

INTRODUÇÃO À ARBITRAGEM DE INVESTIMENTOS NO SETOR DA ENERGIA PERANTE AS ORDENS JURÍDICAS PORTUGUESA E ANGOLANA

Pelo Prof. Doutor Luís de Lima Pinheiro()*

SUMÁRIO:

I. Introdução. II. Modalidades de arbitragem de investimentos no setor da energia. *A) Arbitragem quási-internacional pública; B) Arbitragem transnacional de investimentos. III. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional de investimentos.* *A) Direito Transnacional da Arbitragem; B) Direito de Conflitos de fonte estadual. IV. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem quási-internacional pública de investimentos no setor da energia. V. Considerações finais.*

I. Introdução

I. A arbitragem é um modo jurisdicional de resolução de controvérsias em que a decisão é confiada a particulares. Na arbitragem voluntária, esta alternativa baseia-se num acordo das partes: a convenção de arbitragem. Assim, a arbitragem e, em especial, a arbitragem voluntária constitui numa alternativa ao recurso

(*) Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

aos tribunais estaduais. No comércio internacional, porém, a arbitragem, mais do que um modo alternativo de resolução de controvérsias, é o *modo normal de resolução de controvérsias*.

As controvérsias arbitráveis em matéria de energia são as mais variadas.

Desde logo, porque há múltiplas formas de energia — de origem fóssil, renovável e nuclear —, que dão origem a diversas indústrias e, mais amplamente, a diversos setores do comércio. Saliendam-se os setores petrolífero, do gás natural e da eletricidade.

Segundo, porque nestes setores do comércio são celebrados os mais diversos contratos, tendo designadamente por objeto a prospeção e desenvolvimento de petróleo e de gás natural, a exploração de jazidas de petróleo e gás natural, a refinação, a produção de eletricidade, o armazenamento, a comercialização, o transporte e transmissão e a distribuição.

Terceiro, porque são arbitráveis questões não só contratuais mas também extracontratuais, quer de Direito privado quer de Direito público. Por exemplo, pretensões jurídico-privadas fundadas em responsabilidade extracontratual, como as resultantes de danos causados por um acidente nuclear.

Enfim, porque as controvérsias tanto podem dizer respeito a *relações internas*, que estão exclusivamente em contacto com um só Estado soberano, como a *relações internacionais*, que se estabelecem entre Estados e/ou organizações internacionais, ou a *relações transnacionais* que são aquelas que embora envolvendo particulares têm contactos relevantes com mais de um Estado soberano.

II. Importa, portanto, *delimitar o tema* e eleger os tópicos centrais que devem ser privilegiados numa introdução necessariamente breve.

Penso que os problemas mais interessantes e específicos são os que dizem respeito às relações transnacionais e, principalmente, aos investimentos no setor da energia. Proponho-me, por isso, tratar essencialmente da *arbitragem de investimentos no setor da energia*.

Por *arbitragem de investimentos* entendo a arbitragem entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas “estrangeiras”

com respeito à afetação de meios produtivos a uma atividade econômica no território do Estado de acolhimento. Adoto aqui uma noção muito ampla de investimento, destinada a abranger a noção relevante para a aplicação do Tratado da Carta da Energia (doravante designada TCE), a que adiante farei referência.

Isto não obsta a que as noções básicas que terei ocasião de expor com respeito à arbitragem transnacional valham também para outras controvérsias no setor da energia e, designadamente, para as que surjam exclusivamente entre particulares.

As razões para esta opção pela arbitragem de investimentos são reforçadas pela *importância do investimento internacional* no desenvolvimento das economias nacionais e por um certo *alheamento dos investidores portugueses relativamente aos mecanismos de arbitragem específicos* que estão frequentemente ao seu dispor.

Com efeito, a internacionalização da economia, os processos de integração regional e, mais amplamente, a liberdade de circulação de capitais, conferem ao investimento internacional um papel cada vez mais importante no desenvolvimento das economias nacionais.

Na atualidade, a atração do investimento estrangeiro é um objetivo comum aos países desenvolvidos e aos países em desenvolvimento. Muitos países estimulam também a internacionalização das suas empresas mediante a realização de investimentos noutros países. Portugal e Angola são simultaneamente países de acolhimento de investimento estrangeiro e países de origem de investimentos noutros países.

A atração do investimento estrangeiro e a internacionalização das empresas nacionais tem de *conciliar a prossecução dos interesses públicos do Estado de acolhimento do investimento com uma adequada proteção do investidor estrangeiro*. A arbitragem assume a maior importância para este equilíbrio.

Com efeito, a sujeição da empresa “estrangeira” aos tribunais do Estado envolvido implica, em caso de litígio, o risco de processos judiciais lentos, onerosos e, eventualmente, sem a necessária garantia de imparcialidade. Encerra também o risco de o sujeito público fazer valer atos normativos e administrativos com os quais a empresa não podia contar quando tomou a decisão de investir.

Por outro lado, a atribuição de competência aos tribunais de outro Estado é dificilmente aceitável pelo sujeito público.

A arbitragem surge, então, como uma alternativa conveniente, conveniência que é reforçada por três ordens de razões.

Primeiro, a possibilidade de as partes estipularem que o litígio seja decidido com base no Direito Internacional Público ou em regras e princípios transnacionais, o que evita a necessidade de optar entre o Direito do sujeito público, que pode ser alterado em prejuízo do investidor, e o Direito de outro Estado, que é uma alternativa dificilmente aceitável pelo sujeito público.

