



ARBITRAGEM PETROLÍFERA: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE AS REGRAS DE DIREITO APLICÁVEIS AO MÉRITO DA CAUSA

Oil Arbitration: Some Considerations about the Rules Applicable to the Merits of the Dispute

Anabela Paula Brízido

Mestranda em Direito Internacional e Europeu

RESUMO

Este modesto trabalho tem como objeto a arbitragem petrolífera; porém, e tendo em consideração a amplitude do assunto, resolvemos cingi-lo às regras de direito aplicáveis ao mérito da causa. Para sua melhor percetibilidade julgou-se adequado fazer um sumário enquadramento da atividade petrolífera. Este esclarecimento prévio permite destacar a importância da arbitragem petrolífera no contexto da arbitragem internacional e do investimento; respetivas modalidades e instrumentos legais de fonte internacional e nacional que a contemplam. Aqui volvidos consideramos estar em condições para enunciar alguns problemas e soluções com que se depara um árbitro, na delicada e complexa tarefa, aquando da aplicação das regras de direito ao mérito da causa. Por

último, seguem-se as principais conclusões a extrair num tema controvertido. A Signatária não tem a veleidade e pretensão de fazer um tratamento exaustivo da questão em virtude da sua natureza; dificuldade dogmática e do fator tempo.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem comercial internacional; arbitragem de investimento; arbitragem petrolífera; mérito da causa.

ABSTRACT

This simple essay has as subject oil arbitration, concretely, the rules applicable to the merits of the dispute. To a better understanding it seems advisable to show, at a glance, the oil industry. These considerations allows the enhancement of the oil arbitration within its international and investment context; the existence of different kinds of arbitrations and the applicable legal frames enshrined in several international and national legal sources. In the aftermath, it seems suitable to tackle some problems and solutions dealt by the arbitrators when it comes to apply the rules to the merits of the dispute. Indeed it is a very difficult and delicate subject. At last, some conclusions will be pointed out. We are perfectly aware that factors related to the nature, difficulty of this issue and due time does not allow us to present an exhaustive treatment of the subject.

KEYWORDS

International Commercial Arbitration; Investment Arbitration; Oil Arbitration, merits of the dispute.

ÍNDICE

ÍNDICE DE FIGURAS	4
1. Introdução	6
1.1. Delimitação do objeto, metodologia e estrutura do trabalho	14
2: Breve caracterização da atividade petrolífera e das modalidades contratuais	18
2.1 Fases da atividade petrolífera	18
2.2 Os Agentes da atividade petrolífera	20
2.3 A descrição factual dos contratos petrolíferos	23
2.4 Breve nota das modalidades contratuais existentes	24
2.5 Áreas de concessão em Portugal	26
3: Da arbitragem Petrolífera	30
3.1 Noção do Direito dos Investimentos e a doutrina Calvo	30
3.2 Vantagens e desvantagens apontadas à arbitragem petrolífera	32
4. Quadro Internacional legal e institucional da arbitragem objeto deste estudo	36
4.1 Questão prévia : Significado e alcance dos árbitros não estarem sujeitos à “lex fori”	36
4.2 A Convenção de Washington e o ICSID	38
4.3 Do normativo da Convenção de Washington referente ao mérito da causa	44
5. Da Lei da Arbitragem Voluntária	49
5.1 O regime jurídico da LAV	49
5.2 Dificuldades na determinabilidade da lei aplicável	54
6: Notas Conclusivas	56

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 - Upstream, Midstream e Downstream	19
Figura 2 - IOC	20
Figura 3 - NOC	22
Figura 4 - Principais países produtores de petróleo	23
Figura 5 - Mapa de Licenças / Concessões atribuídas ou em curso	27
Figura 6 - Áreas possíveis de concessão	28

“Queremos ter certezas e não dúvidas, resultados e não experiências, mas nem mesmo percebemos que as certezas só podem surgir através das dúvidas e os resultados somente através das experiências.”

Carl Gustav Jung

Frases - <http://kdfrases.com> [acedido em 10/06/2016; 05:00]

LISTA DE ABREVIATURAS

SIGLA | ABREVIATURA

DESIGNAÇÃO

ACCA International Energy Committe of American Corporate Counsel Association

AIPN Association of International Petroleum Negotiationa

art.º. Artigo

BIT Bilateral Investment Treaties

CIRDI Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos

cit. citada

CNUDCI Comission des Nations Unies pour le droit commercial international

CRP Constituição da República Portuguesa

CV Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

DIP Direito Internacional Privado

DL Decreto-lei

DR Diário da República

EUA Estados Unidos da América

FIDIC International Federation of Consulting Engineers

FMI Fundo Monetário Internacional

ICSID International Centre for Settlement of Investment Disputes

IOC International Oil Companies
L Lei
LAV Lei da Arbitragem Voluntária
LOTJ Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais
n/ nossa
NOC National Oil Companies
NP Norma Portuguesa
ONU Organização das Nações Unidas
TCE Tratado da Carta de Energia
TIJ Tribunal Internacional de Justiça
TPJI Tribunal Permanente de Justiça Internacional
UNCITRAL United Nations Commission on International Trade Law
ROI Return on Investment

1. Introdução

O recurso à arbitragem, como meio alternativo para a resolução de litígios, tem em Portugal consagração constitucional no art.º 202/4 da CRP¹. Socorrendo-nos das palavras de (CANOTILHO, G.J.J., MOREIRA, Vital, 2014, p. 511) : “ Não obstante a função jurisdicional estar reservada a tribunais caracterizados como órgãos públicos de soberania, isso não significa a impossibilidade constitucional de **formas de composição não jurisdicional de conflitos**. A forma de solução de conflitos, através dos tribunais e mediante a decisão de um juiz continua a ser, (...), a via principal de acesso ao direito. Reconhece-se, porém, que ela só por si, já não é suficiente para garantir em tempo razoável alguns direitos e interesses das pessoas e aproximar a composição dos conflitos de uma *justiça de proximidade*.”² Todavia, e ao contrário do que sucede com os juízes

¹ Conforme resulta do Preâmbulo da CRP aquela foi aprovada pela Assembleia Constituinte reunida na sessão plenária de 2 de Abril de 1976. Por sua vez, entrou em vigor no dia 25 de abril daquele mesmo ano, conforme seu art.º 296.

² Ver, CANOTILHO, Gomes J. J., MOREIRA, Vital - "Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. II". 4ª ed. rev. e reim. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN: 978-972-32-1839-8.

que “administram a justiça em nome do povo” nos termos do art.º 202/1 da CRP, os árbitros não o fazem. Conforme referido, a este respeito, por (BARROCAS, M.P., 2013, p. 564) : “Se analisarmos a questão à face da lei portuguesa, especificamente o artigo 202º da Constituição e o artigo 1º da LOTJ³, verificamos que o árbitro não administra justiça em nome do povo, nem está sujeito ao regime legal estatutário definido neste último diploma.”⁴ Com segurança concluímos que o estatuto do árbitro é distinto do estatuto do juiz o que tem, mormente, repercussão nas regras de direito aplicável ao mérito da causa por o árbitro não estar sujeito à “*lex fori*”. Todavia, arbitragem não é sinonimo de arbitrariedade. No exercício das suas funções os árbitros estão condicionados conforme (BARROCAS, M.P., 2013, pp. 555-556) : “Pelos normativos legais ou convencionais aplicáveis e ter em atenção a ordem pública transnacional”⁵. Chegados a este ponto cumpre contextualizar a atividade petrolífera, respetivos agentes intervenientes e o seu “*outcome*” final, do qual, os contratos petrolíferos são uma das suas expressões, com referência à arbitragem. Importa notar conforme (GOUVEIA, M.F., 2014, p. 119) : “ a arbitragem pode ser definida como um modo de resolução jurisdicional de conflitos em que a decisão, com base na vontade das partes, é confiada a terceiros. A arbitragem é, assim, um meio de resolução alternativa de litígios adjudicatório, na medida em que o litígio é decidido por um ou vários terceiros. E essa decisão é vinculativa para as partes. A arbitragem aproxima-se do padrão judicial tradicional, sendo jurisdicional nos seus efeitos não só a convenção arbitral gera um direito potestativo de constituição do tribunal arbitral e a consequente falta de jurisdição de tribunais comuns, como também a decisão arbitral faz caso julgado e tem força executiva.”⁶ Por sua vez, e no que respeita às suas espécies, é de uso distinguir-se entre a arbitragem institucionalizada e a “*ad hoc*”. A primeira

³ Presentemente, consta no art.º 2º, n.º 1 da L n.º 62/2013, de 26 de agosto: “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo.” Ou seja, na Lei da Organização do Sistema Judiciário que, por sua vez, foi objeto de regulamentação pelo D/L n.º 49/2014, de 27 de março.

⁴ Ver, BARROCAS, Manuel Pereira - “Manual de arbitragem : LAV de 2011 ”. 2ª ed. rev. e at. Coimbra Almedina, 2013. ISBN: 978-972-40-5299-1.

⁵ Idem.

⁶ GOUVEIA, Mariana França - “Curso de resolução alternativa de litígios”. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5570-1.

conforme (GOUVEIA, M.F., 2014, p. 123) : “ Realiza-se numa instituição arbitral (centro, câmara) com caráter de permanência, sujeita a um regulamento próprio. Já na segunda modalidade, o tribunal é constituído específica e unicamente para um determinado litígio. Antes da execução da convenção de arbitragem o tribunal não existe e após o proferimento da decisão arbitral extingue-se”.⁷ Definida a arbitragem e respetivas espécies cumpre esclarecer que a possibilidade de ver os litígios resolvidos pelo recurso à arbitragem pode ser contemplada em diferentes instrumentos jurídicos. É de uso mencionar, na área do investimento, a legislação nacional; os Bilateral Investment Treaties (BIT), as Convenções Internacionais Multilaterais e os designados “*State Contracts* ou *Contrat d’Etat*”. E, nesse contexto, fala-se em arbitragem de investimento. Convém desde já esclarecer que o termo “*investimento*” não é unívoco. Por isso, aqui chegados, importa tentar clarificar o que se entende por arbitragem de investimento e para tanto adere-se a (PINHEIRO, L.d.L., 2015, Ano 75, p. 18) : “A arbitragem entre Estados ou entes públicos autónomos e empresas “estrangeiras” com afetação de meios produtivos a uma atividade económica no território do Estado de acolhimento.”⁸ A noção apresentada reflete as preocupações subjacentes ao Investimento no setor da energia e, consequentemente, da atividade petrolífera. Com efeito, os recursos naturais e as suas reservas são da propriedade dos designados “Estados de acolhimento”. Só assim não sucede nos E.U.A em que são da propriedade dos particulares. Esses Estados, na generalidade dos casos por estarem em vias de desenvolvimento e não disporem dos avultados recursos humanos e financeiros para desenvolver a referida atividade, visam atrair o tão necessário investimento estrangeiro para esse efeito. Por sua vez, os Investidores visam salvaguardar-se dos riscos sociais e políticos que possam decorrer durante a longa vigência contratual que caracteriza a referida atividade. Por outro lado, os Estados Investidores visam suprir, com a respetiva aquisição daqueles recursos, importantes necessidades. Existe assim, um interesse que os seus agentes económicos a

⁷ Idem.

⁸ PINHEIRO, Luís de Lima - “Introdução à arbitragem de investimento no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas”. *ROA*. (2015, Ano 75). p. 17-38. ISSN: 0870-8118.

possam desenvolver com estabilidade, segurança e vejam acautelados os seus interesses, mormente, relacionados com o ROI. Neste contexto, surgem as Convenções Internacionais Multilaterais e os BIT que têm como Contraentes os Estados (ou entidades públicas com poderes de representação). Em virtude da maior dificuldade na obtenção de acordos entre vários Estados (caso das Convenções Internacionais Multilaterais) têm vindo a proliferar os BIT por terem como Contraentes apenas, dois Estados. Conforme (VICENTE, D.M., 2014, Ano 74, p. 698) " Tipicamente, os BIT's compreendem duas partes. Na primeira, contém-se um certo número de regras substantivas de proteção dos investimentos estrangeiros, entre as quais avultam: a) a proibição de expropriações e nacionalizações sem indemnização adequada; b) o direito a um tratamento justo e equitativo; c) a proibição de matérias arbitrárias ou discriminatórias; d) a livre transferência de fundos relacionados com os investimentos; e) a cláusula da nação mais favorecida. Na segunda, os Estados Contratantes dão o seu consentimento à resolução pela via arbitral de quaisquer litígios futuros relativos a investimentos realizados no seu território por nacionais do outro Estado Contratante, contando que se tenham revelado infrutíferas as negociações empreendidas nesse sentido durante um certo lapso de tempo (cooling off period)."⁹ Apesar da maior dificuldade na obtenção de consenso em Convenções Internacionais Multilaterais importa destacar, pela sua importância, a Convenção de Washington que cria o ICSID | CIRDI e que iremos abordar em fase mais adiantada. Como bem reflete a este propósito (DUARTE, T., 2011, Tomo LX, pp. 293-294) : "Na verdade, se a desconfiança do sistema judicial existe mesmo em países desenvolvidos, a situação agrava-se em países em vias de desenvolvimento, sobretudo quando uma das partes é o Estado e o Governo, sendo oportuno refletir sobre se não deveria existir um centro de resolução de litígios globalizados e internacionais que fosse – também ele – globalizado e internacional e que dirimisse litígios entre investidores e Estados (Estado que um dia celebram contratos e que noutro dia os rasgam, que num dia querem atrair negócios e que noutro dia nacionalizam, expulsando os respetivos investidores

⁹ VICENTE, Dário Moura - "Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspetiva europeia : desenvolvimentos recentes". ROA. (2014, Ano 74). p. 695-721. ISSN: 0870-8118.

estrangeiros). Mas mais importante do que tudo isto é dizer que esse Centro já existe.”¹⁰ Do artigo 25º/1 da Convenção de Washington alcança-se conforme (DUARTE, T., 2010, p. 548) “que, para se iniciar uma arbitragem ICSID é necessário que haja (i) um litígio com contornos jurídicos, (ii) que tenha diretamente na base um investimento realizado por um nacional de um Estado Contratante, (iii) que esse litígio oponha um investidor de um Estado Contratante a um Estado (ou outra entidade pública) de outro Estado Contratante, sendo ainda necessário que (iv) ambas as partes tenham dado o seu consentimento por escrito a que o litígio seja dirimido com recurso à arbitragem ICSID.”¹¹ A Convenção aponta assim um critério objetivo, pois o litígio tem de ter como objeto um investimento estrangeiro. E um critério subjetivo, porquanto as partes serem por um lado, um Investidor de um Estado que tenha aderido à Convenção de Washington e, por outro lado, um Estado que aderiu à referida Convenção. É, assim, dada a possibilidade a um Investidor, o que equivale a dizer, a um particular de um Estado Contratante poder demandar arbitralmente outro Estado Contratante desde que verificados os requisitos cumulativos supra elencados. Em virtude do número considerável de Estados que aderiram à Convenção e do consentimento escrito na submissão dos litígios junto ao ICSID decerto, que a jurisprudência aí prolatada não pode ser indiferente à atividade petrolífera. Por sua vez, outro instrumento de sua não menos importância são os “*State Contracts ou Contrat d’Etat*”. Estes contratos, numa noção estrita, caracterizam-se conforme (VICENTE, D.M., 2006, p. 294) por serem: “contratos celebrados pelo Estado, ou por outros entes públicos em representação dele, com particulares estrangeiros, visando designadamente a realização em território nacional de investimentos estrangeiros (tendo geralmente como contrapartida a outorga pelo Estado de benefícios fiscais ou outros incentivos financeiros), a obtenção pelo Estado de empréstimos destinados a financiar empreendimentos públicos ou **a concessão da exploração de bens essenciais do domínio público**. Não

¹⁰ DUARTE, Tiago - "As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de proteção de investimentos". Scientia Iuridica. n.º 328 (2011, Tomo LX). p. 293-301. ISSN: 0870-8185.

