A GESTÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS INTERNACIONAIS DO PETRÓLEO(*)

CONFLICT MANAGEMENT IN INTERNATIONAL OIL CONTRACTS

FREDERICO FAVACHO*

Recebido para publicação em fevereiro de 2012.

RESUMO: O Contrato de petróleo tem por objeto as atividades que compõe a indústria do petróleo, estratégica tanto para os países produtores quanto para os países consumidores. Aqueles primeiros interessados em maximizar os ganhos decorrentes da exploração de suas riquezas naturais, estes últimos interessados em garantir o abastecimento farto e ao menor preço daquele combustível fóssil. Entre ambos apresentam-se as Companhias Petrolíferas Internacionais, fundadas no início do século quando a propriedade sobre as reservas podiam ser de particulares e os primeiros contratos de exploração lhes garantia uma enorme vantagem em face dos Estados que as recebiam. O aumento da demanda do petróleo, a diminuição das descobertas de novas reservas ou o encarecimento da exploração das reservas que vieram a ser descobertas, o grau de avanço necessário à tecnologia para aquela exploração e questões exógenas aos contratos de petróleo tais como as questões políticas (instabilidade de governos, sucessão de governos liberalizantes por governos nacionalistas ou nacionalizantes) ambientais (agravadas por desastres envolvendo companhias petrolíferas) e sociais (como a distribuição dos royalties entre a população dos estados produtores) são fontes de permanente tensão entre os investidores e os estados. Enquanto os primeiros querem garantias de estabilidade das condições de seus contratos, os segundos não abrem mão de exercer a soberania permanente sobre seus recursos naturais e a autonomia para a fixação de regimes regulatórios, tributários, ambientais, entre outros. Estes conflitos devem ser minimizados e resolvidos mediante uma gestão competente de conflitos, seja ela preventiva, como a busca de contratos claros, transparentes, uniforme e com expressões inequívocas, seja pela utilização de uma normatização supraestatal, com caráter universalizante, como os princípios da UNIDROIT e a *Lex petrolea*, seja em face do conflito estabelecido, com a adoção da arbitragem como o melhor meio de solução disponibilizado às partes envolvidas. O Brasil, que com a descoberta do Pré-Sal passa a ocupar posição de destaque entre os países produtores de petróleo, não está isento da necessidade de gestão dos conflitos nos contratos de petróleo, especialmente a partir da EC 9/95, que flexibilizou o monopólio da União sobre a exploração e produção do petróleo, admitindo a participação de investidores privados mediante contratos de concessão. A questão que fica é se o Brasil, na condição de parte destes contratos de concessão, pode utilizar-se da arbitragem como meio de solução de eventuais conflitos que venham a surgir.

PALAVRAS CHAVES: *Lex petrolea*; Arbitragem Internacional; Lei do Petróleo; Contratos de Concessão.

ABSTRACT: The Oil Contracts have as their object the activities that concern the oil industry, strategic for both producing and consuming countries. The first ones most interested in maximizing the gains from exploitation of its natural wealth, the latter ones interested in securing the plain supply and the lowest price for that fossil fuel. Between the two of then stands the International Oil Companies, mostly

(*) Esse trabalho foi apresentado originalmente como requisito de avaliação e certificação do curso prático-profissionalizante de extensão acadêmica "Litígio Internacional e Direito Energético" realizado conjuntamente pela Heidelberg Center para América Latina, a Universidade Católica de Santos – UNISANTOS e a Escola Superior de Direito Constitucional – ESDC, no primeiro semestre de 2011. A RBDC, apoiadora do evento, publica, nessa edição, os dois melhores trabalhos desse curso, que foram recomendados para publicação pelos coordenadores de todas as instituições envolvidas.

* Advogado. Mestre em Filosofia do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com especialização em Processo Civil pela Universidade Católica de São Paulo, Direito Mobiliário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, English and Internacional Law pela London Guildhall University, MBA em gestão do agronegócio pela Fundação Getúlio Vargas, sócio do escritório Favacho, Massarente e Silva Jr. Advogados. Professor de Ética e Direito aplicado à Informática da Faculdade Veris – Grupo Ibemc.