Segundo, a confidencialidade dos processos arbitrais que contrasta com os processos nos tribunais estaduais, que são normalmente públicos.

Enfim, na facilidade no reconhecimento internacional das decisões arbitrais, que no caso da arbitragem transnacional se deve principalmente à vinculação de grande número de Estados à Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958). Entre estes Estados conta-se Portugal, mas não Angola.

O reconhecimento da decisão arbitral ainda é mais fácil e expedito no caso da arbitragem realizada sob a égide do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (doravante designado CIRDI) que adiante examinarei⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Do art. 53.º/1 da Convenção CIRDI resulta que as partes são vinculadas pela sentença arbitral por força do próprio Direito Internacional, independentemente do seu reconhecimento na ordem jurídica estadual. Resulta também que a sentença não pode ser objeto de qualquer impugnação ou revisão salvo nos casos e pelos meios previstos na Convenção.

O art. 54.º obriga os Estados contratantes a reconhecer a obrigatoriedade da sentença e a assegurar a execução no seu território das obrigações pecuniárias impostas por essa sentença como se fosse uma decisão final de um tribunal desse Estado (n.º 1). Para o efeito, basta que a parte que deseje obter o reconhecimento e a execução de uma sentença forneça ao tribunal competente ou a qualquer outra autoridade que o Estado de reconhecimento tenha designado para este efeito uma cópia da sentença autenticada pelo secretário-geral (n.º 2). A execução da sentença será regida pela lei processual do Estado de execução (n.º 3).

Nos casos de arbitragem TCE que não se enquadrem no CIRDI, o TCE procura facilitar esse reconhecimento segundo o regime da Convenção de Nova Iorque nos termos do art. 26.º/5/a/ii e /6 TCE. Ver ainda art. 26.º/8 TCE.

Por seu turno, o alheamento dos investidores portugueses relativamente aos mecanismos específicos da arbitragem de investimentos contrasta com a importância que estes mecanismos podem assumir para a proteção destes investimentos, e que é ilustrada pelo facto de a maior condenação alguma vez proferida por um tribunal arbitral ter ocorrido precisamente numa arbitragem de investimento no setor da energia enquadrada pelo TCE.

Refiro-me à decisão arbitral final proferida em 2014 no caso *Yukos*, em que o Tribunal Permanente de Arbitragem condenou a Federação Russa a pagar aos ex-acionistas maioritários da maior empresa petrolífera “russa” mais de 50 mil milhões de dólares com fundamento na expropriação indireta das suas ações em violação do art. 13.º TCE.

III. No presente estudo, começarei por caracterizar as modalidades de arbitragem de investimentos presentes no setor da energia (I), para em seguida examinar a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional de investimentos (II) e na arbitragem quási-internacionalpública (III). Terminarei com algumas breves considerações finais (IV).

II. Modalidades de arbitragem de investimentos no setor da energia

A) Arbitragem quási-internacionalpública

Quanto se fala de arbitragem de investimentos pensa-se, em primeiro lugar, em certos mecanismos arbitrais estabelecidos por Convenções internacionais.

É este o caso das *arbitragens realizadas sob a égide do CIRDI* (ICSID em língua inglesa) — organizado pela Convenção de Washington para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (que doravante designarei Convenção CIRDI). Esta Convenção tem uma vigência quase

universal, dado o elevadíssimo número de Estados partes, entre os quais se conta Portugal, mas não Angola.

Os tribunais arbitrais regulados por esta Convenção têm *jurisdição* para conhecer dos diferendos “diretamente decorrentes de um investimento”, entre um Estado contratante (ou qualquer pessoa coletiva de Direito público ou organismo dele dependente designado pelo mesmo ao Centro) e um nacional de outro Estado Contratante, diferendo esse cuja submissão ao Centro foi consentida por escrito por ambas as partes (art. 25.º/1 da Convenção CIRDI)⁽²⁾.

Os tratados bilaterais em matéria de investimento celebrados por muitos Estados, como é o caso de Portugal, sujeitam geralmente os litígios emergentes de investimentos, exclusiva ou alternativamente, a este dispositivo arbitral. Assim, a aplicabilidade do Tratado dispensa, geralmente, a exigência de consentimento individualizado do sujeito público.

No setor da energia, como já observei, é também o caso das *arbitragens enquadradas pelo TCE*. O TCE, concluído em Lisboa no ano de 1994, tem por objetivo a criação de um enquadramento jurídico internacional para os investimentos, o comércio, o trânsito e a proteção do ambiente, ligada à eficiência energética, no domínio da energia ⁽³⁾. Em junho de 2013, eram partes neste Tratado 47 Estados, na sua maioria europeus, e a União Europeia. Portugal é um dos Estados Contratantes. Angola também não é parte neste Tratado.

Há ainda alguns Estados que assinaram o TCE, mas não o ratificaram. *O Tratado é provisoriamente aplicável a estes Esta-*

(2) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. I, 3.ª ed., Coimbra, 2014, § 10 D, com mais referências.