¹¹ DUARTE, Tiago - "O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID)", Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, . Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. IV. (2010). p. 545-568. ISSN: 0870-3116.

são contratos administrativos comuns, dada, por um lado, a essencialidade da sua componente internacional e, por outro, a sua estreita ligação ao desenvolvimento da economia nacional. Mas também não se reconduzem a meros contratos de Direito Privado celebrados pela Administração Pública porque neles o Estado não prescinde das suas prerrogativas de soberania e, portanto não se coloca em posição de paridade com o seu co-contratante. (o relevo e sublinhado são da n/autoria)”¹² Mais uma vez, ressalta aqui o facto de o Estado de acolhimento não pretender abdicar dos seus poderes soberanos e, por outro lado, o Investidor visar acautelar-se das alterações legislativas, administrativas e mudanças nas conjunturas sociais que lhe possam ser adversas sendo, por isso usual, serem-lhe inseridas cláusulas de estabilização e de intangibilidade. Por sua vez, e não obstante da delimitação do conceito, facto é que ainda assim, nele se podem subsumir várias modalidades contratuais. A natureza jurídica destes contratos e o direito a aplicar-lhes tem sido controvertida. Desde já cumpre destacar o tratamento jurídico distinto de que são objeto nas diferentes famílias de direito. Dito por outras palavras, se em sistemas jurídicos da “civil law” é frequente serem reconduzidos à modalidade do contrato administrativo ou contratos da Administração Pública já em sistemas da “common law” a retro referida figura é desconhecida. Assim conforme (PEREIRA, A.G., QUADROS, Fausto de, 2015, p. 177) : “Dentro desta variada panóplia de acordos aqueles que se têm revestido de maior importância são, sem dúvida, os chamados contratos de investimento. (...) Por sua vez, pelo seu conteúdo, os contratos em questão podem apresentar-se ou como contratos de Direito Privado (civis ou comerciais) ou como de Direito Público (designadamente, contratos administrativos). Nos sistemas administrativos de tipo francês eles consistem, em regra, em contratos administrativos. É o que, em princípio, acontecerá também com os contratos concluídos pelo Estado português com pessoas privadas estrangeiras”¹³. Em trecho mais avançado e, por ser um tema com bastante atualidade, sumariamente iremos demonstrar que a

¹² VICENTE, Dário Moura - “Direito aplicável aos contratos públicos internacionais”, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 1º. (2006). p. 289-311.

¹³ PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de - Manual de Direito Internacional Público. 3ª ed. rev. e aumentada; 11ª reim. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 978-972-40-0868-4.

modalidade contratual usada, pelo menos nos casos de que temos conhecimento, pelo Estado Português e a entidade privada tem sido o da **concessão**. No que tange à questão que consiste em saber qual o direito aplicável a estes contratos encontramos duas doutrinas em confronto. Uma que refuta estes contratos poderem ser havidos como tratados, e por essa decorrência, não lhes ser aplicável o Direito Internacional Público. Conforme (PEREIRA, A.G., QUADROS, Fausto de, 2015, pp. 178-180) “Esta posição fundamentava-se na “imunidade do Estado” (“State immunity”) ou “imunidade da soberania” do Estado (“sovereign immunity”), segundo a qual um Estado só está sujeito ao seu Direito e só pode ser julgado pelos seus tribunais nacionais. Esta tese foi aceite pela jurisprudência internacional no caso dos empréstimos sérvios e brasileiros, julgado pelo TPJI em 1929, e, ainda que de modo mais subtil, no caso Anglo-Iranian, decidido pelo TIJ em 1952. Mas cedo a tese em apreço, *da nacionalização dos acordos*, entraria em crise. Primeiro foi a própria concepção da imunidade do Estado que começou a ser posta em causa; depois, foram muitas empresas europeias e americanas que passaram a não ter confiança quer nas garantias reconhecidas pelos sistemas jurídicos de muitos novos Estados saídos da descolonização posterior à 2ª Grande Guerra, quer na independência dos seus tribunais. Nasceu dessa forma um movimento de *internacionalização* daqueles contratos, ou seja, uma orientação visando a sua sujeição a um “Direito Internacional dos Contratos Internacionais”. Tudo começou com várias sentenças arbitrais que aceitaram que certos contratos entre Estados e pessoas privadas estrangeiras se tinham “internacionalizado” em função do seu conteúdo e das suas características próprias, o que os colocava sob o império do Direito Internacional e já não do Direito nacional do Estado contratantes. Entre essas sentenças arbitrais destacam-se as proferidas na sequência das nacionalizações líbias no setor petrolífero. A seguir, foram as Nações Unidas a acolher a mesma orientação. A Resolução n.º 1803, aprovada por unanimidade pela Assembleia Geral, em 14 de dezembro de 1962 sobre a “soberania permanente sobre os recursos naturais” coloca em pé de igualdade os tratados entre Estados e os acordos celebrados entre Estados e pessoas privadas estrangeiras. No

mesmo sentido se orientaram as várias Resoluções de 1974 relativas à “Nova Ordem Económica Internacional”. Depois, ainda, a própria CV¹⁴, se no artigo 2º, n.º 1, al. a), não considerava tratados, para o efeito daquela Convenção, aqueles acordos expressamente ressalvava logo a seguir, no seu artigo 3º, que os acordos entre Estados e outros sujeitos de Direito Internacional (dentro dos quais se tinham de incluir os contratos em apreço sempre que se pudesse afirmar a personalidade jurídica dos contraentes privados) não viam, por esse facto, afectado o seu “valor jurídico” nem ficava prejudicada a aplicação àqueles acordos das regras contidas na mesma CV.”¹⁵ Todavia, e como refere o autor para a referida internacionalização contribuiu, em muito, a Convenção de Washington. No entanto, será o descrito suficiente para elevar aqueles contratos à categoria de tratados internacionais? Uma resposta em sentido afirmativo implica considerar os respetivos Contraentes como Sujeitos de direito internacional público e, por sua vez, aqueles contratos serem regidos por aquele direito. Importa neste contexto notar, como o faz a doutrina, o Instituto de Direito Internacional, concretamente, na sua Sessão de Atenas ocorrida em 1979. Intitulada por “La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère” no seu art.º 1 dispõe: “*Les contrats entre un Etat et une personne privée étrangère sont soumis aux règles de droit choisies par les parties ou, à défaut d'un tel choix, aux règles de droit avec lesquelles le contrat comporte le rattachement le plus étroit.*”¹⁶ Em que se atende, primeiramente, à vontade das partes e se nada preverem hão-de ser verificadas **as regras de direito** com as quais o contrato apresenta uma conexão mais estreita. É assim, preconizada uma solução eminentemente de Direito Internacional Privado através do recurso ao método conflitual. Perante toda

¹⁴ Os autores referem-se à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados concluída em 23/05/1969 sob a égide da ONU. Entrou em vigor na comunidade internacional em 27/01/1980. No que respeita a Portugal foi aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003; ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 46/2003 e publicada no Diário da República I-A; n.º 181, de 07/08/2003. O instrumento de ratificação foi depositado em 6/2/2004 e, entrou em vigor em Portugal, em 07/03/2004. Todos estes dados foram colhidos em <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1588> [acedido em 01/10/2016 : 12:06].

¹⁵ Idem.

¹⁶ Informação retirada de http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1979_ath_01_fr.PDF; [acedido em 01/10/2016 : 13:18].

esta panóplia de soluções possíveis não nos compete, neste tão modesto trabalho, apresentar uma solução. No entanto, estamos em crer que os regimes jurídicos constantes nos diferentes textos legais poderão, pelo menos, ajudar a clarificar o equacionado.

1.1. Delimitação do objeto, metodologia e estrutura do trabalho

Face a todo o exposto evidencia-se uma relação “plurilocalizada” na qual a arbitragem é “desafiada” para resolver, entre outros problemas, a determinabilidade das regras de direito aplicáveis ao mérito da causa. No dizer sugestivo de (PINHEIRO, L.d.L., 2004, pp. 12-13) e no âmbito da arbitragem transnacional : “Quando o objeto do litígio ou a própria arbitragem apresentam laços juridicamente relevantes com mais de um Estado”¹⁷. Conforme o mesmo autor e na mesma obra a p. 11: “A arbitragem transnacional (frequentemente designada por “arbitragem comercial internacional”) constitui o modo normal resolução de diferendos no comércio internacional, ante o qual o recurso aos tribunais estaduais se apresenta como um meio secundário e subsidiário.”¹⁸ Não obstante destas considerações serem despendidas por referência à LAV¹⁹ veremos, em fase mais adiantada, que têm, com maior ou menor extensão, acuidade para as arbitragens de investimento. Com efeito, e numa abordagem mais simplificada, temos, no mínimo, por um lado um **Investidor estrangeiro** e, por outro lado, o Estado de acolhimento que recebe o investimento por ele realizado. Apesar de uma das especificidades estar na qualidade do Sujeito ser um Estado soberano tal, não retira os elementos de estraneidade

¹⁷ PINHEIRO, Luís de Lima - “Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional”. Coimbra : Almedina: Coord. PINHEIRO, Luís de Lima, 2004. p. 11-61 - Estudos de direito comercial internacional - Vol. 1 ISBN: 972-40-2148-3.

¹⁸ Idem.

¹⁹ Para melhor perceetibilidade do exposto cumpre referir que a LAV foi aprovada pela L 63/2011 de 14 de dezembro, e entrou em vigor em 15 de março de 2012. Por sua vez, a LAV cura das questões relacionadas com a arbitragem comercial internacional no seu capítulo IX. Trata-se assim, de um texto legal de fonte interna cujo âmbito da respetiva aplicabilidade terá de ser aferida em relação com outros textos de fontes nacionais e internacionais.

subjacente à relação “sub judice”. Merecem por essa decorrência e pela clareza de raciocínio eco as considerações despendidas no âmbito do comércio internacional por (BRITO, M.H., 2004, p. 150) : “Concluir-se-á que não existe uma noção unívoca de contrato internacional, suscetível de se adaptar a todos os tipos contratuais e de traduzir a complexidade do conteúdo de certos contratos internacionais. (...) Não podem certamente considerar-se relações internacionais as que não suscitam qualquer problema de conflitos de leis e que por essa razão ficam fora do âmbito de atuação das regras destinadas a solucionar tais conflitos – as regras de direito internacional privado. Perante o exposto, adotar-se-á uma fórmula ampla, de base essencialmente jurídica, que contenha a referência à eventual necessidade de desencadear o funcionamento das regras de direito internacional privado. É internacional (é plurilocalizada), neste sentido, a relação que, por alguns dos seus elementos ou por algumas das suas circunstâncias, se encontra em contacto com mais de uma ordem jurídica e que, por isso mesmo, se desenvolve dentro do âmbito de eficácia possível de várias ordens jurídicas.”²⁰ Posto isto, o nosso enfoque irá primordialmente incidir sobre as relações ditas internacionais e as características específicas inerentes à arbitragem de investimento. Iremos verificar que o salutar e desejável equilíbrio entre os interesses do Estado de acolhimento e o dos Investidores estão subjacentes à arbitragem petrolífera que, usualmente, é reconduzida ao conceito de arbitragem de investimento. Eles constituem o fio condutor para as soluções a alcançar em sede da resolução dos litígios resultantes dos contratos petrolíferos celebrados entre aquelas entidades. Não podem ser descurados os importantes desafios resultantes do fenómeno da globalização e nunca, em nosso modesto entendimento, a perceptibilidade deste fenómeno se suscitou com tanta acuidade, como nos dias de hoje. Afinal, qual o significado e o alcance da globalização? Por outras palavras, o que é ser global, ou “viver num mundo global”? Será suficiente atender, apenas, à vertente económica da globalização conforme, por exemplo, a preconizada pelo FMI? Dela resulta que : “A globalização se reporta a uma integração crescente das economias mundiais, particularmente, através da livre circulação de bens, serviços e de capitais além-

²⁰ BRITO, Maria Helena - "Direito do comércio internacional". Coimbra: Coimbra, 2004. ISBN: 9789724021706.

fronteiras”.²¹ Ou, pelo contrário, será uma realidade bem mais abrangente ao ponto de ter introduzido alterações significativas nos papéis desempenhados pelos Estados e pelos próprios particulares o que, de resto, está inerente à problematização já despendida em matéria dos “*State Contracts*”. E por sua vez, ter chamado a si novos atores com diferentes funções e por vezes até, conflituantes com os poderes estaduais. Não poderiam colher maior eco o pensamento de (PIRES, R.C., 2011, p. 41) : “Globalização associa-se a heterogeneidade; pluralismo; democracia; liberalismo/neoliberalismo; tecnologia; inovação; conhecimento; interdependência; mobilidade e globalidade.”²² Mais adiante a mesma autora a p. 46 explica: “ De todo este processo de caracterização que vem sendo feito, resultam importantes transformações para o Estado e para o Direito. A globalização apresenta um profundo impacto na forma como o poder se (re) organiza. Com a globalização chega uma difusão da autoridade, identificada com uma partilha de poder” e em trecho subsequente a p.48: “A par do Mercado, um novo pólo de poder é desenvolvido. O poder global é desafiado agora, também pela sociedade civil e pelas suas novas formas de organização, naquilo que reflete o apelidado por ANTHONY GIDDENS de democratização da sociedade.”²³ Por último, na p. 51 :“Hoje, cabe ao Estado um papel, um tanto ou quanto difícil, de gerir as conflitualidades inerentes às múltiplas vontades dos agentes sócio-económicos, bem como de paternalmente cuidar das dificuldades e suprir as necessidades incapazes de serem satisfeitas com a intervenção privada. O Estado é encarado hoje como um pai desnecessário quando a vontade e a capacidade da sociedade são suficientes para agir e dirigir, mas chamado a auxiliar em todos os outros momentos de insatisfação, ineficácia e ineficiência da prole.”²⁴ Na arbitragem petrolífera verificam-se com peculiar acuidade a redefinição e reorganização dos poderes estaduais. A necessidade de estar presente em vários níveis; conviver com diferentes culturas e sistemas jurídicos. Ou, países com elevada instabilidade / debilidade política por se

²¹ Conforme, <https://globalisms.wordpress.com/imfs-definition/> [acedido em 10/06/2016; 06h10].

²² PIRES, Rita Calçada - “Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio eletrónico: Desvendar mitos e realidades”. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-4402-6.

²³ Idem.

²⁴ Ibidem.

encontrarem, nomeadamente, em período de justiça de transição²⁵. E ainda, o peso das próprias IOC e sua independência perante os governos estaduais. No dizer sugestivo de (MACHADO, J.E.M., 2013, p. 684) :” A arbitragem constitui um importante mecanismo de jurisdição internacional. No presente momento, a mesma constitui um instrumento de acesso à jurisdição internacional por parte daqueles sujeitos de direito internacional desprovidos de legitimidade processual ativa para interpirem ações perante tribunais internacionais. Na verdade, a arbitragem é frequentemente utilizada, no âmbito do direito internacional, para resolver controvérsias envolvendo Estados e empresas privadas ou só empresas privadas. Muitos Estados, incluindo Portugal, têm legislação facilitando o recurso à arbitragem, tanto no plano interno, como no plano internacional.”²⁶ Posto isto, importa finalmente explicar a metodologia e a estrutura seguida. Conforme ensinamento colhido nas aulas é difícil ter a real perceção do tema que nos propusemos a abordar sem a devida contextualização da atividade petrolífera. Por sua vez, considerando a pluralidade de textos legais existentes resolvemos cingir-nos à Convenção de Washington, de que Portugal faz parte, e à LAV. Este diploma de fonte interna conforme artigo 49º, “põe em jogo interesses de comércio internacional”. A metodologia passará decerto pela apreciação da “case law” julgada ajustada e dos competentes textos legais. No entanto, não serão abordadas as cláusulas de estabilidade e intangibilidade usualmente inseridas nos contratos de investimento. A nossa principal preocupação foi achar um fio condutor, para uma realidade tão eclética e complexa, que permitisse apreender as principais questões subjacentes ao objeto do nosso tema. O recurso aos conhecimentos transmitidos nas cadeiras de petróleo e gás; comércio internacional;

²⁵ Justiça de transição ou “Transitional Justice” consiste : “Num conjunto de medidas judiciais e não judiciais que foram implementadas em diferentes países com vista a reparar os legados resultantes de graves violações de direitos humanos. Estas medidas incluem ações penais, comissões de verdade, programas de reparação e outras reformas institucionais” ver <https://www.ictj.org/about/transitional-justice> [acedido em 10/06/2016, 11h00].

