, *Consent to Arbitration*, TDM, Volume 2, Número 5, Novembro de 2005.

- SHEMBERG, ANDREA, *Stabilization Clauses and Human Rights*, International Finance Corporation World Bank Group, United Nations, 27 de Maio de 2009, páginas viii e 10 a 11.
- SINCLAIR, A.C., *The origins of the umbrella Clause in the International Law Investment Protection*, *Arbitration International 2004*, Volume 20.º, Número 4, páginas 411 a 434.
- SUBEDI, SURYA P., *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing Ltd, Oxford and Portland, 2008.
- SZKLAROWSKY, LEON FREJDA, *Irretroatividade da lei, Jus navigandi*, Tere-sina, ano 7, n.º 66, Junho de 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4190>>.
- TORDO, SILVANA, *Fiscal Systems for hydrocarbons — Design issues*, World Bank Working Paper n. 123, 40902, The World Bank, Agosto de 2007, páginas 3 a 4.
- VERHOOSSEL, GAETAN, *Foreign direct investment and legal constraints on domestic environmental policies; Striking a “reasonable” balance between stability and change*, Journal article in Law and Policy in International Business, Vol. 29, 1998, Disponível em <http://www.questia.com/googleScholar.qst?docId=5001396309>.
- WÁLDE, THOMAS, *The umbrella clause in investment arbitration — A comment on original intentions and recent cases*, *The Journal of world Investment and Trade*, Volume 6, n.º 2, Abril de 2005, Genebra.
- WEILER, TODD, *International Investment Law and arbitration, Leading cases from ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Cameron May Ltd. International Law and Policy, 2005, Inglaterra.
- WERNER MELIS, *Force Majeure and Hardship Clauses in international Commercial Contracts in view of the Practice of the ICC Court of Arbitration*, do relatório apresentado no Seminário do ICC que ocorreu em Paris de 6 a 9 de Dezembro em 1983, disponível em <http://translex.org/126600>.
- YANNACA-SMALL, CATHERINE, *Indirect expropriation and the Right to regulate in international Investment law*, OECD, Working papers on international investment, Número 2004/4, Setembro de 2004, páginas 3 e 4.
- _____, *Interpretation of the umbrella Clause in Investment Agreements*, OECD, Working papers on international investment, Number 2006/03, Outubro de 2006.

ARBITRAGEM

Sítios na Internet Recomendados:

ADRWorld:

<www.ADRWorld.com>

American Arbitration Association:

<www.adr.org>

Associação Portuguesa de Arbitragem:

<www.arbitragem.pt>

Associação Suíça de Arbitragem:

<www.arbitration-ch.org>

Association for International Arbitration:

<www.arbitration-adr.org>

BITs disponíveis em:

<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch____779.aspx>

Câmara de Comércio Internacional:

<www.iccwbo.com>

Camera Arbitrale di Milano:

<www.camera-arbitrale.it>

Centro de Arbitragem da Associação Comercial de Lisboa:

<www.acl.org.pt>

Club Español de Arbitraje:

<www.clubarbitraje.com>

Comité Brasileiro de Arbitragem:

<www.cbar.org.br>

CNUDCI:

<www.uncitral.org>

Comité Français d'Arbitrage:

<www.arbitrage-fr.org>

Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit:

<www.dis-arb.de>

ICC:

<<http://www.iccwbo.org/>>

ICSID:

<<http://www.worldbank.org/icsid/>>

ICSID Convenções, Regulamentos e Regras, disponíveis em:

<<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>>

London Court of International Arbitration:

<www.lcia-arbitration.com>

NAFTA disponível em:

<http://www.naftasecalena.org/DefaultSite/index_e.aspx?DetailID=160>

OHADA:

<www.ohada.com>

The Arbitration Database:

<www.arbitration.fr>

UNCITRAL:

<<http://www.uncitral.org/>>

UNCTAD (ed.), Assuntos relacionados com os acordos de investimentos internacionais disponíveis em:

<<http://www.unctad.org/iia>>

UNCTAD disponível em:

<<http://r0.unctad.org/disputesettlement/course.htm>>

WIPO Arbitration and Mediation Center:

<www.wipo.int/amc>

World Bank:

<<http://www.worldbank.org/>>