(3) Sobre este Tratado, bem como sobre os tratados complementares que integram o chamado Processo da Carta de Energia, ver HANS CORELL, GRAHAM COOP e LAURENT GOUIFFÈS — “Introduction to Energy Charter Treaty (ECT)”, in *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, pp. 1-47, Jurisnet, 2006; ARGHYRIOS FATOUROS — “An International Legal Framework for Energy”, *RCADI* 332 (2007) pp. 355-446, 409 e ss.; AGOSTINHO PEREIRA DE MIRANDA e MARTA REBELO — “A Resolução de Litígios no Tratado da Carta da Energia: Uma Primeira Abordagem”, in *Est. Miguel Galvão Teles*, Vol. I, pp. 669-686, Coimbra, 2012, pp. 669 e ss.

dos, na medida em que não seja incompatível com a sua constituição, leis ou regulamentos, a menos que no momento da assinatura façam uma declaração em contrário (art. 45.º). Uma declaração posterior neste sentido só tem eficácia diferida (art. 45.º/3).

Doravante designarei esta arbitragem como arbitragem TCE.

O mecanismo da arbitragem TCE é organizado pelo art. 26.º do TCE para os diferendos relativos a investimentos entre o investidor de um Estado vinculado pelo TCE, que tenha realizado um investimento no território de outro Estado vinculado pelo TCE, em que seja alegada a violação dos direitos do investidor ao abrigo da Parte do Tratado dedicada à promoção e proteção dos investimentos (III).

O investidor de um Estado vinculado pelo TCE é definido no art. 1.º/7/a TCE como a “pessoa singular com cidadania ou nacionalidade da Parte Contratante ou que aí resida permanentemente, nos termos da respetiva legislação aplicável” ou a “sociedade ou outra organização constituída nos termos da legislação aplicável nessa Parte Contratante”.

Deve atender-se também ao art. 17.º/1 TCE, segundo o qual a Parte Contratante pode não aplicar a Parte III a uma “pessoa coletiva, se cidadãos ou nacionais de um Estado terceiro forem seus proprietários ou a controlarem, e se essa pessoa coletiva não exercer atividades comerciais substanciais no território da Parte Contratante no qual está organizada”. O sentido deste preceito e, designadamente, a sua relevância para a competência do tribunal arbitral, suscitou divergências na jurisprudência da arbitragem TCE. O melhor entendimento, acolhido nas decisões *Plama v. Bulgária* (2005) e *Yukos v. Federação Russa* (decisão preliminar, 2009)⁽⁴⁾, é o de que não afeta a aplicação do art. 26.º TCE e, por conseguinte, a competência do tribunal arbitral⁽⁵⁾.

Assim, depois de expirado o prazo para uma solução amigável, *o investidor tem a faculdade de recorrer aos tribunais do Estado de acolhimento, a qualquer procedimento de resolução de*

(4) N.ºs 442-443.

(5) Ver ainda art. 26.º/7 TCE.

diferendos anteriormente acordado ou às modalidades de arbitragem previstas no n.º 4 (n.ºs 2 e 3)⁽⁶⁾.

O n.º 4 abre várias possibilidades de procedimento arbitral ao investidor.

Primeiro, o recurso à arbitragem CIRDI, se o Estado do investidor e o Estado de acolhimento do investimento forem ambas partes da Convenção CIRDI.

Segundo, a utilização do mecanismo suplementar de resolução de litígios do CIRDI (que aplica regras de arbitragem baseadas principalmente nos Regulamentos de Arbitragem da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional — doravante CNUDCI — e da Câmara de Comércio Internacional — doravante CCI) caso apenas um dos Estados referidos seja parte da Convenção CIRDI.

Terceiro, uma arbitragem *ad hoc* — i.e., um procedimento organizado para o caso concreto —, submetida ao Regulamento de Arbitragem da CNUDCI.

Por último, uma arbitragem institucionalizada realizada no âmbito do *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*.

À semelhança do que se verifica com a faculdade de recurso à arbitragem CIRDI prevista em tratados bilaterais, o consentimento do Estado de acolhimento em qualquer destes procedimentos arbitrais resulta da sua vinculação ao TCE (art. 26.º/3 e 5 TCE).

Estas arbitragens têm um estatuto internacional, no sentido em que são organizadas pelo Direito Internacional Público, embora se distingam das tradicionais arbitragens internacionais públicas porque têm por objeto litígios emergentes de relações estabelecidas com particulares (normalmente relações entre Estados ou entes públicos autónomos e particulares “nacionais” de outros Estados).

A isto acresce que na arbitragem CIRDI o Direito aplicável ao litígio não é necessariamente o Direito Internacional Público e que,

⁽⁶⁾ Os Estados indicados no anexo ID, entre os quais se conta Portugal, não dão o seu consentimento incondicional a estes procedimentos arbitrais se o investidor tiver previamente submetido o diferendo aos tribunais do Estado de acolhimento ou a um procedimento de resolução de diferendos anteriormente acordado (art. 26.º/3/b TCE).

por conseguinte, se coloca um problema de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa.

Daí que eu prefira falar, desde que estudei o assunto na minha tese sobre o *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, em arbitragem quási-internacionalpública (7).

Há outros casos de arbitragem quási-internacionalpública, mas os que acabei de referir são de longe os mais importantes no setor da energia no que toca a Portugal e aos seus investidores.

B) *Arbitragem transnacional de investimentos*

Nem todas as arbitragens de investimentos são quási-internacionalpúblicas. A mais comum *arbitragem comercial internacional* também desempenha um papel importante na resolução de controvérsias emergentes de investimentos.