²⁶ Conforme, MACHADO, Jónatas E. M. - Direito Internacional : do paradigma clássico ao pós-11 de setembro. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN: 978-972-32-2181-7.

arbitragem comercial internacional, fiscal internacional são elucidativos do desafio abraçado. Cingi-lo foi, por isso, uma tarefa complexa e hercúlia. Essa é a razão pela qual o presente trabalho é dividido por cinco títulos e conforme doravante se designam:

- 1: Breve caracterização da atividade petrolífera e das modalidades contratuais;
- 2: Da Arbitragem Petrolífera;
- 3: Quadro Internacional legal e institucional da arbitragem objeto deste estudo;
- 4: Da Lei da Arbitragem Voluntária;
- 5: Notas Conclusivas.

2: Breve caracterização da atividade petrolífera e das modalidades contratuais

2.1 Fases da atividade petrolífera

Neste contexto é crucial questionar; o que é o petróleo? Socorrendo-nos das explicações dadas por (GOMES, J.S., ALVES, Fernando Barata, 2014) : “ Em sentido lato, podemos considerar que termo **petróleo** abrange todas as ocorrências ou concentrações naturais de hidrocarbonetos qualquer que seja o estado físico em que se encontrem. Em sentido mais restrito, refletindo já um certo sentido comercial, o termo é mais usado para refletir hidrocarbonetos que ocorrem exclusivamente no estado líquido, constituindo o produto designado o **petróleo bruto** ou “*crude oil*.” ²⁷ É uma indústria que envolve bilhões e no decurso de toda a atividade petrolífera distinguem-se três fases que, por sua vez, constituem três segmentos de mercados diferentes:

- a) No “*upstream*”: “A referida categoria reporta-se à atividade petrolífera desenvolvida no segmento da exploração e produção. Neste setor operam indústrias que ativamente procuram, no subsolo terrestre e marítimo, recursos petrolíferos e de gás natural. Os equipamentos utilizados são muito sofisticados. Com efeito, as operações técnicas de perfuração trarão o recurso à superfície. A atividade

²⁷ GOMES, Jorge Salgado, ALVES, Fernando Barata - “O universo da indústria petrolífera : da pesquisa à refinação”. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN: 978-972-31-1398-3.

petrolífera referente ao “*upstream*” é muito apelativa para o investimento. Por isso, verificam-se muitas fusões, aquisições e alienações societárias atraindo, assim, investidores e financiadores de todo o mundo.”

- b) No “*midstream*”: “Temos a segunda fase do mercado da atividade petrolífera. Reporta-se ao transporte dos produtos petrolíferos, usualmente, através de “*pipelines*”; navios petroleiros; transporte de pesados ou pela via ferroviária. O destino final são as refinarias que iniciarão o processo de “*downstream*”. Neste segmento de mercado também se incluem todas as operações necessárias para o correto armazenamento do produto e respetiva comercialização. Por ser uma fase intermédia pode conter elementos do “*upstream*” e do “*downstream*”.
- c) E no “*downstream*”: “Encontramo-nos na fase final do processo que abrange todo o processamento de refinação e purificação do petróleo bruto. Inclui, ainda, todas as operações necessárias para chegar junto ao consumidor final.”²⁸

Com vista à simplificação do descrito apresentamos a seguinte imagem que confirma o referido:²⁹



Figura 1 - Upstream, Midstream e Downstream

²⁸ Todas estas três noções foram retiradas de : http://www.petro-online.com/news/fuel-for-thought/13/breaking_news/upstream_midstream_and_downstream_understanding_the_three_petroleum_markets/32165/ [acedido em 12/06/2016; 05:00].

²⁹ Imagem retirada de: <https://www.google.pt/search?q=upstream+midstream+and+downstream&espv=2&biw=1366&bih=643&source=lnms&tbn=isch&sa=X&ved=0ahUKEwOs7L-> [acedido em 12/06/2016; 05:22].

2.2 Os Agentes da atividade petrolífera

O mercado da atividade petrolífera é complexo e nele atuam diferentes agentes que importam ser referidos. Em primeiro lugar, cumpre destacar as grandes multinacionais também designadas por IOC. Conforme esclarece (GOMES, J.S., ALVES, Fernando Barata, 2014, pp. 517-518) : “ São companhias que, para além de terem projetos em todo o Mundo, **cobrem todas as áreas do negócio**. Este aspeto é fundamental para as multinacionais, dado permitir-lhes desenvolver estruturas globais que evitam a dependência face a quaisquer entidades, sejam estas companhias, Governos ou mercados. (...) Para além desta capacidade global, possuem também o acesso a tecnologias de ponta, tanto próprias como através de entidades de investigação associadas (o negrito é da nossa autoria).”³⁰ Nem todas as empresas são consideradas IOC e a título meramente exemplificativo apresentamos as, consideradas, seis mais expressivas:

IOC	Localização
ExxonMobil	Texas – EUA
Royal Dutch Shell	Haia – Holanda
BP/AMOCO	Londres – Reino Unido
TOTAL SA	Paris – França
Chevron	Califórnia – EUA
ConocoPhillips	Texas-EUA
Fonte: http://www.petroleum.co.uk/petroleum-industry [acedido em 12/06/2016; 05:40].	

Figura 2 - IOC

Para além das IOC existem os produtores independentes, conforme (GOMES, J.S., ALVES, Fernando Barata, 2014, p. 520) :“empresas privadas que se dedicam apenas a certas áreas do negócio do petróleo e gás, variando muitíssimo na forma como atuam.”³¹

³⁰ Ver, “O universo da indústria petrolífera: da pesquisa à refinação”; obra já cit..

³¹ Idem.

E ainda as empresas governamentais também conhecidas por NOC. Estas também podem assumir diferentes configurações assim, (GOMES, J.S., ALVES, Fernando Barata, 2014, pp. 521 - 524) : “No que diz respeito às companhias nacionais, (...) podemos encontrar casos de companhias nacionais totalmente dependentes do Governo, ou o caso de uma companhia nacional em que o Governo detém uma participação acionista, como é o exemplo português. Nas companhias nacionais há a tendência para cobrir todas as áreas do negócio. A ênfase da atividade de uma companhia nacional centra-se especialmente na gestão das reservas de petróleo e de gás, embora a refinação e a distribuição ocupem normalmente posições fortes, sendo afinal as áreas que servem de base à estratégia petrolífera de um país, desde a produção até ao escoamento dos produtos refinados. (...) A produção, que cada vez mais exige o acesso permanente a tecnologias de ponta orientadas para maximizar a recuperação das reservas, é uma área em que as empresas internacionais representam um valor acrescentado. Na realidade, não possuindo os países, na maior parte dos casos, as capacidades integradas para executar de forma eficiente planos complexos de desenvolvimento petrolífero, estabelecem contratos com companhias internacionais com bom domínio das tecnologias envolvidas, deixando à companhia nacional uma participação acionista que permita o envolvimento do Estado e a consequente ação fiscalizadora. É assim possível para os Governos, através das suas companhias nacionais, assegurar a gestão e a propriedade das reservas, sem prescindir do acesso às melhores tecnologias que garantam a maximização das reservas e a otimização do investimento e da produção. Há um aspeto fundamental a referir sobre reservas petrolíferas, que é o de os países serem normalmente, e cada vez mais, os proprietários destas.”³² Com frequência são ainda constituídas organizações governamentais que fazem o acompanhamento e fiscalização dos respetivos projetos de investimento no terreno. Por semelhança do que se fez com as IOC apresenta-se um quadro das dez NOC detentoras das maiores reservas de petróleo. A indústria petrolífera também envolve riscos consideráveis, entre eles, os ambientais; segurança e saúde para os trabalhadores e populações. É dotada de normas técnicas

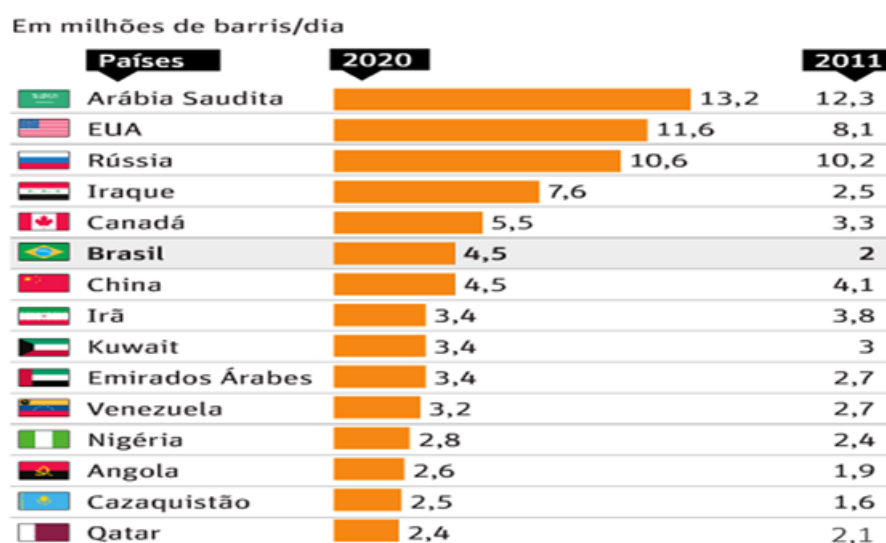
³² Ibidem.

específicas que são objeto de auditorias constantes mediante a implementação de adequados sistemas de gestão do risco.

Nome	Localização
Saudi Armaco	Arábia Saudita – Médio Oriente
National Iranian Oil Company	Irão – Médio Oriente
Quatar Petroleum	Catar – Médio Oriente
Iraq National Oil Company	Iraque – Médio Oriente
Petroleos de Venezuela	Venezuela – América do Sul
Abu Dhabi National Oil Company	Abu Dhabi – Médio Oriente
Kuwait Petroleum Corporation	Kuwait – Médio Oriente
Nigerian National Petroleum Corporation	Nigéria – Africa
Libya NOC	Líbia – Africa
Sonatrach	Algéria – Africa
Fonte: http://www.petroleum.co.uk/petroleum-industry [acedido em 12/06/2016; 05:50].	

Figura 3 - NOC

No referente aos principais países produtores de petróleo apresentamos imagem infra³³:



Fonte: "Oil: The Next Revolution", de Leonardo Maugeri

Figura 4 - Principais países produtores de petróleo

2.3 A descrição factual dos contratos petrolíferos

Feita, em traços muito genéricos, a resenha da atividade petrolífera importa explicar a que setor de atividade reconduzimos os contratos petrolíferos objeto deste estudo. Conforme descrição factual apresentada por (GALA, F.B.e., 2009, 141, IV, p. 1007) : "Assim, para a presente análise, bastar-nos-á a seguinte factualidade, que apresentaremos a título de definição, embora em rigor, não passe de uma mera descrição do fenómeno: o PSC (Producing Sharing Contract) é um contrato pelo qual um PD (Países detentores de recursos naturais) e uma (ou várias coligadas) IOGC (Major international oil and gas companies) participam na exploração e extração de petróleo, num esquema de repartição de encargos típico, a saber: o PD concede o direito de

³³ Imagem retirada de : <https://www.google.pt/search?q=countries+that+produces+oil&biw> [acedido em 12/06/2016; 06:10].

exploração exclusivo de determinada zona do seu território (contract área); por seu lado, a IOGC assume o risco geológico, financeiro e operacional na fase de prospeção, sendo que caso chegue a uma descoberta comercial irá recuperar os custos através da produção (ou seja, crude oil e não o dinheiro da venda), para posteriormente a mesma ser repartida de acordo com o percentual predeterminado. Por fim, a parte da produção correspondente à IOGC é ainda sujeita a tributação e os equipamentos e instalações, no final do contrato, reverterão para o PD.”³⁴ Assim feita a descrição conclui-se que os contratos “ditos petrolíferos” reportam-se essencialmente ao “Upstream”. No entendimento deste mesmo autor e na mesma obra, concretamente pp. 1009 a 1013 existem cinco premissas ocultas na análise negocial de um PSC : a) Elevado Risco; b) Fase da avaliação corre por conta das MNC (Empresas Multinacionais do Sector Petrolífero); c) As partes não estão em situação de igualdade negocial devido à extrema necessidade dos PD; d) Mercado imperfeito; e) Os monarcas atuam quase sempre em interesse próprio e não no interesse da população. O autor explica o conceito de monarca ser da autoria de WENDY N. DUONG e visar as pessoas do partido do poder com altos cargos na área do petróleo.

2.4 Breve nota das modalidades contratuais existentes

O enfoque deste trabalho não é a análise dos contratos ditos “petrolíferos”. O princípio da autonomia da vontade dá margem para a celebração de contratos tipos, ou até, atípicos. Sendo que também não é nossa intenção pronunciarmo-nos sobre o que há-de ser entendido por tipo legal ou por contrato socialmente típico. No entanto, entendemos, que para o enquadramento devido, a conveniência de algumas notas muito sumárias a este respeito. Com efeito, e segundo (GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, pp. 355-356) : “Pode dizer-se que a autonomia da vontade das partes é um

³⁴ GALA, Francisco Briosa e - “A tipicidade da formas contratuais atípicas no comércio internacional do petróleo”. Almedina : Coimbra: Coord. TELLES, Inocência Galvão, 2009, 141, IV. p. 999-1026 - O Direito. ISBN: 9780011543727. Um esclarecimento importa fazer. O autor insere na página 1000 e em nota de rodapé a designação das abreviaturas. Para melhor percetibilidade do autor inserimos a designação daquelas no texto principal aquando da transcrição.

princípio reconhecido em instrumentos internacionais e nacionais na sua dimensão material e conflitual, independentemente, da natureza pública dos entes. Tanto que assim o é que se pode falar, neste contexto, na existência de um direito universalmente reconhecido”³⁵. Se esta é a realidade evidenciada é importante agora mencionar, “*mui abreviadamente*”, as principais modalidades contratuais existentes e cingi-las, principalmente, ao setor do “*Upstream*”. Segundo esta autora (GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, p. 350) “são os contratos referentes à prospeção e exploração os que são reconduzíveis à figura do contrato petrolífero propriamente dito.” E socorrendo-nos ainda dos ensinamentos aí vertidos, a mesma elucida a p.. 353: “De uma forma genérica, cabe fazer uma distinção sensível entre as modalidades contratuais mais habituais no âmbito dos contratos de prospeção e exploração dos hidrocarbonetos : os contratos de licença/concessão – autorizações -; os contratos de prestação de serviços (Service Agreements), os contratos de participação (Producing Sharing Agreements – PSA) e finalmente os de cooperação (Joint Operation Agreements – JOA). Estes últimos, não são verdadeiros contratos de exploração antes um consórcio constituído para esse efeito. Os contratos de prestação de serviços representam uma via intermédia entre os de concessão e os contratos de cooperação. As diferenças entre todos eles residem no grau de controlo exercido pelo Estado aquando do desenvolvimento dos trabalhos, os tipos de compensações e a participação das próprias empresas estaduais nos mesmos. O tipo de atividade e a quantidade do investimento justificam que os contratos tenham uma longa duração; no mínimo cinco ou seis anos para a prospeção e entre 25 a 30 anos para a exploração. É de uso estes prazos serem objeto de prorrogações. Esta longevidade contratual permite que durante a sua vida surjam imprevistos. Tal pode dificultar gravemente ou impedir o cumprimento das obrigações de uma das partes. Por sua vez, pode haver alterações nas políticas nacionais que terão de atender aos interesses públicos a prosseguir. Isto faz com que os contratos de prospeção e exploração sejam

³⁵ GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero - " Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales". Rivista di diritto internazionale privato e processuale. n.º 2 (2009). p. 351-386. ISSN: 978-88-13-29321-5

especialmente arriscados para as empresas estrangeiras que, para rentabilizar o seu investimento, precisam de estabilidade”³⁶

2.5 Áreas de concessão em Portugal

Neste contexto, não poderia deixar de merecer a nossa atenção a situação vivida em território nacional. Assim, no “*site*” da Entidade Nacional para o Mercado de Combustível encontramos enunciadas as seguintes áreas de exploração nas seguintes bacias.