Entendo por arbitragem comercial internacional aquela que, não sendo organizada por uma Convenção internacional, tem por objeto litígios que põem em jogo interesses do comércio internacional. A esta arbitragem se refere o Cap. IX da Lei da Arbitragem Voluntária (doravante LAV) portuguesa e, em sentido mais amplo, o Cap. VII da LAV angolana. Por minha parte, prefiro designá-la por *arbitragem transnacional em sentido estrito*, evitando o qualificativo “comercial”, que se presta a equívocos(8).

A arbitragem transnacional tem na maioria dos casos por objeto litígios entre empresas privadas que intervêm no comércio internacional, mas também pode dirimir litígios relativos a investimentos que surgem entre sujeitos públicos e investidores estrangeiros.

Com efeito, a tendência dominante nos principais sistemas jurídicos vai no sentido de admitir amplamente a arbitrabilidade de litígios em que são partes Estados ou outras pessoas coletivas de

(7) *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1998, 552 e ss. Para uma síntese mais recente, LIMA PINHEIRO (n. 2) § 5A e § 9D.

(8) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, pp. 33 e ss.

Direito público ⁽⁹⁾. Isto verifica-se designadamente com respeito aos contratos administrativos.

Esta tendência também se manifesta nas ordens jurídicas portuguesa e angolana. Veja-se, na ordem jurídica portuguesa, o art. 180.º/1 do Código de Processo dos Tribunais Administrativos; na ordem jurídica angolana, o art. 1.º/3 LAV e a demais legislação referida na Lei da Arbitragem Voluntária Comentada de MANUEL GONÇALVES, SOFIA VALE e LINO DIAMVUTU⁽¹⁰⁾, incluindo o art. 89.º da Lei sobre Atividades Petrolíferas (L n.º 10/04, de 12/11).

Deve também referir-se que, com base na jurisprudência arbitral, formou-se uma regra de Direito Transnacional da Arbitragem segundo a qual *um Estado ou ente público autónomo não pode invocar o seu Direito interno para se subtrair a uma convenção de arbitragem que livremente celebrou*.

Esta regra foi acolhida em algumas legislações nacionais, designadamente o art. 50.º da LAV portuguesa.

Em suma, quando uma arbitragem que não é organizada por uma Convenção internacional tem por objeto litígios emergentes de investimentos internacionais podemos falar de *arbitragem transnacional de investimentos*.

Aparte o problema da arbitrabilidade subjetiva, colocado pela intervenção na arbitragem de um sujeito público, a principal questão colocada pela arbitragem transnacional de investimentos é a de saber se a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa assume especificidade neste domínio. Eis a questão que passo a examinar.

⁽⁹⁾ Ver, em geral, BERNARD HANOTIAU — “L’arbitrabilité”, *RCADI* 296 (2002) pp. 29-253, 54 e ss., LIMA PINHEIRO (n. 8) § 8. Ver ainda, sobre a evolução histórica da arbitragem de litígios administrativos, JOSÉ ESQUÍVEL PEREIRA — *Os contratos administrativos e a arbitragem*, diss. policopiada, Lisboa, 2002, pp. 111 e ss.

⁽¹⁰⁾ Coimbra, 2013, Art. 1.º anot. 5.

III. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional de investimentos

A) *Direito Transnacional da Arbitragem*

Para decidir o litígio que lhe é submetido, o tribunal arbitral tem de recorrer a critérios de decisão⁽¹¹⁾. Que regras e princípios devem orientar os árbitros na realização desta tarefa?

Os principais sistemas nacionais deixam às partes e aos árbitros uma grande liberdade na determinação dos critérios de decisão do caso.

Acresce que, os tribunais da arbitragem transnacional não estão exclusivamente submetidos a um particular sistema nacional. Os árbitros não estão vinculados a aplicar exclusivamente o Direito de Conflitos de um determinado Estado.

Da conjugação destes fatores resulta que a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa se rege principalmente por regras e princípios próprios do *Direito Transnacional da Arbitragem*⁽¹²⁾, que se formou com base na jurisprudência arbitral e nos regulamentos dos centros de arbitragem.

Em primeiro lugar, este Direito Transnacional permite que os árbitros, quando autorizados pelas partes, *decidam o litígio exclusivamente com base na equidade*, ou combinando a equidade com determinadas regras estaduais ou não-estaduais.

A decisão exclusivamente segundo a equidade tem como único limite as regras e princípios imperativos de Direito Internacional Público, os valores e princípios fundamentais comuns aos sistemas nacionais em presença e as regras e princípios fundamentais de fonte transnacional que, no seu conjunto, formam a *ordem pública transnacional da arbitragem*.

A ordem pública transnacional da arbitragem assegura designadamente a proteção de direitos fundamentais de todos os seres

⁽¹¹⁾ Em geral, sobre este ponto, ver LUIS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Internacional Privado*, Vol. II — *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.^a ed., Coimbra, 2009, Cap. XI.

⁽¹²⁾ Este entendimento, já por mim defendido em *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 7) pp. 630 e ss., foi acolhido pelo STJ no seu ac. 11/10/2005, proc. 05A2507 [*in* <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>>].

humanos e a invalidade ou ineficácia de contratos internacionais que violem valores ético-jurídicos básicos, designadamente quando envolvam corrupção ou sejam gravemente lesivos do ambiente.

A possibilidade de uma decisão segundo a equidade também existe na arbitragem transnacional de investimentos. Caso as partes optem por uma decisão exclusivamente segundo a equidade, renunciam à aplicabilidade de regras gerais e abstratas, pelas quais possam orientar a sua conduta, a favor de uma justiça do caso concreto.

Não é uma solução que se possa recomendar genericamente em matéria de investimentos internacionais, nem especificamente no setor da energia, mas que pode constituir uma solução de recurso quando as partes não consigam chegar a acordo sobre o Direito aplicável ou quando se trate de um litígio com características muito particulares.

Na falta de autorização para decidir segundo a equidade, o tribunal arbitral tem de determinar o Direito aplicável.

Aqui intervém, em primeiro lugar, *o princípio da autonomia da vontade*, que é entendido, no quadro do Direito Transnacional da Arbitragem, como permitindo que as partes remetam, designadamente:

- para um qualquer Direito estadual;
- para o Direito Internacional Público;
- para Direito Autónomo do Comércio Internacional (ou *lex mercatoria*), formado principalmente por costumes e usos do comércio internacional e costume jurisprudencial arbitral;
- para princípios comuns aos sistemas nacionais em presença; ou
- para modelos de regulação como os Princípios do UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ Cf. a jurisprudência referida por FELIX DASSER — *Internationales Schiedsgerichte und Lex mercatoria. Rechtsvergleichender Beitrag zur Diskussion über ein nicht-staatliches Handelsrecht* (Schweizerischen Studien zum Internationales Recht, Vol. 59.),

No contexto dos litígios emergentes de contratos internacionais com sujeitos públicos, este princípio é também entendido no sentido da admissibilidade das chamadas *cláusulas de estabilização*, pelas quais as partes convencionam a aplicação do Direito estadual vigente num determinado momento, designadamente no momento da celebração do contrato⁽¹⁴⁾. Evita-se, deste modo, que o regime aplicável ao contrato possa ser modificado pelo Estado envolvido.

Diferente problema, que não tenho a possibilidade de examinar aqui, é o colocado pelas cláusulas de intangibilidade, que visam obrigar o Estado a omitir atos normativos ou individuais que modifiquem ou extingam a relação contratual.

Na *arbitragem de investimentos*, a busca de um equilíbrio entre os interesses do Estado de acolhimento do investimento e os interesses do investidor pode traduzir-se numa designação do Direito Internacional Público ou de uma combinação do Direito Internacional Público com o Direito do Estado de acolhimento.

A opção nesta matéria não é predeterminada pela falta de regras internacionais aplicáveis a muitas questões suscitadas pelos investimentos e, designadamente, aos contratos de investimento.

Com efeito, mediante a transposição das regras aplicáveis aos Tratados, bem como das regras aplicáveis à proteção dos estrangei-

Zurique, 1989, pp. 180 e ss., e, designadamente, PETER SCHLOSSER — *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.^a ed., Tubinga, 1989, pp. 532 e seg.; FILIP DE LY — *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amesterdão *et al.*, 1992, p. 290; URSULA STEIN — *Lex mercatoria, Realität und Theorie*, Francoforte-sobre-o-Meno, 1995, p. 138; e YVES DERAIS — “Transnational Law in ICC Arbitration”, in *The Practice of Transnational Law*, org. por Klaus Peter Berger, pp. 43-51, A Haia, 2001, 41. Esta orientação, já por mim defendida em *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 7) pp. 1020 e ss., foi seguida pelo STJ no seu ac. 11/10/2005, proc. 05A2507 [[in <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf>](http://www.dgsi.pt/jstj.nsf)].

⁽¹⁴⁾ São *cláusulas de estabilização* as que estabilizam o Direito aplicável, sem obrigarem o Estado a omitir atos (normativos ou individuais) que modifiquem ou extingam a relação contratual. Por exemplo, as partes submetem o contrato ao Direito do Estado contratante com o conteúdo vigente à data da celebração do contrato. As cláusulas de intangibilidade (*clauses de intangibilité, clauses of non-abrogation/clauses of non-intervention*) obrigam o Estado a omitir atos normativos ou individuais que modifiquem ou extingam a relação contratual. Sobre o valor e a eficácia destas cláusulas, ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2005, pp. 166 e ss., com mais referências.

ros ⁽¹⁵⁾, do contexto tradicional do contencioso interestadual para o domínio da arbitragem de investimentos, e do recurso aos princípios comuns aos sistemas nacionais envolvidos é sempre possível encontrar critérios de solução no quadro do Direito Internacional Público.

Por outro lado, estes critérios de solução tendem a basear-se numa valoração justa das finalidades e interesses em jogo, evitando o desequilíbrio que resultaria da exclusiva aplicação do Direito do sujeito público, sem ignorar a importância das finalidades coletivas prosseguidas pelo Estado de acolhimento do investimento. O Direito Internacional Público é claramente mais adequado para regular questões como as que se prendem com intervenções estaduais sobre a relação contratual e com a validade e eficácia das cláusulas de estabilização e intangibilidade.

Estes critérios de solução não são menos determinados nem menos previsíveis do que os aplicáveis nas arbitragens internacionais públicas, i.e., arbitragens entre Estados e/ou organizações internacionais que estão diretamente submetidas ao Direito Internacional Público.

É mais importante ter em conta se o investimento deve respeitar determinadas leis do Estado de acolhimento.

Se for este o caso, para que haja equilíbrio, a aplicabilidade do Direito do Estado de acolhimento deve ser condicionada pela sua compatibilidade com o Direito Internacional Público ou, pelo menos, pela estipulação de uma cláusula de estabilização.