BACIAS	NÚMERO DE ÁREAS OU DESIGNAÇÃO	LOCALIZAÇÃO (ONSHORE OU DEEP- OFFSHORE)
Bacia Lusitânica	3	Onshore
Bacia do Algarve	2	Onshore
Bacia do Alentejo	2	Deep - Offshore
Bacia do Algarve	“Sapateira” e “Caranguejo”	Deep – Offshore
Bacia do Algarve	“Lagosta” e “Lagostim”	Deep-Offshore
Bacia de Peniche	“Camarão”, “Ameijoa”, “Mexilhão” e “Ostra”	Deep-Offshore
Bacia do Alentejo	“Lavagante”, “Santola” e “Gamba”	Deep-Offshore
http://www.enmc.pt/pt-PT/atividades/pesquisa-e-exploracao-de-recursos-petroliferos/licencas-e-concessoes/contratos-em-execucao/ [acedido em 01/10/2016 ; 16h50]		

³⁶ Idem.

Por sua vez, aquelas bacias encontram-se devidamente identificadas no designado Mapa de Licenças / Concessões³⁷.

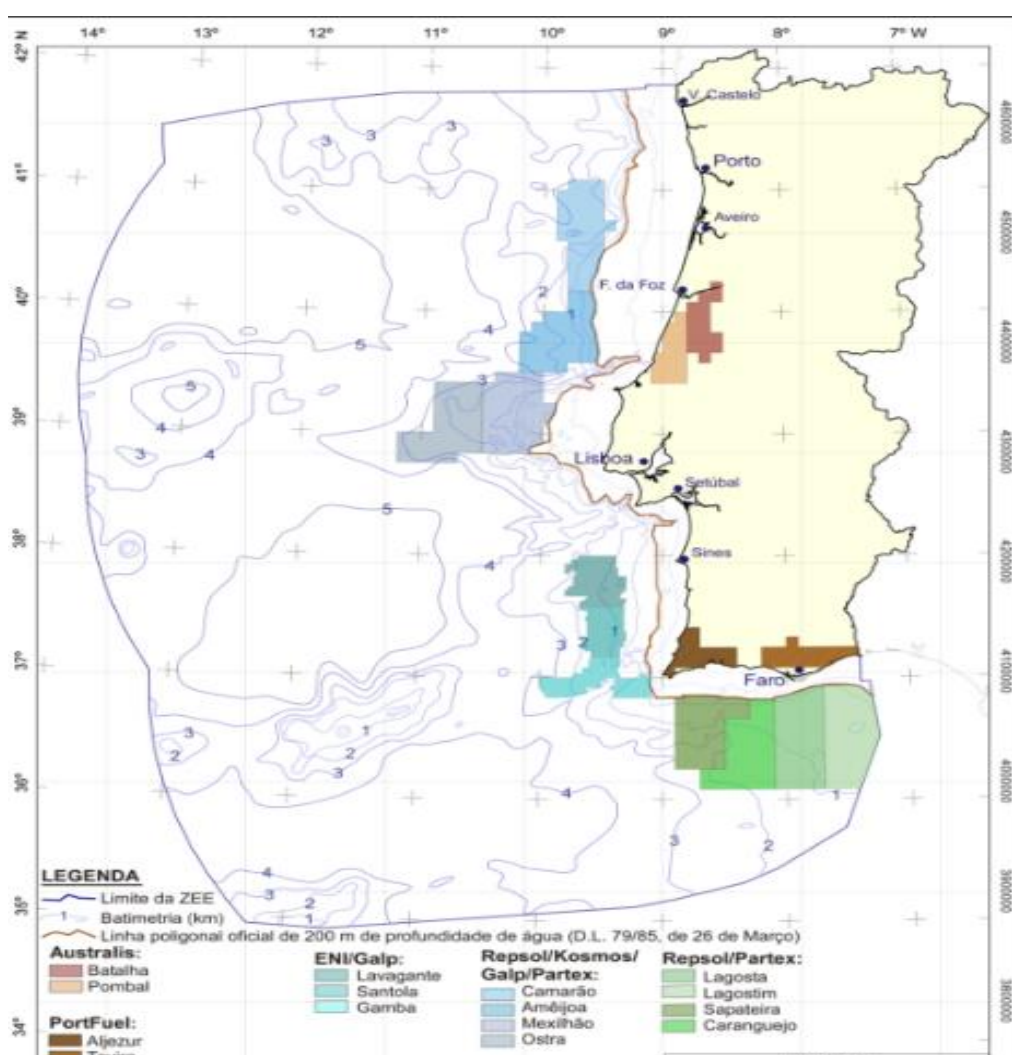


Figura 5 - Mapa de Licenças / Concessões atribuídas ou em curso

³⁷ Ver, <http://www.enmc.pt/static-img/> [acedido em 01/10/2016; 17:05].

E, também se encontram devidamente identificadas por quadrantes e subdivididas em lotes as áreas possíveis de concessão na zona económica exclusiva.³⁸

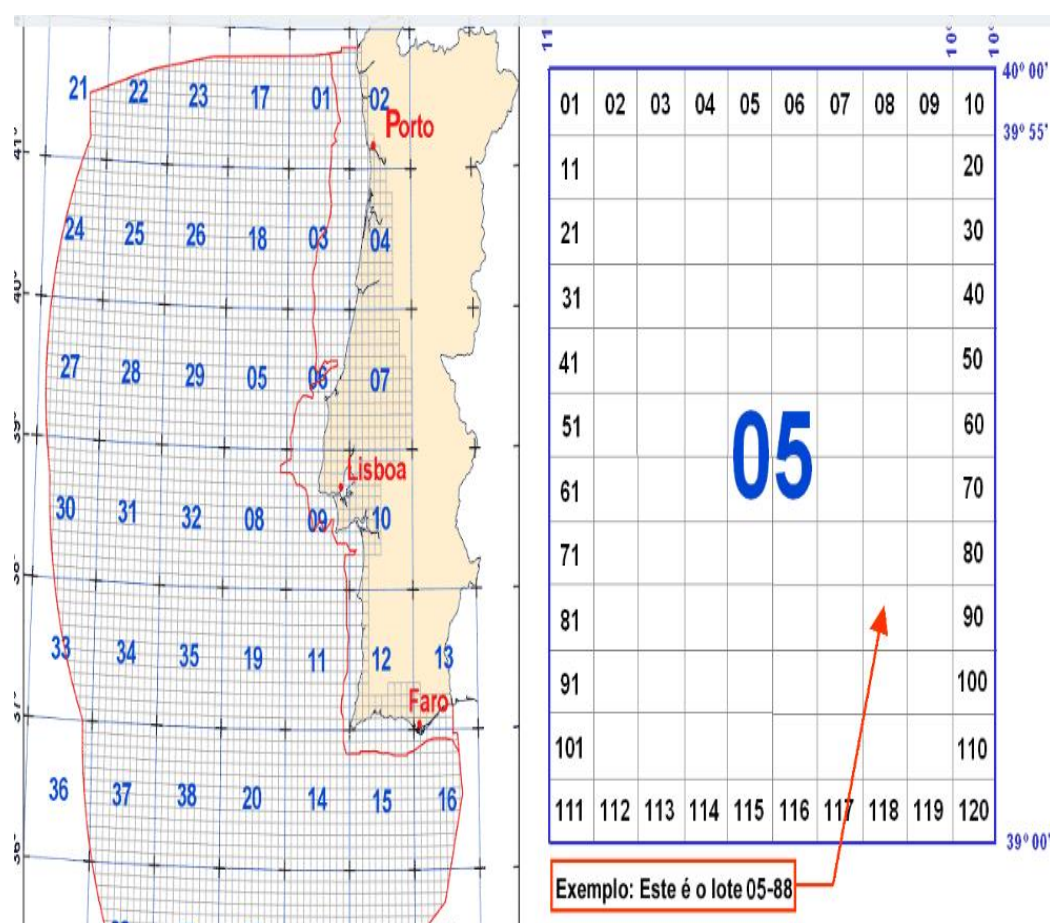


Figura 6 - Áreas possíveis de concessão

³⁸ Ver, <http://www.enmc.pt/pt-PT/atividades/pesquisa> [acedido em 01/10/2016; 17:20]. Remete-se para a consulta efetiva do “site”, pois por motivos alheios à nossa vontade não foi possível fazer a reprodução integral da imagem.

O referido “site” também apresenta o sumário da atribuição de direitos aos Investidores e expressamente refere a modalidade contratual ser a da concessão precedida de uma Licença de avaliação prévia. Por sua vez, a matéria é primacialmente regida pelo DL 109/94, de 26 de abril. Assim, do quadro infra extraem-se os principais direitos dos Investidores e no qual, também estão vertidos os riscos já mencionados e a longevidade contratual.

Nome	Área Máxima	Duração	Atividades Permitidas	Obrigações Mínimas
Licença de avaliação prévia	35 lotes ca. 2800 km 2	6 meses	Avaliação dos dados existentes e levantamentos geológicos	Relatórios dos Resultados de avaliação.
Contrato de concessão	16 lotes* Ca. 1300 km 2	<i>Período de Pesquisa 8 anos *</i> (+ 2 extensões possíveis de 1 ano cada).	Levantamentos geológicos, geoquímicos e geofísicos; sondagens de prospecção e pesquisa	Anos 1 a 3 : Negociável
				<i>Anos 4 a 8: 1 Poço/ano **</i>
		<i>Período de produção: 25 anos* (extensíveis até 40 anos)</i>	Sondagens de desenvolvimento e produção	Nenhuma

* O número de lotes e a duração destes períodos podem ser superiores nas concessões do deep-offshore.

** O número de sondagens a efectuar pode ser inferior nas concessões do deep-offshore.³⁹

3: Da arbitragem Petrolífera

3.1 Noção do Direito dos Investimentos e a doutrina Calvo

A arbitragem petrolífera insere-se no âmbito da arbitragem do investimento reconduzível, por sua vez, ao direito dos investimentos. É de uso fazer-se uma distinção entre direitos dos investimentos estrangeiros *“lato sensu”* e *“stricto sensu”*. Por sua vez, importa neste contexto referir a “doutrina Calvo” pelas repercussões tidas em matéria de investimentos. Por clareza de raciocínio importa por isso perceber o que é que se entende por Direito dos investimentos. Segundo (CORDEIRO, A.M., 2015, p. 54) “ **O Direito dos investimentos estrangeiros *lato sensu*** abrange o conjunto de normas e princípios que regem a aquisição ou o desenvolvimento de meios de produção ou de distribuição, levados a cabo num País, com capitais originários de um outro País. O Direito dos investimentos estrangeiros, corresponde, cientificamente, a um grande ponto de encontro entre normas de Direito Internacional Privado, de Direito Comercial, de Direito territorial, público e privado do país de acolhimento (host state ou Gastgeberstaat) e o Direito Internacional Público, na medida em que estejam envolvidas convenções internacionais.⁴⁰” Por sua vez, ainda segundo o mesmo autor (CORDEIRO, A.M., 2015, p. 55) : “ **O Direito dos investimentos estrangeiros *stricto sensu*** concentra-se nas regras destinadas a controlar os riscos específicos deste tipo de operação. Ganham relevo, em tal domínio, determinadas convenções internacionais, num fenómeno que tem contribuído para ilustres autores considerarem essa matéria como predominantemente pública. Não

³⁹ Ver, <http://www.enmc.pt/pt-PT/atividades/> [acedido em 01/10/2016; 17:41]

⁴⁰ Ver, CORDEIRO, António Menezes - “Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro”. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 978-972-40-6160-3.

será o caso.”⁴¹ Muitos dos riscos a que os Investidores estrangeiros estão expostos, e que se analisarão em seguida, foram vivenciados em tempos pretéritos. A doutrina Calvo representa bem o que se acaba de expor. Conforme (CORDEIRO, A.M., 2015, p. 55) : “Ao longo do séc. XIX, a tutela do investimento estrangeiro era considerada satisfatória, quando levada a cabo nos precisos termos aplicáveis a investimentos nacionais.”⁴² Todavia, a doutrina Calvo viria introduzir mudanças significativas neste entendimento. Assim, (CORDEIRO, A.M., 2015, pp. 55-56) :“ A doutrina Calvo, derivada do jurista argentino que a apresentou em 1868, defendia que o Estado de acolhimento podia sempre reduzir o nível de proteção do investimento estrangeiro, desde que o fizesse em termos idênticos para os seus próprios nacionais. Além disso os estrangeiros teriam, tal como os nacionais, de recorrer aos tribunais do Estado e não disporiam de proteção diplomática. A doutrina Calvo reclama-se, no fundo, do princípio de igualdade, delimitado territorialmente em função das diversas soberanias. Ela visava pôr um travão à exploração da América Latina pelas potências europeias e norte-americana. (...) **O standard internacional mínimo**, apresentado no início do séc. XX, procurou um equilíbrio: se é verdade que o Direito deve, nos espaços nacionais, ser igual para todos, há que assentar num mínimo de proteção segura para o investimento estrangeiro (...) **Os tratados bilaterais** foram a solução prática depois retida. Além de fixarem os termos do investimento e o Direito aplicável, eles desenhavam esquemas arbitrais destinados à composição adequada dos litígios que pudessem surgir. Tínhamos a particularidade de convenções de Direito Internacional permitirem remédios acessíveis a entidades privadas.”⁴³ A contextualização histórica permite, assim, demonstrar a importância da arbitragem como meio alternativo e efetivo para a resolução de litígios. De resto, os BIT continuam a subsistir. Por sua vez, face à globalização tinham de ser encontradas soluções internacionais multilaterais, tais como a Convenção de Washington com a instituição do ICSID, conforme se verá mais adiante.

⁴¹ Idem.

⁴² Ibidem.

⁴³ Ibidem.

3.2 Vantagens e desvantagens apontadas à arbitragem petrolífera

Neste contexto facilmente é demonstrável que a atividade petrolífera envolve riscos elevados. Conforme refere (LEITÃO, L.M.T.d.M., 2013, p. 128) em matéria de contratos internacionais sobre petróleo aqueles: “Envolvem um risco muito elevado e que por isso necessitam de um investimento financeiro assegurado por garantias especiais. Este tipo de riscos costumam ser divididos em riscos de avaliação ou riscos geológicos e riscos políticos, relacionados com a situação do país de acolhimento ou com a evolução da situação política internacional em torno do comércio petrolífero.”⁴⁴ É por isso com toda a probidade que aderimos ao pensamento de (VICENTE, D.M., 2011, Ano 71, p. 752): “O investimento estrangeiro é, porém, fortemente vulnerável a interferências do Estado que o acolhe, quer por via de medidas de nacionalização ou expropriação, quer de restrições ao repatriamento dos lucros do investidor, do aumento de impostos ou de alterações legislativas de outra natureza. Vem daqui a frequência com que se suscitam litígios a respeito desses investimentos. Nos últimos anos, a arbitragem tem ganho crescente relevância como forma de resolução de litígios. O que bem se compreende: do ponto de vista do investidor estrangeiro, a arbitragem constitui uma garantia essencial de que, em caso de litígio com o Estado ou outro ente público com quem contratou, o mesmo será decidido por um órgão imparcial. Na ótica do Estado recetor do investimento, trata-se de uma forma de incentivar o investimento estrangeiro.”⁴⁵ Por sua vez, importa ainda referir complementarmente conforme (VICENTE, D.M., 2014, Ano 74, p. 696) : “A proteção diplomática pelo Estado nacional investidor foi, durante muito tempo, o principal mecanismo consagrado pelo Direito Internacional a fim de assegurar a reparação dos danos causados ao investidor no estrangeiro pelo respetivo Estado de acolhimento em virtude de atos imputáveis a este. A proteção diplomática padece, no entanto, de

⁴⁴ Ver, LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes - "Os Contratos no Direito do Petróleo e do Gás". Almedina : Coimbra: Coord. VICENTE, Dário Moura, 2013. p. 127 - 172 - Direito dos petróleos : uma perspetiva lusófona. ISBN: 978-972-40-5160-4.

⁴⁵ Conforme, VICENTE, Dário Moura - "Arbitragem de investimento: A convenção ICSID e os tratados bilaterais". ROA. (2011, Ano 71). p. 751-770. ISSN: 0870-8118.

conhecidas limitações. Por um lado, encontra-se por via de regra sujeita ao esgotamento pelo investidor dos meios de reparação disponíveis no Estado de acolhimento, os quais podem revelar-se morosos e parciais. Por outro, à luz do Direito Internacional o seu exercício é discricionário, cabendo exclusivamente ao Estado nacional daquele que a reclama a decisão sobre as condições em que a porá em prática.⁴⁶ Não causa assim estranheza que sejam apontadas várias virtudes à arbitragem, “*in casu*”, petrolífera. Do cotejo de vários textos, conforme se demonstrará em seguida, resultam os seguintes fatores positivos: a) Imparcialidade e neutralidade do tribunal arbitral; b) maior celeridade processual; c) menor formalidade processual; d) confidencialidade do processo; e) maior especialidade técnica dos árbitros; f) irrecorribilidade da decisão arbitral; g) maior facilidade de reconhecimento de uma decisão arbitral num Estado terceiro; h) custas processuais inferiores. Por contraposição aos meios judiciais e, mesmo naquelas situações em que os Estados nacionais até possam assegurar meios jurisdicionais imparciais, várias são as desvantagens apontadas ao seu recurso. Entre elas apontam-se e conforme referido por (SMITH, E.E., DZIENKOWSKI, John S., ANDERSON, Owen L. e out., 2010, p. 353 a 365) : “a maior morosidade processual; falta de preparação técnica dos juízes que se têm de socorrer, complementarmente, por peritos; o montante elevado das custas judiciais; a publicidade do processo; a suscetibilidade da sentença jurisdicional ser passível de recurso; a dificuldade do seu reconhecimento em países terceiros no qual tenha de produzir efeitos. E, por último, a própria dificuldade em, por vezes, certos tribunais considerarem-se competentes em julgar determinado litígio de cariz internacional à luz do princípio “*fórum conveniens*”⁴⁷. Não se julgue porém, que a arbitragem é uma fórmula miraculosa capaz de resolver todas as patologias apontadas aos meios tradicionais para a resolução dos litígios. Com efeito, já têm sido endereçadas à arbitragem várias críticas por decorrência das virtudes destacadas. Assim, conforme

⁴⁶ Ver, VICENTE, Dário Moura - “Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspetiva europeia : desenvolvimentos recentes”. ROA. (2014, Ano 74). p. 695 - 721. ISSN: 0870-8118.

⁴⁷ SMITH, Ernest E., DZIENKOWSKI, John S., ANDERSON, Owen L. e out. - “Materials on International Petroleum Transactions”. 3ª ed. Westminster, Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010. ISBN: 978-1-882047-48-2.

(VICENTE, D.M., 2014, Ano 74, p. 705): este autor nota: “ a) Falta de transparência resultante da confidencialidade dos processos; b) Falta de independência: os árbitros podem incorrer em conflitos de interesses, sobretudo quando exerçam simultaneamente funções como advogados em outras arbitragens de investimento; e a nomeação reiterada das mesmas personalidades a fim de integrarem incumbidos de julgar processos desta natureza compromete potencialmente a sua independência relativamente às partes em litígio. c) Falta de previsibilidade das decisões arbitrais: uma vez que não é geralmente admitida a interposição de recurso de sentenças arbitrais proferidas nas arbitragens estrangeiras proferidas nas arbitragens de investimento, podem surgir interpretações divergentes das mesmas disposições (ou de disposições semelhantes) constantes de diferentes acordos comerciais internacionais, o que é suscetível de gerar incerteza quanto aos direitos dos investidores e às responsabilidades dos Estados de acolhimento”⁴⁸. Por sua vez, a própria arbitragem realizada em centros institucionalizados já são dotadas de procedimentos bastante burocratizados, que em muito se começam a aproximar dos Tribunais judiciais. A estas críticas são ainda acrescentadas por (CORDEIRO, A.M., 2015) : “As desvantagens são apontadas, sobretudo, nos honorários mais elevados cobrados, em geral, pelas sociedades de advogados estrangeiras, nas arbitragens internacionais. Além disso temos: a) a maior dificuldade para a parte menos bem representada em escolher um árbitro de confiança, não impedido; b) o óbice em travar decisões que se saiba, de antemão, serem provavelmente desfavoráveis; c) a dificuldade, em caso de perda de ação, em explicar ao Cliente a (objetivamente) má escolha do árbitro parte.”⁴⁹ Não deve causar por isso estranheza, que por Resolução da AGNU 69/116 de 10 de dezembro de 2014, fosse adotada a Convenção das Nações Unidas sobre a transparência na arbitragem assente em Tratados celebrados entre os Estados Membros

⁴⁸ Ver, - “Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspetiva europeia : desenvolvimentos recentes”.

⁴⁹ Ver, “Tratado da arbitragem: comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro”; obra já cit.

e Investidores⁵⁰. Esta Convenção também é conhecida pela “*Mauritius Convention on Transparency*” que foi aberta à assinatura em Porto Luís no dia, 17 de Março de 2015. Para entrar em vigor é necessária a sua ratificação por três Estados Membros e o que não sucedeu ainda até à presente data⁵¹. Conforme (VICENTE, D.M., 2014, Ano 74, p. 705) : nela se prevê “além do mais: a) A publicação de certos documentos relativos às arbitragens de investimento, mesmo em arbitragens ad hoc; b) possibilidade de apresentação nelas de peças processuais exprimindo os pontos de vista de terceiros (*amici curiae*); e c) a publicidade das audiências de produção de prova que nelas tenham lugar. Estas regras estão em vigor desde 1 de abril de 2014, sendo aplicáveis a todas as arbitragens de investimentos instauradas ao abrigo do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL com base num tratado de proteção de investimentos concluído após essa data, salvo acordo das partes em contrário.⁵²”. Por sua vez, no que respeita à U E já foi endereçada pelo Conselho “uma proposta de decisão relativa à assinatura em nome da U E da referida Convenção das Nações Unidas”⁵³. Não obstante de todas as desvantagens é facto, que a arbitragem continua a ser um meio considerado ajustado para a resolução de litígios.

⁵⁰ Ver, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N14/686/64/PDF/N1468664.pdf?OpenElement> [acedido em 23/07/2016; 18h00].

⁵¹ Conforme pode ser verificado em : http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html [acedido em 23/07/2016; 18h15 e em 01/10/2016; 18:10].

⁵² Ver, - “Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspetiva europeia : desenvolvimentos recentes”.

⁵³ Ver, COM (2015), 21 FINAL de 29 de Janeiro.

4. Quadro Internacional legal e institucional da arbitragem objeto deste estudo

4.1 Questão prévia : Significado e alcance dos árbitros não estarem sujeitos à “lex fori”

Na sequência do mencionado em matéria do estatuto do árbitro ser diferente do de um juiz é frequente afirmar-se que aquele não está sujeito a uma “*lex fori*”. Afigura-se assim essencial ter a real perçetibilidade do significado deste conceito e da importância da jurisprudência francesa neste âmbito. Importa esclarecer que existem duas grandes doutrinas em confronto. A doutrina jurisdicional nos termos da qual os árbitros numa arbitragem internacional estão sujeitos à lei de um determinado Estado. Esta lei estadual é, por norma, a da sede da arbitragem e, naturalmente, que o árbitro tem de atender às próprias normas de conflitos desse mesmo Estado. A doutrina autónoma sufraga um entendimento distinto ao mencionado, assim, conforme (BARROCAS, M.P., 2013, p. 577) : “Foi a reforma de 1981 (francesa) que consagrou pela primeira vez naquela País, normas legais específicas para a arbitragem internacional. Foi também esta reforma que estabeleceu, de forma inédita àquela época, a primeira pedra da construção da autonomia da convenção de arbitragem relativo ao sistema savigniano de conflito de leis, atribuindo ao árbitro o poder de escolha do normativo aplicável ao mérito da causa na falta dessa escolha pelas partes. A determinação do normativo aplicável ao mérito da causa deixou, assim, de depender necessariamente da lei de um estado determinado perante um conjunto de outras leis estaduais aplicáveis para passar a caber ao árbitro, o que significa na prática que ele deixou de estar sujeito à aplicação de normativos próprios do mecanismo conflitual de leis, para ser livre de os aplicar ou não, nomeadamente passando a aplicar, em alternativa, por exemplo os usos comerciais e a *lex mercatória*”⁵⁴ Por sua vez, existem ainda teorias intermédias que não desconsideram, em certos aspetos, a “*lex fori*”. Iremos aferir aquando do tratamento da LAV que a “*lex fori*” continua a ser um elemento presente neste arquétipo legal. O alcance deste princípio só pode ser

⁵⁴ Ver, “Manual de arbitragem: LAV de 2011”, obra já cit..

aferido perante os respetivos textos legais quando curam, entre outras, das regras de direito aplicáveis ao mérito da causa. Não é difícil concluir em países, como sucede em alguns da América do Sul, em que vigore a doutrina Calvo não ser possível o recurso à arbitragem. Conforme referido, aquando da contextualização da arbitragem, os Investidores estão sujeitos à jurisdição estadual do Estado de acolhimento. Não obstante de assim suceder segundo (VICENTE, D.M., 2011) e para melhor percetibilidade: “Embora a denominada Doutrina Calvo, de acordo com a qual os estrangeiros estão obrigatoriamente sujeitos à jurisdição dos tribunais nacionais, que não pode ser excluída por convenções de arbitragem, ainda prevaleça atualmente em algumas partes do mundo (nomeadamente América do Sul), a maioria dos Estados tem vindo a superar a relutância, que tradicionalmente caracterizava um vasto número deles, em sujeitar a arbitragem os litígios emergentes de contratos petrolíferos.”⁵⁵ Em matéria de arbitragem de investimento suscitam-se questões bastante complexas e que, com acutilância, são notadas por (VICENTE, D.M., 2011, pp. 87-88) : “Diferentemente dos tribunais estaduais, os tribunais arbitrais não têm *lex fori*, visto que não administram a justiça em nome do Estado. Por conseguinte, não estão diretamente vinculados a determinadas regras de conflitos. Suscita-se assim a questão de saber como devem esses tribunais determinar a lei aplicável. Em segundo lugar, quando os Estados sejam partes de tais arbitragens, pode perguntar-se em que medida deve o Direito Internacional prevalecer sobre os respetivos Direitos. Em terceiro lugar, sempre que seja aplicável ao mérito da causa o Direito de um Estado islâmico coloca-se em saber se os árbitros podem aplicar a *Xaria*, que como se sabe vigora em numerosos países produtores de petróleo. Em quarto lugar, podemos interrogar-nos sobre que efeito (se algum) deve ser atribuído pelos árbitros, na resolução dos litígios em apreço, a critérios jurídicos supranacionais como os usos e costumes da indústria petrolífera (a denominada *lex petrolea*).⁵⁶ Vejamos então, em primeiro lugar, o que dispõe a Convenção de Washington neste âmbito.

⁵⁵ Ver, VICENTE, Dário Moura - “Arbitragem petrolífera”. Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Vol. n.º4. (2011). ISSN: 1647-192X.

⁵⁶ Ver, “Arbitragem petrolífera”; obra já cit..

4.2 A Convenção de Washington e o ICSID

A Convenção de Washington⁵⁷ também conhecida por “Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados” e as arbitragens ICSID | CIRDI dela resultante ocupa, sem dúvida, um lugar de destaque. Neste momento, 153 Estados ratificaram a Convenção de Washington, todavia dois importantes países como Brasil e Angola ficaram de fora⁵⁸. Em matéria de arbitragem importa desde já destacar o art.º 1/1 da Convenção de Washington que determina a instituição de um centro designado por ICSID ou CIRDI (doravante designado por ICSID). A sede do ICSID nos termos do art.º 2 é no Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento também conhecido por Banco Mundial. O Centro terá como objetivo “proporcionar os meios de conciliação e **arbitragem dos diferendos relativos a investimentos entre Estados Contratantes e nacionais de outros Estados Contratantes** em conformidade com as disposições desta Convenção. Por outras palavras, os diferendos submetidos a litígio têm de envolver, sob o ponto de vista dos sujeitos, **Estados Contratantes e nacionais de outros Estados Contratantes**. O critério da nacionalidade é assim relevante. Importa, ainda, fazer o cotejo entre aquele preceito e o art.º. 25 que determina: 1 – A competência do Centro abrangerá os diferendos de natureza jurídica 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**

⁵⁷ Conforme : <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1107>; [acedido em 23/07/2016; 20h00] a Convenção de Washington foi concluída nesse local em 18 de março de 1965. Por sua vez, iniciou a sua vigência internacional em 14 de outubro de 1966. No referente a Portugal foi aprovada para ratificação pelo Decreto do Governo n.º 15/84 e publicado em DR I, n.º 79, de 03 de abril de 1984. A data do depósito do instrumento de ratificação ocorreu em 2 de julho de 1984, e entrou em vigor no dia 1 de agosto desse mesmo ano.