Na omissão das partes, não há regras claramente estabelecidas sobre a determinação do Direito aplicável. A tendência mais representativa que se tem manifestado na jurisprudência arbitral e

(15) De entre os “princípios comuns” enumerados por PATRICK DAILLIER, MATHIAS FORTEAU e ALLAN PELLET — *Droit international public*, Paris, 2009, n.º 227, seguidos, entre nós, por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA/FAUSTO DE QUADROS — *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pp. 258 e ss., e HERMANN MOSLER — “International Legal Community”, in *EPIL*, Vol. II, 1995, C.1, é indubitável que se contam numerosos princípios gerais, regras e institutos jurídicos que podem ser transpostos para a regulação de relações “privadas” internacionais. Ver também RAINER VELTEN — *Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Berlin, 1987, pp. 59 e ss.

em regulamentos de centros de arbitragem adota o critério das regras de Direito mais apropriadas ao litígio.

Esta tendência encontrou eco em algumas legislações nacionais, entre as quais se contava a LAV portuguesa de 1986 (art. 33.º/2)⁽¹⁶⁾.

A ideia de apropriação permite uma ponderação de interesses e uma consideração do conteúdo específico das questões jurídicas a resolver⁽¹⁷⁾. Na determinação do Direito aplicável, os árbitros devem atender aos laços que a relação controvertida estabeleça com os diferentes países, mas também podem ter em consideração o conteúdo dos respetivos Direitos⁽¹⁸⁾.

Este critério parece especialmente adequado à arbitragem transnacional de investimentos, porque permite aos árbitros recorrer ao Direito Internacional Público ou a uma combinação do Direito do Estado de acolhimento do investimento com o Direito Internacional Público, em função na natureza do litígio.

⁽¹⁶⁾ Ver HENRI BATIFFOL — “La loi appropriée au contrat”, in *Études Berthold Goldman*, 1-13, Paris, 1982, e EMMANUEL GAILLARD — “Droit international privé français — Arbitrage commercial international — Sentence arbitrale — Droit applicable au fond du litige”, in *J.-cl. dr. int.*, 1996, n.º 133.

⁽¹⁷⁾ ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO — “L’arbitrage international dans la récente loi portugaise sur l’arbitrage volontaire”, in *Droit international et droit communautaire*, 55-66, Paris, 1991, pp. 64 e ss., cita, neste contexto, o art. 27.º/2 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial instituído pela Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa — Associação Comercial de Lisboa e pela Associação Comercial do Porto — Câmara de Comércio e Indústria do Porto, de 1987 (“Na falta de escolha, os árbitros aplicarão o direito mais apropriado ao litígio, tendo em conta designadamente a localização dos interesses em jogo e a natureza específica das questões jurídicas a resolver”). O preceito passou para o art. 36.º/1 do Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa, de 2008, mas foi abandonado pelo Regulamento de 2014. Em sentido convergente, JOSÉ NUNES PEREIRA — “Direito aplicável ao fundo do litígio na arbitragem comercial internacional”, *RDES* 12 (1986) 241-269, pp. 266 e ss. Para ANTÓNIO FERRER CORREIA — “O problema da lei aplicável ao fundo ou mérito da causa na arbitragem comercial internacional”, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, 231-252, Coimbra, 1988, pp. 249 e ss., a tendência para a “via direta”, que surge ao lado da conexão mais estreita, “traz ao espírito (como diz LANDO) reminiscências do método da escolha do direito aplicável ‘em função do resultado’”, sistema a que o autor imputa diversas desvantagens.

⁽¹⁸⁾ Ver BATIFFOL (n. 16); GAILLARD (n. 16) n.º 133; e PHILIPPE FOUCHARD, EMMANUEL GAILLARD e BERTHOLD GOLDMAN — *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 889 e ss.

B) *Direito de Conflitos de fonte estadual*

Os tribunais arbitrais não se regem apenas por regras e princípios autônomos. Eles devem ter em conta as diretrizes sobre a determinação do Direito aplicável dimanadas dos Estados que apresentam laços especialmente significativos com a arbitragem ou em que previsivelmente a decisão possa ter de ser executada, bem como respeitar a ordem pública transnacional.

As LAVs portuguesa e angolana permitem o acordo das partes numa *decisão exclusivamente segundo a equidade* (arts. 39.º/1 e 52.º/1 LAV portuguesa e arts. 24.º/1 43.º/4 LAV angolana).

No entanto, a LAV angolana coloca como limite à decisão segundo a equidade os princípios da ordem pública angolana (art. 24.º/3 e 34.º/1/h). Qual é a ordem pública aqui em causa, a interna ou a internacional? Na LAV angolana, a decisão segundo a equidade surge como uma alternativa à decisão segundo o Direito constituído (cf. n.ºs 1 e 2 do art. 24.º e ver também art. 43.º/4). É também este o entendimento dominante sobre a decisão exclusivamente segundo a equidade nos casos previstos no art. 4.º/b e c, CC. A esta luz, não parece fazer sentido erigir o conjunto de regras e princípios imperativos internos em limite à decisão segundo a equidade. Razão por que penso que a referência feita no art. 24.º à “ordem pública” deve ser entendida no sentido de abranger apenas os princípios fundamentais que integram a ordem pública internacional.

Os principais sistemas nacionais também tendem a admitir uma ampla liberdade das partes na determinação do Direito aplicável ao fundo da causa, permitindo assim que o princípio da autonomia privada tenha todo o alcance que lhe é atribuído pelo Direito Transnacional da Arbitragem.