⁵⁸ Conforme: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/Database-of-Member-States.bak.aspx?tab=AtoE&rdo=CSO>; [acedido em 23/07/2016; 20h15 e em 02/10/2016:12:09].

ambas as partes. Uma vez dado o consentimento por ambas as partes, nenhuma delas poderá retirá-lo unilateralmente (os relevos são da n/autoria)". Por sua vez, o n.º 2 define o que é um nacional de um outro Estado Contratante. É importante desde já retirar uma conclusão. A simples qualidade de Estado Membro da Convenção de Washington não determina a submissão do litígio junto ao ICSID. Com efeito, é preciso que o Estado Contratante e o nacional do outro Estado Contratante tenham *por escrito* manifestado a sua intenção em submeter o diferendo à apreciação do ICSID. Os modos de prestar o consentimento podem ser vários e conforme (DUARTE, T., 2010, p. 549) com maiores desenvolvimentos: "Assim, em primeiro lugar, pode um Estado Contratante incluir uma cláusula arbitral num contrato de investimento celebrado, indicando que os litígios daí advenientes serão resolvidos através da arbitragem ICSID. Em segundo lugar, pode um Estado Contratante incluir uma norma na sua própria legislação nacional, manifestando o consentimento para que os litígios relacionados com investimentos internacionais realizados no seu território possam ser dirimidos através do recurso a arbitragem ICSID. Em terceiro lugar, pode suceder que determinado tratado multilateral, a que um Estado Contratante adira, contenha uma cláusula de resolução de litígios, relacionada com o referido Tratado, que permita o recurso à arbitragem ICSID. Finalmente, pode um Estado Contratante celebrar, com outro Estado Contratante, um tratado bilateral de proteção de investimentos, em que ambos acordem que os litígios relativos a investimentos que surjam entre esse Estado Contratante e os nacionais do outro Estado Contratante serão objeto de recurso a arbitragem ICSID."⁵⁹ Em virtude de muitos BIT terem sido celebrados em matéria de Investimento e, segundo o site do ICSID, Portugal celebrou cinquenta e quatro⁶⁰ conforme (PINHEIRO, L.d.L., 2015, Ano 75, p. 22) são: "Celebrados por muitos Estados, como é o caso de Portugal, sujeitam geralmente os litígios emergentes de investimentos, exclusiva ou alternativamente, a este dispositivo arbitral (ou seja o ICSID). Assim, a aplicabilidade do Tratado dispensa, geralmente, a exigência de consentimento

⁵⁹ "O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID)", obra já cit.

⁶⁰

Ver,

<https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Pages/BITDetails.aspx?state=ST111>
1 [acedido em 02/10/2016 ; 14:58].

individualizado do sujeito público.⁶¹ Por outras palavras, no próprio tratado é de uso prever uma cláusula em que determina o recurso ao ICSID no caso de diferendo. Por isso, é dispensado ao Estado uma manifestação complementar por escrito para recorrer à arbitragem. Tal, constitui uma garantia para o Investidor pois o Estado reconhece “*ab initio*” o ICSID como centro para a resolução de litígios nos termos do artigo 26º da Convenção de Washington podendo, todavia, o Estado pode denunciar o referido BIT em conformidade com as regras constantes na CV. Trata-se segundo (DUARTE, T., 2011, p. 261) “de “uma oferta de arbitragem” inserida num bilateral investment treaty (BIT)”⁶². No entanto, há que efetivamente verificar nos BIT conforme (DUARTE, T., 2010, pp. 557 - 559) : “Se o Estado efetivamente já está a consentir na arbitragem ICSID ou, se trata de um mero agreement to agree. Para além da precaução referida, no caso de se estar perante um verdadeiro consentimento, permissivo de recurso a arbitragem ICSID, existem ainda outras cautelas que importa tomar, no sentido de verificar o real alcance do consentimento prestado e da oferta de arbitragem efectuada pelo Estado parte no referido BIT. Assim, importa conhecer, em primeiro lugar, o âmbito material do consentimento prestado. Quer isto dizer que se torna imperioso verificar se a oferta de arbitragem abrange apenas os litígios decorrentes da violação, por parte do Estado onde o investimento é realizado, das obrigações a que este se vinculou por força do referido BIT e que aí se encontram descritas, ou se, pelo contrário, abrange todos os litígios relacionados com os investimentos realizados no seu território pelos nacionais do outro Estado parte no BIT, quer esses litígios tenham na sua base uma violação do próprio BIT (treaty claims), quer tenham na sua base uma violação de eventual contrato de investimento celebrado (contract claims).”⁶³ Conforme o mesmo autor os litígios

⁶¹ Ver, “Introdução à arbitragem de investimento no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas”; obra já cit..

⁶² DUARTE, Tiago - “Treaty claims, contract claims e umbrella clauses na arbitragem internacional de protecção de investimentos”. Almedina : Coimbra: Coord. FREITAS, José Lebre de, DUARTE, Rui Pinto, CRISTAS, Assunção e out., 2011. p. 259-299 - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. ISBN: 978-972-40-4318-0

⁶³ “O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID)”, obra já cit.

resultantes de um contrato de investimento “tem vindo a ser vulgarmente catalogado pela doutrina e pela jurisprudência como “contract claims”. E por sua vez, os litígios resultantes de um BIT “é normalmente qualificado como “treaty claims”, sendo possível (e até vulgar) que um mesmo litígio, associado ao mesmo acervo de factos, envolva, ao mesmo tempo, violações do contrato e violações do BIT, com todas as complicações daí advenientes.” Por sua vez, pela inserção de uma “umbrella clause” num BIT “e por virtude das quais se pode – alegadamente – “elevar” uma “contract claim” em “treaty claim”, tarefa que, como se verá, é credora de enormes incertezas quanto à sua admissibilidade e quanto à jurisdição competente para julgar os litígios contratuais – supostamente – internacionalizados, daí advenientes”⁶⁴. Com humildade entendemos que na prática não deve ser tarefa fácil, por vezes, aferir da estanqueidade entre uma treaty claim e contract claim. Principalmente se o contrato de investimento resolve por “incorporação” absorver todo o clausulado do BIT. Tarefa mais complexa, e problematizada por TIAGO DUARTE, se os foros de jurisdição previstos no BIT e no contrato de investimento para a resolução do litígio forem diferentes. Já para não mencionar a aferição do próprio conteúdo e alcance a dar às designadas “umbrella clauses”. Por sua vez, e sob o ponto de vista objetivo, os litígios reportam-se necessariamente a um investimento. Todavia, a Convenção conforme (VICENTE, D.M., 2011, Ano 71, p. 754) : “Não define o conceito de investimento relevante para este efeito. Na jurisprudência de diversos tribunais arbitrais constituídos sob a égide do ICSID tem-se admitido que a existência de um investimento pressupõe o preenchimento de certos requisitos que o distinguem de uma transação comercial comum, a saber: a) Um contributo (apport) económico do investidor em dinheiro ou outros bens; b) uma certa duração temporal, situada por alguns entre dois e cinco anos; c) a suscetibilidade de gerar lucros ou rendimentos; d) a assunção pelo investidor dos riscos da operação em causa; e) E que o investimento concorra para o desenvolvimento económico do Estado de acolhimento. Este é o Salini Teste que remonta à decisão arbitral proferida em Salini Costruttori SpA and another v Kingdom of Morocco

⁶⁴ Ver, DUARTE, Tiago - "Treaty claims, contract claims e umbrella clauses na arbitragem internacional de protecção de investimentos", pp.262-263, obra já cit.

(ICSID Case n.º ARB/00/5.⁶⁵). Todavia os critérios do “Salini Test” como um contributo para a definição do investimento não tem sido isenta de dúvidas conforme (DUARTE, T., 2015, p. 1052) : “A verdade é que, depois de prolongados debates e de algumas propostas, os drafters da Convenção não conseguiram chegar a acordo quanto a uma definição material de investimento, pelo que optaram, propositadamente, por deixar essa definição em aberto, de modo a que a mesma pudesse ser moldada pelas próprias partes, no momento em que viessem a prestar o respetivo consentimento, no sentido de que os litígios que viessem a surgir pudessem ser dirimidos através do recurso à arbitragem do ICSID.”⁶⁶ Os critérios do “Salini Test” têm dado azo a jurisprudência arbitral contraditória. Enquanto uns Tribunais vêm os critérios como uma “*check list*” de conformidade ou não conformidade em matéria da competência para a apreciação se um determinado litígio pode ser submetido à jurisdição do ICSID. Outros, notam a natureza meramente indicadora dos referidos critérios não sufragando um entendimento rígido na aplicabilidade daqueles. Segundo aquele mesmo autor, e com maiores e importantes desenvolvimentos, p. 1057 : “Assim, depois da decisão do caso Salini v. Marrocos, a tendência jurisprudencial, em vez de caminhar no sentido da identificação – não exclusiva nem individualmente excludente – dessas “características típicas” dos investimentos internacionais, apenas negando jurisdição aos casos que visivelmente se afastassem dos propósitos que estiveram na origem da criação da Convenção, tornou-se, pelo contrário, ainda mais errática e imprevisível.”⁶⁷ E, na sua sugestiva expressão a p. 1067 “Aqui chegados, e face a tudo o exposto, a impressão geral com que se fica é que a situação atual continua still crazy after all these years, acentuando-se a incerteza face ao futuro e a inconsistência quanto às decisões já proferidas, no que respeita à noção de investimento

⁶⁵ Ver, “Arbitragem de investimento: A convenção ICSID e os tratados bilaterais”; obra já cit..

⁶⁶ DUARTE, Tiago - “ O “Salini test” na arbitragem do ICSID: Still crazy after all these years”, Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, Almedina : Coimbra: Coord. OTERO, Paulo, GOMES, Carla Amado, SERRÃO Tiago, 2015. p. 1049-1068 - Estudos em homenagem a Rui Machete. ISBN: 978-973-40-6182-5.

⁶⁷ Idem.

para efeitos de aplicação da Convenção de Washington.”⁶⁸ O art.º 26 determina a competência “jurisdicional” exclusiva do ICSID salvo se as partes tiverem estipulado algo em sentido diferente. Assim, “o consentimento dado pelas partes para a arbitragem dentro do âmbito da presente Convenção será, exceto no caso de estipulação contrária, considerado como implicando a renúncia a qualquer outro meio de resolução. Um Estado Contratante poderá exigir a exaustão dos meios administrativos e judiciais internos como condição para dar o seu consentimento à arbitragem no âmbito da presente Convenção”. Por sua vez, o art. 27/1 reforça a competência do ICSID ao determinar: “ 1 - Nenhum Estado Contratante concederá proteção diplomática nem apresentará internacionalmente uma reclamação respeitante a um diferendo que um dos seus nacionais e outro Estado Contratante tenham consentido submeter ou hajam submetido a arbitragem no quadro da presente Convenção, exceto no caso de o outro Estado Contratante não acatar a sentença proferida no dito diferendo”. Por sua vez, os artigos 53 e 54 do ICSID são de crucial importância uma vez que preveem o reconhecimento e execução automática da sentença arbitral nos respetivos Estados Membros. Por comparação com a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958) conforme (PINHEIRO, L.d.L., 2015, Ano 75, p. 20) : “O reconhecimento da decisão arbitral ainda é mais fácil expedito no caso da arbitragem realizada sob a égide do Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos (doravante designado por CIRDI) (...)”⁶⁹. Por último, e conforme (VICENTE, D.M., 2011, Ano 71, p. 755) : “Através da Regras Sobre Facilidades Adicionais, adotadas em 1978, a arbitragem ICSID foi estendida a outros litígios para além dos previstos no art.º 25º, nos quais pelo menos o Estado parte ou o Estado de que é originário o investidor é membro da Convenção. Alargou-se assim a jurisdição do ICSID a casos em que um desses Estados não se encontra vinculado à Convenção. Esta não se aplica, todavia, às arbitragens instauradas ao abrigo das Facilidades Adicionais, conforme o declara expressamente o artigo 3º das referidas Regras; o que tem importância, em especial no tocante ao

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ Ver, “Introdução à arbitragem de investimento no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas”; obra já cit..

reconhecimento das decisões arbitrais proferidas ao abrigo das Facilidades Adicionais, que não beneficiam do princípio do reconhecimento automático previsto na Convenção”⁷⁰.

4.3 Do normativo da Convenção de Washington referente ao mérito da causa

Neste âmbito ter-se-á de atender ao que dispõe o art.º 42 : “Artigo 42.º 1 - 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. 2 - O tribunal não pode recusar-se a julgar sob pretexto do silêncio ou da obscuridade da lei. 3 - As disposições dos nº 1 e 2 não prejudicarão a faculdade de o tribunal julgar um diferendo ex aequo et bono se houver acordo entre as partes.” Resulta da Convenção de Washington que, em primeiro lugar, o árbitro tem de atender ao princípio da autonomia privada. Ou seja, o árbitro aplicará as regras de direito que foram acordadas entre as partes. Por sua vez, a Convenção de Washington menciona “*expressis verbis*” regras de direito e não, como o faz por exemplo, o Regulamento de Roma I⁷¹, no seu art.º 3º *lei escolhida pelas partes*. Desde já cumpre, por clareza de raciocínio, dizer o seguinte. Considerando a realidade portuguesa e que os contratos petrolíferos se reconduzem, maioritariamente, à categoria de contratos administrativos de concessão, os mesmos, encontram-se excluídos do âmbito da aplicação material do referido Regulamento.. Com efeito, resulta do art.º 1 / 1 “O presente regulamento é aplicável às obrigações contratuais em matéria civil e comercial que impliquem um conflito de leis. Não se aplica, em especial, às matérias fiscais, aduaneiras e **administrativas**.” Por sua vez, o Regulamento Roma I, e concretamente, em matéria de

⁷⁰Ver, “Arbitragem de investimento: A convenção ICSID e os tratados bilaterais”; obra já cit...

⁷¹ Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008 que veio substituir a Convenção de Roma a partir de 17 de Dezembro de 2009, data da sua entrada em vigor.

arbitragem exclui nos termos do seu art. 1/2/ al. e) “as convenções de arbitragem e de eleição do foro”. No entanto, socorremo-nos deste preceito para evidenciar que regras de direito e lei escolhida não são a mesma coisa. Enquanto na primeira situação (regras de direito) as partes podem reger o contrato não só por leis estaduais tendo ainda a faculdade de prever, mormente, a *“lex petrolea”*. Já na segunda situação (lei escolhida) as partes sofrem de uma maior restrição, porquanto poderem apenas escolher leis estaduais. Conclui-se assim, face ao exposto, que a Convenção de Washington dota assim as partes de uma amplíssima latitude ao lhes permitir a escolha de regras de direito. Na ausência de escolha pelas partes a Convenção de Washington manda aplicar ao tribunal a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacionais aplicáveis. Isto é sinónimo e conforme é explicado em matéria de contratos de Estado por (PINHEIRO, L.d.L., 2008, Ano I, p. 95) : “porque as partes podem submeter o contrato exclusivamente ao Direito Internacional Público (ou a um Direito estadual ou transnacional – art.º 42/1/1ª parte) e, se não houver acordo sobre o Direito aplicável, o tribunal deverá aplicar não só a lei do Estado contratante mas também os “princípios de direito internacional aplicáveis”. Esta referência aos “princípios de direito internacional” é suscetível de abranger quaisquer fontes de Direito Internacional Público. No que toca à definição da posição recíproca do Direito do Estado contratante e dos princípios de Direito Internacional, prevaleceu o entendimento segundo o qual o tribunal deve, primeiro, averiguar a solução perante o Direito do Estado contratante e, em seguida, indagar da sua compatibilidade com o Direito Internacional. Este último Direito prevalece em caso de conflito. Por acréscimo, a jurisprudência recorre ao Direito Internacional para suprir as lacunas do Direito do Estado contratante. Nesta ordem de ideias, poderá então dizer-se que ao Direito Internacional é atribuída uma competência condicionante e complementar.”⁷² Por sua vez, ao serem incluídas as regras referentes aos conflitos de leis tal equivale a dizer que se tem de atender às normas de conflitos do Estado Contratante e, consequentemente, não fica

⁷² Ver, PINHEIRO, Luís de Lima - "A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado". Amedina : Coimbra: Coord. Pinheiro, Luís de Lima., 2008, Ano I. p.78-105 - Revista internacional de arbitragem e conciliação. ISBN: 9789724050171.