O Direito português acompanha esta tendência quando permite, sem qualquer restrição, a escolha pelas partes das “regras de direito” a aplicar aos árbitros (art. 52.º/1 LAV)⁽¹⁹⁾.

(19) Cf. RUI MOURA RAMOS — “A arbitragem internacional no novo Direito português da arbitragem”, *BFUDUC* 88 (2012) pp. 583-604, 595; MARIA HELENA BRITO — “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões”, in *Est. Miguel Galvão*

Já a LAV angolana fala de “lei escolhida pelas partes” (art. 43.º/1), o que parece opor-se à escolha de Direito não-estadual. Em todo o caso, o art. 24.º/1 LAV permite o acordo das partes no julgamento segundo usos e costumes, quer internos quer internacionais, com o mesmo limite que já foi assinalado com respeito à equidade. Isto parece-me dificilmente conciliável com o papel que o Direito Internacional Público deve poder desempenhar na decisão de litígios relativos a investimentos.

Na falta de designação pelas partes, a atual LAV portuguesa, bem como, aparentemente, a LAV angolana, são mais restritivas que o Direito Transnacional da Arbitragem.

O art. 52.º/2 LAV portuguesa determina que, na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral aplica o Direito do Estado com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita. Exclui, portanto, a aplicação de Direito não-estadual, o que representa um retrocesso perante o disposto na LAV de 1986, que acompanhava a tendência de evolução do Direito da Arbitragem Transnacional, e não parece atender às necessidades do comércio internacional⁽²⁰⁾.

Por seu turno, o art. 43.º/3 LAV angolana manda aplicar o Direito resultante da aplicação da regra de conflito de leis que julgue aplicável na espécie, formulação inspirada na Lei-Modelo da CNUDCI sobre Arbitragem Comercial Internacional, que tem suscitado divergências de interpretação, mas que em todo o caso também parece excluir a referência a Direito não-estadual⁽²¹⁾.

A impossibilidade de os árbitros, na omissão das partes, aplicarem Direito não-estadual, é especialmente inconveniente na arbitragem de investimentos.

Pense-se, por exemplo, nos litígios emergentes de relações entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas de outros

Teles, vol. II, pp. 27-49, Coimbra, 2012, 43-44; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA (org.) — *Lei da Arbitragem Voluntária Comentada*, Coimbra, 2014, Art. 52.º anot. 4; e MANUEL PEREIRA BARROCAS — *Lei de Arbitragem Comentada*, Coimbra, 2013, Art. 52.º anot. 4.

⁽²⁰⁾ Ver também MARIA HELENA BRITO (n. 19) pp. 45-46.

⁽²¹⁾ Ver também art. 89.º/3 da supracit. Lei das Atividades Petrolíferas, sobre a aplicabilidade da lei angolana.

Estados que sejam sujeitos a arbitragem transnacional, como sucede frequentemente com os contratos relativos ao petróleo e ao gás. Perante o art. 52.º/2 LAV portuguesa e 43.º/3 LAV angolana o tribunal arbitral deverá, na grande maioria dos casos, aplicar o Direito do sujeito público contratante, apenas podendo atender ao Direito Internacional Público na medida em que este vigore na ordem jurídica do sujeito público contratante, o que não é, reconhecidamente, uma solução adequada e equilibrada.

Com efeito, a exclusiva aplicação do Direito do sujeito público contratante coloca o investidor estrangeiro à mercê de atos normativos ou administrativos do respetivo Estado que modifiquem ou extingam a relação contratual ou expropiem os seus bens.

A adoção de uma solução desta natureza também pode tornar menos atrativa a realização de arbitragens relativas a investimentos internacionais no território do Estado que a adota.

Uma possibilidade que tem sido por mim advogada é a de os tribunais da arbitragem transnacional aplicarem analogicamente a norma de conflitos da Convenção CIRDI quando sejam confrontados com uma controvérsia emergente de um investimento e as partes não tenham escolhido as regras de Direito relevantes. Veremos em seguida qual é o conteúdo desta norma de conflitos (III).

Neste sentido pesa a vigência quási-universal desta Convenção, que pode constituir a base para o desenvolvimento do Direito Internacional Público geral nesta matéria.

Ambas as leis, porém, mandam, em qualquer caso, ter em conta os usos do comércio (art. 52.º/3 LAV portuguesa e art. 43.º/5 LAV angolana), o que deve ser entendido no sentido de os usos do comércio terem um valor interpretativo e integrativo do contrato, autónomo relativamente à lei estadual aplicável, mas condicionado à compatibilidade com as suas regras imperativas. Este entendimento, que corresponde ao sentido da orientação dominante na jurisprudência arbitral e na doutrina estrangeira, também tem obtido acolhimento entre nós⁽²²⁾.

(22) Por minha parte, tenho vindo a defendê-lo desde o meu *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado* (n. 7) pp. 1027 e ss.

Os usos e costumes do comércio internacional são particularmente importantes em certos setores da indústria e comércio da energia, como é o caso dos contratos para a prospeção e exploração de petróleo⁽²³⁾.

IV. A determinação do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem quási-internacional pública de investimentos no setor da energia

Principiemos pela *arbitragem CIRDI*.

Estabelece o n.º 1 do art. 42.º da Convenção CIRDI que o “tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes”. Na ausência de tal acordo, o tribunal deverá aplicar “a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis”.

Este preceito não só concede às partes tanta liberdade quanto a que lhes é permitida na arbitragem transnacional, como também parece ampliá-la, admitindo designadamente a escolha de regras individualizadas — por exemplo, um determinado diploma legal⁽²⁴⁾.