excluída a possibilidade da devolução e reenvio. Colhendo os ensinamentos de (COLLAÇO, I.T.d.M., 1959, pp. 5-6) aquando da exposição das questões inerentes à devolução e reenvio explica neste âmbito: “ Para uma dada corrente, toda a referência feita pela norma de conflitos à lei estrangeira há-de entender-se que vale como uma referência global (*Gesamtverweisung*, na terminologia alemã), ou seja como uma referência que abrange as próprias normas de conflitos da ordem designada. No polo contrário a esta corrente, sustenta-se toda a referência à lei estrangeira, há-de entender-se sempre como uma referência material (*Sachnormverweisung*, na terminologia alemã), ou seja, como uma referência feita exclusivamente às normas materiais contidas no ordenamento estrangeiro designado, com exclusão portanto das suas regras de Direito Internacional Privado. A primeira tese é a dos que aceitam o princípio da devolução; a segunda, a dos anti-devolucionistas.”⁷³ Por sua vez, LIMA PINHEIRO considera que a arbitragem ICSID | CIRDI é quás- internacionalpública e define-a no seguinte contexto (PINHEIRO, L.d.L., 2005, pp. 132-133) :*“Da arbitragem quási- internacionalpública. Segundo a conceção tradicional, o acesso às jurisdições internacionais é reservado aos Estados. Na atualidade (...) (...) os particulares podem ser partes na arbitragem quási-internacionalpública e em algumas jurisdições de organizações internacionais e têm acesso a certas jurisdições internacionais (...) (...). O que é a arbitragem quasi-internacionalpública? Trata-se de uma **arbitragem organizada pelo Direito Internacional mas tendo por objeto litígios emergentes de relações estabelecidas com particulares**. Os particulares têm acesso direto a estas jurisdições, que podem apreciar a título principal os direitos e obrigações dos particulares, e que não aplicam necessariamente, ao fundo da causa, o Direito Internacional. Portanto, coloca-se um problema de determinação do Direito aplicável relativamente à questão principal (os relevos e itálico são da n/autoria).⁷⁴”* Esta questão já foi por nós indiciada aquando da abordagem da natureza jurídica dos contratos de Estado. Em sua consequência, os

⁷³ COLLAÇO, Isabel Telles de Magalhães - "A devolução na teoria da interpretação e aplicação da norma no direito internacional privado". Coimbra: Coimbra, 1959. ISBN:

⁷⁴ Ver, PINHEIRO, Luís de Lima - "Direito Comercial Internacional". Coimbra: Almedina, 2005. ISBN: 9789724026510.

contratos passariam a ter o estatuto de Tratados e os Contraentes seriam Sujeitos de Direito Internacional Público ainda que, eventualmente, de forma condicionada. No entanto, a referida abordagem não tem sido isenta de dúvidas. É preciso também dizê-lo, com toda a clareza, que (PINHEIRO, L.d.L., 2008, Ano I, p. 99) reconhece: “No entanto, a jurisprudência da arbitragem CIRDI não acolheu parte das consequências que a doutrina associou aos contratos “quási-internacionais públicos”, designadamente a eficácia do contrato na ordem jurídica internacional e a atribuição ao investidor de uma personalidade jurídica internacional limitada.”⁷⁵ Entre outros argumentos invoca a p. 100 : “A jurisprudência do CIRDI mantém-se fiel à distinção tradicional entre obrigações internacionais desencadeadas por normas de Direito Internacional Público e obrigações estaduais geradas pelos contratos de investimento perante o Direito estadual que os regule, negando que a internacionalização do contrato eleve as obrigações contratuais a obrigações internacionais.”⁷⁶ Por sua vez, no entendimento de (PEREIRA, A.G., QUADROS, Fausto de, 2015, p. 180) : “ Pensamos que ainda é cedo para se poder responder afirmativamente. Desde logo, há que notar que, no estado atual da evolução da matéria, a doutrina e a prática internacionais convergem hoje na necessidade de desnacionalizar e internacionalizar aqueles contratos, mas que essa convergência de opiniões pára aqui. (...) Parece, pois, acertado dizer-se que ainda não se atingiu a fase da assimilação dos contratos em questão aos tratados internacionais, pelo que aqueles e estes continuam a mostrar-se como actos jurídicos de natureza diferente. Todavia, a aplicação progressiva àqueles contratos, e particularmente aos “contratos de investimento”, de um regime de Direito Internacional Público, autoriza-nos a qualificar aqueles contratos de “quase-tratados”⁷⁷. Expressão usada pelo Professor Verdross conforme notado por aqueles autores. Todavia, a mera aplicabilidade, sem mais, do Direito Internacional Público pode suscitar sérias dificuldades porquanto, este arquétipo legal não prever soluções para determinadas questões. Assim, conforme (VICENTE, D.M., 2011, p. 93) “Não obstante disso, tem por vezes sido manifestada a preocupação,

⁷⁵ Ver, “A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado”.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Ver, Manual de Direito Internacional Público, obra já cit..

aliás inteiramente legítima, de que uma plena “internacionalização” ou “deslocalização” dos denominados State Contracts pode restringir indevidamente o direito dos povos à soberania permanente sobre os seus recursos naturais. Que as Nações Unidas reconheceram em diversas resoluções como elemento constitutivo fundamental do direito à autodeterminação ver, por exemplo, a Resolução da AG n.º 1803 (XVII) de 14 de dezembro de 1962. Além disso, o Direito Internacional Público não contém quaisquer regras que disciplinem certas questões de relevo frequentemente suscitadas pelas obrigações contratuais. A Convenção Sobre o Direito dos Tratados, por exemplo, não regula a indemnização dos danos causados pela violação das obrigações contratuais. A aplicação do Direito Internacional Público às arbitragens petrolíferas internacionais pode, por isso, revelar-se impraticável. Não surpreende, a esta luz, que sejam raras as decisões arbitrais que determinam a aplicação exclusiva do Direito Internacional Público a litígios em matéria petrolífera. O que não significa, importa nota-lo, que o Direito Internacional Público seja irrelevante no que toca a esses litígios.⁷⁸ “ Por essa decorrência a aplicabilidade do Direito Internacional Público tem sido temperada com a aplicabilidade dos princípios gerais de direito e as leis do Estado Contratante. ”. Ou seja, conforme (GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, p. 361) : “As leis do Estado de acolhimento no qual vão ser desenvolvidos todos os trabalhos de campo por se considerar estarem em conexão mais estreita com o contrato petrolífero”⁷⁹ E com interesse a p. 360 reitera o autor “ que a internacionalização do contrato encontra, todavia, importantes limites nas normas imperativas do Estado e na ordem pública internacional (...)”⁸⁰. Parece assim resultar do regime jurídico previsto na Convenção de Washington uma solução de compromisso entre, a vertente mais “privatista” e do direito internacional ao mandar aplicar ao tribunal, em casos de omissão pelas partes, o direito do Estado Contratante (incluindo as próprias normas de conflitos) e os princípios de direito internacional. Tendo a

⁷⁸ Ver, Arbitragem Petrolífera, obra já cit..

⁷⁹ Ver, "Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales", obra já cit..

⁸⁰ Idem.

jurisprudência do ICSID determinado a primazia do direito internacional sobre o direito do Estado contratantes em caso de conflito. Por último, o tribunal apenas pode julgar segundo “*ex aequo bono*” se as partes nisso tiverem consentido.

5. Da Lei da Arbitragem Voluntária

5.1 O regime jurídico da LAV

Nos termos do art.º 61 da LAV e em matéria de aplicação espacial : “a presente lei é aplicável a todas as arbitragens que tenham lugar em território português, bem como ao reconhecimento e à execução em Portugal de sentenças proferidas em arbitragens localizadas no estrangeiro”. Como muito bem nota (BRITO, M.H., 2012, p. 28) : “O critério que determina o âmbito de aplicação territorial da nova LAV – a realização da arbitragem “em território português” (...) - segue o exemplo do art.º. 1, n.º 2, da Lei modelo da CNUDCI sobre a arbitragem comercial internacional. A expressão deve ser interpretada no sentido de que abrange a arbitragem em relação à qual as partes acordaram em que a sede da arbitragem se situa em território português, independentemente de saber se alguns atos do processo arbitral se praticaram fora do território português ou se a sentença foi proferida fora do território português. Admite-se agora claramente que o tribunal arbitral pode – salvo convenção das partes em contrário – reunir em qualquer local que julgue apropriado com o objetivo de aí realizar uma ou mais audiências, permitir a efetivação de alguma diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações, sem que, por essa circunstância, se altere o lugar da arbitragem (art. 31º, n.º 2).⁸¹” Por sua vez, nos termos do artigo 49º da LAV “1 - Entende-se por arbitragem internacional a que põe em jogo interesses do comércio internacional. 2 - Salvo o disposto no presente capítulo, são aplicáveis à arbitragem internacional, com as devidas adaptações, as disposições da presente lei relativas à arbitragem interna.” O termo “internacional” e “comércio” têm sido

⁸¹ Ver, BRITO, Maria Helena - "As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões". Coimbra : Almedina: Coord. MIRANDA, Jorge, CANOTILHO, J.J.Gomes, BRITO, José de Sousa e, e out., 2012. p. 27-49 - Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles - Vol. 2. ISBN: 9789724049892.

objeto de bastante controvérsia. No entanto, se atendermos à noção da Lei Modelo da UNCITRAL sobre a Arbitragem Comercial Internacional⁸² veremos que ela adota um conceito amplo abrangendo o de investimento. É importante atender a este documento em virtude de ter sido uma das principais fontes da LAV. O artigo principal que dispõe sobre as regras de direito aplicável ao fundo da causa encontra-se no art.º 52 da LAV. Assim, nele se dispõe: “1 - As partes podem designar as regras de direito a aplicar pelos árbitros, se os não tiverem autorizado a julgar segundo a equidade. Qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de determinado Estado é considerada, salvo estipulação expressa em contrário, como designando diretamente o direito material deste Estado e não as suas normas de conflitos de leis. 2 - 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. 3 - Em ambos os casos referidos nos números anteriores, o tribunal arbitral deve tomar em consideração as estipulações contratuais das partes e os usos comerciais relevantes.” Como referido por (MENDES, A.R., VICENTE, Dário Moura, JÚDICE, José Miguel e out., 2012, p. 101) :“N.º1. Consagra-se neste número o princípio da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado, permitindo-se às partes, na esteira do art. 28 (1), da Lei-Modelo, a escolha das regras de direito aplicáveis ao mérito da causa. Uma vez que não se impõe às partes a eleição de um único Direito, (...), podem as regras de direito escolhidas pelas partes pertencer a diferentes sistemas jurídicos, pelos quais é distribuída a disciplina de diferentes aspetos da relação material litigada (depeçage). O preceito exclui, em princípio, a relevância do reenvio operado pela lei designada para uma terceira legislação, por ser este o sentido presumível da escolha

⁸² A referida Lei Modelo foi adotada por Resolução da AGNU 40/72 de 11 de dezembro 1985. Por sua vez, já foi objeto de alterações inseridas por Resolução da AGNU 61/33 18 de dezembro de 2006, conforme http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html ; [acedido 26/06/2016 ; 18:26].

das partes⁸³.” Como se pode aferir, por semelhança com o texto legal supra referido, a LAV assenta no princípio da autonomia das partes. Por sua vez, as partes podem escolher “regras de direito” o que lhes dá uma amplíssima latitude. Neste sentido não podiam ser mais elucidativas as palavras de (BRITO, M.H., 2012, p. 43) “Tem-se entendido que a referência das partes pode incidir sobre: Direito estadual; Regras incluídas em convenções internacionais de direito uniforme; Usos do comércio internacional; Princípios gerais de Direito; Princípios comuns aos sistemas nacionais em contacto com a situação; Modelos de regulação do caso, ex. princípios UNIDROIT ou os Princípios do Direito Europeu dos Contratos.” No entanto, a LAV pratica, a não ser que as partes convençionem em contrário, a referência material não suscitando, assim, questões inerentes à devolução ou reenvio. Já na Convenção de Washington não parece ser essa a solução preconizada. Recorde-se que se deve atender às normas de conflitos do Estado Contratante, por conseguinte, se aquelas normas de conflitos praticarem uma referência global, em qualquer uma das suas modalidades, estaremos perante dificuldades acrescidas na determinação da lei aplicável. As partes podem mandar aplicar a “*lex mercatoria*” e no direito dos petróleos tem-se falado na “*lex petrolea*” como uma realidade específica da *lex mercatoria*. Importa por isso, em termos sumários, esclarecer o que é a “*lex mercatoria*”. Segundo (BARROCAS, M.P., 2013, p. 612): “O conceito da *lex mercatoria*, tal como modernamente é denominada, foi principalmente trabalhado por Schmitthoff e por Berthold Goldman. Para Goldman, a *lex mercatoria* é constituído por usos e princípios que constituem o modo como se encontram estruturados e funcionam juridicamente algumas comunidades de operadores de comércio internacional. Tratam-se de regras de direito anacional dotadas de uma certa coerência, que não baseiam a sua autoridade nos sistemas jurídicos nacionais, mas sim na consciência e na prática coletiva dos operadores de comércio internacional. Essas regras incorporam comportamentos geralmente aplicados e reconhecidos como tal e que adquirem, entre os membros de certas comunidades, um carácter obrigatório pela opinião necessitatis, constituindo assim

⁸³ Ver, MENDES, Armando Ribeiro, VICENTE, Dário Moura, JÚDICE, José Miguel e out. - “Lei da arbitragem voluntária anotada”. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN: 978-972-40-4789-8.

uma lei dos comerciantes ou uma lei do comércio ou, enfim uma *lex mercatoria*. Este corpo normativo constitui segundo Santi Romano, uma verdadeira ordem jurídica, de âmbito limitado, mas bem real.”⁸⁴ No âmbito da atividade petrolífera também existem usos e costumes próprios e Associações internacionais com contratos padronizados e códigos de conduta. Pense-se entre outros no FIDIC, ACCA e, especialmente, a AIPN. Todavia, se as partes nada dispuserem os árbitros sofrem de uma maior limitação pois apenas podem aplicar um **direito do Estado (lei estadual) com o qual o objeto do litígio apresente uma conexão mais estreita**. Por sua vez, a nossa LAV manda, ainda, atender ao elemento da conexão mais estreita. Essa solução é distinta da anterior LAV⁸⁵ vigente, que mencionava no seu art.º 33 o “direito mais apropriado ao litígio”. O critério do direito mais apropriado ao litígio facultava uma maior discricionariedade ao árbitro pois podia aferir do “melhor direito” a aplicar ao mérito da causa. Este critério é distinto do da conexão mais estreita ora consagrado conforme (BRITO, M.H., 2012, p. 46) : “O princípio geral da conexão mais estreita, acolhida em múltiplas codificações de DIP, pretende evitar a rigidez e arbitrariedade dos elementos de conexão tradicionalmente utilizados em matéria de contratos. Por isso, para concretizar tal princípio, o intérprete – no caso, o tribunal arbitral – não atende a um elemento de conexão determinado, antes deve avaliar o conjunto de circunstâncias do caso concreto e ponderar todos os laços (de natureza objetiva ou subjetiva) entre a situação e os ordenamentos em presença, de modo a encontrar o direito que apresenta uma ligação mais significativa com a relação material litigiosa. Por outro lado, na falta de escolha pelas partes das regras de direito aplicáveis, o tribunal apenas pode aplicar “o direito de um Estado”, a conexão mais estreita deve assim exprimir a ligação efetiva à esfera económica, social e jurídica de um Estado. Não se admite portanto a designação pelos árbitros de regras jurídicas anacionais. Não será esta porventura a melhor solução, considerando que uma parte significativa da doutrina portuguesa tem admitido a aplicação da *lex mercatoria*, não apenas mediante a escolha

⁸⁴ Ver, "Manual de arbitragem : LAV de 2011 " obra já cit..

⁸⁵ Concretamente, a Lei n.º 31/86 de 29 de Agosto.

das partes, mas também por iniciativa dos árbitros⁸⁶.” Ainda a este respeito sufragamos entendimento com (PINHEIRO, L.d.L., 2015, Ano 75, pp. 30-31): “A tendência mais representativa que se tem manifestado na jurisprudência arbitral e em regulamentos de centro 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 (artigo 33/2). A ideia de apropriação permite uma ponderação de interesses e uma consideração do conteúdo específico das questões jurídicas a resolver. 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. 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 da natureza do litígio.⁸⁷ Pensamos que, efetivamente, o critério mencionado é o que melhor se ajusta à arbitragem de investimento. Por último os árbitros podem julgar segundo juízos de equidade desde que as partes nisso tenham consentido. Justamente, o mesmo regime jurídico subjacente à Convenção de Washington. No entanto, em todas as situações a LAV impõe ao árbitro que atenda às estipulações das partes e aos usos comerciais relevantes. Com isto, dilui-se em muito a exclusão da *lex mercatória* em caso de omissão das partes. Em nossa modesta opinião esteve bem, neste ponto, a LAV pois é inegável a importância da “*lex petrolea*” no decurso da atividade petrolífera. Acrescentamos, ainda, que é impossível fazer adequada interpretação dos contratos se não forem aferidos os usos. Os mesmos complementam largamente os contratos de petróleo celebrados entre as partes. Umas últimas e singelas palavras para as normas de aplicação imediata e para a ordem pública. Conforme (GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero, 2009, p. 368) “As normas imperativas do Estado têm de ser respeitadas pelas partes e pelos árbitros, pois trata-se

⁸⁶ Ver, “As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões” ; obra já cit.

⁸⁷ Ver, “Introdução à arbitragem de investimento no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas”, obra já cit..

de uma atividade altamente regulada.⁸⁸ E, por maioria de razão as normas de aplicação imediata e as da ordem pública também. Por normas de aplicação imediata e conforme (BRITO, M.H., 2004, p. 87): citando António Marques dos Santos: “São regras de direito material; São regras espacialmente autolimitadas, porque são providas de elementos de localização espacial que lhes são próprios e que as distinguem das demais normas materiais nas quais tal conotação espacial não está presente; São regras dotadas de uma tal intensidade valorativa, pois que visam prosseguir determinados valores considerados essenciais do ponto de vista da ordem jurídica em que se inserem.⁸⁹”. E por último a ordem pública internacional e conforme (PINHEIRO, L.d.L., 2014, p. 659) “é um limite à aplicação do Direito estrangeiro ou transnacional competente segundo o Direito de Conflitos ou ao reconhecimento de uma decisão estrangeira. Esta cláusula geral atua quando, perante o conjunto das circunstâncias do caso concreto, esse resultado seja incompatível com princípios e normas fundamentais da ordem jurídica portuguesa. Esta ordem pública é “internacional” porquanto é específica do Direito Internacional Privado”⁹⁰. É no contexto da ordem pública internacional que se podem suscitar questões referentes à aplicabilidade da Xaria e sua, eventual, conciliação com o conceito da ordem pública internacional.

5.2 Dificuldades na determinabilidade da lei aplicável

No intuito de demonstrar a dificuldade em determinar a própria lei aplicável analisaremos, em seguida, a querela em torno da Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, também conhecida pela Convenção de Viena de 1980 . Como é do conhecimento Portugal não ratificou esta Convenção, o que tem suscitado bastante críticas na doutrina. Conforme (BRITO, M.H.,

⁸⁸ Ver, "Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales", obra já cit.

⁸⁹ Ver, "Direito do comércio internacional" ; obra já cit..

⁹⁰ Ver, PINHEIRO, Luís de Lima - "Direito Internacional Privado : Introdução e direito de conflitos - parte geral - Vol I". 3ª ed. refundida. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5832-0.

2004, p. 166) “ Apesar de o nosso país não se encontrar ainda vinculado a esta Convenção (inexplicavelmente, como tem sido sublinhado por alguma doutrina portuguesa) o conhecimento e o estudo da Convenção de Viena revestem-se da maior importância.” “(...) este instrumento internacional consagra um direito que é, em geral, reconhecido como particularmente adequado à natureza internacional do contrato de compra e venda e, nessa medida, como particularmente apto a satisfazer as necessidades do comércio internacional (...). ”⁹¹ Não obstante, por força do jogo das normas de conflitos ela pode, ainda assim, ser aplicada em Portugal se a norma de conflitos portuguesa designar uma ordem jurídica que aplique a referida Convenção como, de resto, resulta do seu do artigo 1/1/b. Conforme (PINHEIRO, L.d.L., 2005, p. 265) : “Do ponto de vista de um Estado não contratante, como é o caso de Portugal, a Convenção só se pode aplicar no quadro da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos português. É necessário que o Direito de Conflitos português aplique uma ordem jurídica em que vigora a Convenção de Viena e que, na perspetiva desta ordem jurídica, se verifiquem os pressupostos de aplicação espacial da Convenção ”⁹². Existem matérias que estão excluídas, nos termos do art.º 2, do âmbito da Convenção. Uma dessas matérias é a eletricidade, o que tem motivado alguma doutrina a questionar se as matérias de petróleo e gás estão abrangidas pela referida Convenção. Assim, (PALMA, M.J., 2013, pp. 504-505) : “A doutrina tem-se questionado sobre a inclusão ou exclusão de outras formas de energia (nomeadamente o petróleo e o gás) havendo um relativo entendimento no sentido de que; “o que não está excluído está incluído”. Saliente-se, porém que, no caso de a matéria ser, ou vir a ser, coberta por Acordos Internacional, este último prevalece, vide o artigo 90º da Convenção de Viena (...). ”⁹³ Não iremos tomar

⁹¹ Ver, "Direito do comércio internacional", obra já cit.

⁹² Ver, PINHEIRO, Luís de Lima - "Direito Comercial Internacional". Coimbra: Almedina, 2005. ISBN: 9789724026510.

⁹³ Ver, PALMA, Maria João - "Portugal e a ratificação da Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias". Coimbra : Almedina: Coord. FERREIRA, Eduardo Paz, TORRES, Heleno Taveira, PALMA, Clotilde Celorico, 2013. p.

posição perante uma questão com contornos tão delicados e que requer um estudo aprofundado. Fica, no entanto, um modesto registo em relação a uma das dificuldades com o qual o árbitro se pode deparar.

6: Notas Conclusivas

- I. A arbitragem petrolífera é um mecanismo de resolução dos litígios adequada ao direito dos investimentos;
- II. Todos os Contraentes têm interesse em assegurar valores como a neutralidade e a imparcialidade;
- III. Para o Estado de acolhimento significa uma importante fonte de captação de receita e atracção do avultado investimento que é necessário para a prossecução desta atividade;
- IV. Para o Estado Investidor através dos seus operadores económicos uma forma de satisfazer necessidades e obter lucros, respetivamente;
- V. Um dos elementos caracterizadores do contrato petrolífero, propriamente dito, está no facto de um dos Contraentes (Estado de acolhimento ou ente público constituído para esse efeito) ser dotado de poderes de soberania;
- VI. Importa por isso, saber conciliar os interesses dos Investidores com a prossecução dos interesses públicos por esses Estados;
- VII. Por sua vez, a atividade petrolífera também se caracteriza pela sua constante evolução no estado da arte, que vai desde o exercício da atividade a prosseguir até às técnicas a executar em matéria de políticas ambientais e de proteção de toda a sua envolvente (trabalhadores e populações);
- VIII. Tratando-se de contratos com longevidade considerável é natural que ocorram litígios que carecem de ser dirimidos;
- IX. Neste contexto, a arbitragem petrolífera tem vindo a ganhar considerável terreno;

501-518 - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier - Vol. 3. ISBN: 978-972-40-4903-8.

- X. Constatou-se que a última tendência em matéria da aplicabilidade das regras de direito ao mérito da causa são as leis do Estado Contratante e a aplicabilidade do Direito Internacional Público, os seus princípios gerais. Sendo que em caso de conflito deve prevalecer este último em detrimento do primeiro.
- XI. O Direito Internacional Público porque “*desnacionaliza*” a arbitragem e a do Estado Contratante porque, em matéria de execução contratual, apresenta uma maior conexão com o contrato e por sua vez apresenta soluções de que o primeiro não é detentor;
- XII. O primeiro elemento chave é o princípio da autonomia da vontade considerado como um princípio universal;
- XIII. É elevada a discricionariedade das partes na escolha das regras de direito a aplicar ao mérito da causa. Um contrato pode ser regido por diferentes normas provenientes de fontes distintas o que conduz à “*depeçage*”;
- XIV. Como exemplo apontam-se leis internacionais, estaduais, princípios do Unidroit e de Códigos de Conduta, contratos padronizados de Associações e Organizações Internacionais e que integram, entre outros, a “*lex petrolea*”.
- XV. No que tange aos árbitros, e no caso das partes nada terem convencionado, parece estarem mais restringidos devendo cingir-se à aplicabilidade da lei do Estado Contratante e ao Direito Internacional;
- XVI. No entanto, sufragamos entendimento de que uma correta interpretação e execução contratual leva sempre à consideração da “*lex petrolea*”. Ela é essencial para o exercício desta atividade;
- XVII. As decisões “*ex aequo buono*”, a serem viáveis, têm de ser autorizadas pelas partes;
- XVIII. A autonomia das partes e dos árbitros conhece limites resultantes das normas imperativas; normas de aplicação imediata e da ordem pública internacional.

BIBLIOGRAFIA

BARROCAS, Manuel Pereira - "Manual de arbitragem : LAV de 2011 ". 2ª ed. rev. e at. Coimbra Almedina, 2013. ISBN: 978-972-40-5299-1

BRITO, Maria Helena - "Direito do comércio internacional". Coimbra: Coimbra, 2004. ISBN: 9789724021706

BRITO, Maria Helena - "As novas regras sobre a arbitragem internacional. Primeiras reflexões". Coimbra : Almedina: Coord. MIRANDA, Jorge, CANOTILHO, J.J.Gomes, BRITO, José de Sousa e, e out., 2012. p. 27-49 - Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles - Vol. 2. ISBN: 9789724049892

CANOTILHO, Gomes J. J., MOREIRA, Vital - "Constituição da República Portuguesa Anotada - Vol. II". 4ª ed. rev. e reim. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN: 978-972-32-1839-8

COLLAÇO, Isabel Telles de Magalhães - "A devolução na teoria da interpretação e aplicação da norma no direito internacional privado". Coimbra: Coimbra, 1959. ISBN:

CORDEIRO, António Menezes - "Tratado da arbitragem : comentário à Lei 63/2011 de 14 de dezembro". Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 978-972-40-6160-3

DUARTE, Tiago - "O consentimento nas arbitragens internacionais (ICSID)", Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia , . Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. IV. (2010). p. 545-568. ISSN: 0870-3116

DUARTE, Tiago - "Treaty claims, contract claims e umbrella clauses na arbitragem internacional de protecção de investimentos". Almedina : Coimbra: Coord. FREITAS, José Lebre de, DUARTE, Rui Pinto, CRISTAS, Assunção e out., 2011. p. 259-299 - Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida. ISBN: 978-972-40-4318-0

DUARTE, Tiago - "As fronteiras do Direito Público e a arbitragem internacional de protecção de investimentos". Scientia Iuridica. n.º 328 (2011, Tomo LX). p. 293-301. ISSN: 0870-8185

DUARTE, Tiago - " O "Salini test" na arbitragem do ICSID: Still crazy after all these years",. Fundação Luso-Americana para o desenvolvimento, Almedina : Coimbra: Coord. OTERO, Paulo, GOMES, Carla Amado, SERRÃO Tiago, 2015. p. 1049-1068 - Estudos em homenagem a Rui Machete. ISBN: 978-973-40-6182-5

GALA, Francisco Biosa e - "A tipicidade da formas contratuais atípicas no comércio internacional do petróleo". Almedina : Coimbra: Coord. TELLES, Inocêncio Galvão, 2009, 141, IV. p. 999-1026 - O Direito. ISBN: 9780011543727

GÁRCÍA-CASTRILLÓN, C., Otero - " Consideraciones sobre la ley aplicable a los contratos petrolíferos internacionales". Rivista di diritto internazionale privato e processuale. n.º 2º (2009). p. 351-386. ISSN: 978-88-13-29321-5

GOMES, Jorge Salgado, ALVES, Fernando Barata - "O universo da indústria petrolífera : da pesquisa à refinação". 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. ISBN: 978-972-31-1398-3

GOUVEIA, Mariana França - "Curso de resolução alternativa de litígios". 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5570-1

LEITÃO, Luís Manuel Telles de Menezes - "Os Contratos no Direito do Petróleo e do Gás". Almedina : Coimbra: Coord. VICENTE, Dário Moura, 2013. p. 127 - 172 - Direito dos petróleos : uma perspetiva lusófona. ISBN: 978-972-40-5160-4

MACHADO, Jónatas E. M. - "Direito Internacional : do paradigma clássico ao pós-11 de setembro". 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN: 978-972-32-2181-7

MENDES, Armando Ribeiro, VICENTE, Dário Moura, JÚDICE, José Miguel e out. - "Lei da arbitragem voluntária anotada". Coimbra: Almedina, 2012. ISBN: 978-972-40-4789-8

PALMA, Maria João - "Portugal e a ratificação da Convenção de Viena de 1980 sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias". Coimbra : Almedina: Coord. FERREIRA, Eduardo Paz, TORRES, Heleno Taveira, PALMA, Clotilde Celorico, 2013. p. 501-518 - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier - Vol. 3. ISBN: 978-972-40-4903-8

PEREIRA, André Gonçalves, QUADROS, Fausto de - Manual de Direito Internacional Público. 3ª ed. rev. e aumentada; 11ª reim. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 978-972-40-0868-4

PINHEIRO, Luís de Lima - "Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional". Coimbra : Almedina: Coord. PINHEIRO, Luís de Lima, 2004. p. 11-61 - Estudos de direito comercial internacional - Vol. 1 ISBN: 972-40-2148-3

PINHEIRO, Luís de Lima - "A Arbitragem CIRDI e o Regime dos Contratos de Estado". Amedina : Coimbra: Coord. Pinheiro, Luís de Lima., 2008, Ano I. p.78-105 - Revista internacional de arbitragem e conciliação. ISBN: 9789724050171

PINHEIRO, Luís de Lima - "Direito Internacional Privado : Introdução e direito de conflitos - parte geral - Vol I". 3ª ed. refundida. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN: 978-972-40-5832-0

PINHEIRO, Luís de Lima - "Direito Comercial Internacional". Coimbra: Almedina, 2005. ISBN: 9789724026510

PINHEIRO, Luís de Lima - "Introdução à arbitragem de investimento no setor da energia perante as ordens jurídicas portuguesas e angolanas". ROA. (2015, Ano 75). p. 17-38. ISSN: 0870-8118

PIRES, Rita Calçada - "Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio eletrónico : Desvendar mitos e realidades". Coimbra: Almedina, 2011. ISBN: 978-972-40-4402-6

SMITH, Ernest E., DZIENKOWSKI, John S., ANDERSON, Owen L. e out. - "Materials on International Petroleum Transactions". 3ª ed. Westminster, Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010. ISBN: 978-1-882047-48-2

VICENTE, Dário Moura - "Direito aplicável aos contratos públicos internacionais", Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 1º. (2006). p. 289-311. ISSN: 0870-3116

VICENTE, Dário Moura - "Arbitragem petrolífera". Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação. Vol. n.º4. (2011). ISSN: 1647-192X

VICENTE, Dário Moura - "Arbitragem de investimento: A convenção ICSID e os tratados bilaterais". ROA. (2011, Ano 71). p. 751-770. ISSN: 0870-8118

VICENTE, Dário Moura - "Os mecanismos de resolução de litígios entre estados investidores na perspetiva europeia : desenvolvimentos recentes". ROA. (2014, Ano 74). p. 695-721. ISSN: 0870-8118