Na omissão das partes, entende-se que o tribunal deve, em primeiro lugar, averiguar a solução perante o Direito do Estado contratante, mas que *o Direito Internacional Público tem uma competência condicionante e complementar relativamente ao Direito do Estado contratante*⁽²⁵⁾.

As partes podem igualmente acordar num julgamento segundo a equidade [*ex aequo et bono*] (art. 42.º/3).

Em alguns casos, em que a pretensão do investidor se fundamenta na violação de regras contidas em tratados bilaterais de

⁽²³⁾ Cf. R. BISHOP — “International Arbitration of Petroleum Disputes: the Development of a Lex Petrolea”, *Yb. Comm. Arb.* 23 (1998) pp. 1131-1210.

⁽²⁴⁾ Ver, com mais desenvolvimento e referências, LIMA PINHEIRO (n. 14) n.º 34.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

proteção do investimento, os árbitros têm admitido que a posição recíproca do Direito do Estado Contratante e dos princípios de Direito Internacional depende muito das circunstâncias do caso concreto. Estes casos têm sido decididos essencialmente com base nos tratados bilaterais e no Direito Internacional Público geral⁽²⁶⁾.

Por vezes, os tratados bilaterais contêm disposições sobre a determinação do Direito aplicável na decisão do litígio. Estas disposições devem prevalecer sobre o disposto no art. 42.º da Convenção CIRDI por se tratar de um regime especial estabelecido pelos Estados envolvidos para os investimentos realizados num deles pelos investidores de outro⁽²⁷⁾.

Já na *arbitragem TCE*, o n.º 6 do art. 26.º TCE determina que o tribunal arbitral decidirá em conformidade com o Tratado e as regras e princípios aplicáveis do Direito Internacional.

Por isso, aparentemente, o tribunal arbitral deve sempre aplicar primariamente o Direito Internacional Público à questão principal, sem que se coloque um problema de determinação do Direito aplicável em sentido tradicional (pode sempre colocar-se um problema de escolha entre diferentes fontes internacionais). Isto explica-se pela circunstância de que, como vimos anteriormente (*supra* I), a pretensão atuada pelo investidor na arbitragem se ter de fundamentar necessariamente numa violação dos direitos que lhe são outorgados pelo TCE.

O que não obsta a que se possa colocar um problema de determinação aplicável a questões prévias de Direito interno sus-

(26) Cf., designadamente, decisão sobre anulação no caso *Wena v. Egypt* (CIRDI, 2002, n.ºs 39 e ss., em que o tribunal teve em conta a vigência do tratado na ordem jurídica do Estado Contratante; decisão sobre anulação no caso *Compañia de Aguas del Aconquija v. Vivendi* (CIRDI, 2002), n.º 102, afirmando categoricamente que a pretensão fundada numa regra substantiva do tratado bilateral é regulada pela Convenção CIRDI, pelo tratado bilateral e pelo Direito Internacional aplicável; ver ainda decisão *Azurix v. Argentina* (CIRDI, 2006), n.º 67, em que o Direito do Estado Contratante só é tomado em consideração para averiguar do incumprimento do contrato de concessão; *LG&E v. Argentina* (CIRDI, 2006), n.º 99.

(27) Ver LUÍS DE LIMA PINHEIRO — “A arbitragem CIRDI e o regime dos contratos de Estado”, in *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II, pp. 283-310, Coimbra, 2009, pp. 302 e ss.

citadas pelas normas internacionais (por exemplo, em caso de expropriação, a questão de saber se o investidor é titular dos bens em causa)⁽²⁸⁾.

V. Considerações finais

Gostaria de terminar com duas notas: uma nota prática e uma nota científica.

Começando pelas considerações práticas, para países que, como Portugal e Angola, são simultaneamente países de acolhimento e de origem de investimentos internacionais, *é muito importante promover a arbitragem*, quer quási-internacionalpública, quer transnacional, *e consagrar soluções equilibradas aos interesses em jogo*.

Para o efeito, *é aconselhável que todos os países sejam partes da Convenção CIRDI, do TCE e da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*, designadamente porque tal fomenta a atração do investimento estrangeiro e contribui para a proteção das empresas nacionais que investem no estrangeiro.

Do ponto de vista científico, é de sublinhar que a arbitragem e, em especial, a arbitragem de investimentos, desafia toda a dogmatização. A admissibilidade da referência conflitual a Direito não-estadual, bem como das cláusulas de estabilização, contraria o dogmatismo tradicional. Mas mesmo quando, numa perspetiva aberta e inovadora, se procurou caracterizar a arbitragem quási-internacionalpública como um *tertium genus* relativamente à arbitragem internacionalpública e à arbitragem transnacional, incluindo entre as suas características a colocação de um problema de determinação do Direito aplicável ao mérito da causa, o TCE veio pôr isto em causa, ao prescrever a aplicação de normas

⁽²⁸⁾ Sobre as orientações que a este respeito têm sido seguidas por jurisdições internacionalpúblicas, ver LIMA PINHEIRO (n. 2) pp. 188-189 e pp. 200-201.

e princípios internacionais em termos que parecem excluir a colocação de tal problema ou, pelo menos, cingi-lo a uma escolha entre diferentes fontes internacionais.

Em suma, a arbitragem e, em especial, a arbitragem de investimentos revela-se um instituto rebelde a toda a dogmatização.