founded in the beginning of the 20th century when the property on reserves could be private and the first exploration contracts granted them a huge advantage when compared to the producing States. The increase in oil demand, the decline in the discovery of new reserves or the enhancement of exploitation of reserves that came to be discovered, the degree of advancement of technology required for that operation and issues exogenous to oil contracts such as political issues (instability of governments, a succession of governments liberal or nationalist governments), environmental (aggravated by disasters involving oil companies) and social (such as the distribution of royalties among the population of the producing states) are the sources of constant tension between investors and states. While those want to guarantee stability of the conditions of their contracts, these last ones are not willing to give up the exercise of permanent sovereignty over their natural resources and autonomy for the establishment of regulatory, tax, environmental regimes among others. These conflicts must be minimized and resolved by a competent conflict management system, whether in a preventive way, as the search for contracts clear, transparent, uniform and unambiguous terms, whether by use of an supra state norms, with universalizing character, as the principles of UNIDROIT and *Lex petrolea*, with the adoption of arbitration as the best mean of solution available to the parties involved. Brazil, which starts to occupy a prominent position among oil producing countries since the discovery of pre-salt reserves, is not exempt from the need to manage conflicts arising from oil contracts especially since the Constitutional Emend 9/95 relaxed the Union monopoly on oil exploration and production, assuming the participation of private investors through concession contracts. The question that remains is whether Brazil, as part of concession contracts, can use arbitration as a mean of solving those conflicts.

KEY WORDS: *Lex petrolea*; International Arbitration; Brazilian Hydrocarbon Law; Concession Contracts.

Introdução

A indústria mundial e, portanto, grande parte da economia mundial, é dependente dos combustíveis fósseis, com destaque para petróleo e gás. O Brasil, especialmente com a descoberta das reservas de petróleo do denominado "pré-sal" vem a ocupar estratégica posição entre os países ricos em petróleo e grandes fornecedores mundial deste combustível.

A indústria do petróleo, todavia, é uma fonte inesgotável de conflitos e tensões. De um lado temos os países produtores de petróleo que têm interesse estratégico em defender seu domínio sobre suas reservas, ao mesmo tempo em que têm interesse em atrair capital investidor estrangeiro para explorar estas reservas na medida em que este capital agregue novas e mais eficazes tecnologias de pesquisa, exploração e produção de petróleo, enquanto, de outro lado, temos as Companhias Internacionais Petroleiras (IOCs – *Internacional Oil Companies*) interessadas em garantir o maior retorno possível sobre seus investimentos em pesquisa, exploração e produção de petróleo, bem como garantir que, em contratos usualmente de longa duração, seus ativos não sejam expropriados pelos países onde estejam instalados (HOC – *Host Oil Countries*).

Estes conflitos ainda são permanentemente estimulados por acontecimentos econômicos e políticos tais como a flutuação do preço do petróleo no mercado internacional (com destaque para o permanente crescimento histórico da sua cotação), seja em razão do

aumento da demanda[1], seja em razão da diminuição da reserva mundial ou do encarecimento da exploração das reservas existentes[2], e a mudança de governos nos países produtores.

Questões tecnológicas também têm grande impacto sobre aqueles conflitos naturais, tais como a descoberta de novas jazidas, a obsolescência da tecnologia de produção dominada por um país produtor em relação a novas tecnologias possuídas pelas IOCs.

A todas estas fontes de incremento dos conflitos naturalmente esperados entre os países produtores e as IOCs, some-se a moderna preocupação com as questões ambientais[3] (estas agravadas pelos acidentes no Alaska e Golfo do México) que, por sua vez, figura-se como efeitos de uma vigência vertical e horizontal dos Direitos Humanos[4].

A soma de todos estes conflitos e tensões são responsáveis pelo que pode ser chamada Era da Ansiedade em Suprimento de Energia - *Age of Energy Supply Anxiety* (Peter Stark, apud RIBEIRO, 2009, p. 130)

Juridicamente esta tensão político-econômico-financeira revela-se no conflito entre os conceitos de *soberania permanente dos estados sobre seus recursos naturais* e o de *sacralidade dos contratos* (*pacta sunt servanda*) e desemboca obrigatoriamente nas questões que há décadas fomentam o debate que modela o Direito Internacional Privado, em especial

[1] O consumo mundial não dá sinal de trégua: cresceu quase 30% entre 1990 e 2008, de 67 milhões para 86 milhões de barris por dia. No mesmo período, a demanda de petróleo na Índia mais do que dobrou e a da China, triplicou. De acordo com o diretor-executivo da Agência Internacional de Energia (AIE), Nobuo Tanaka, em 2010 o mundo consumiu 2,7 milhões de barris a mais que no ano anterior. O ritmo de crescimento deve se repetir em 2011 (Transição lenta e gradual. A idade da pedra não acabou por falta de pedras. E a era do petróleo? Reportagem de Darlene Menconi, publicada na revista Carta Capital, ano CVI, nº 643, 27 de abril de 2001, p. 45)

[2] Em seu mais novo relatório, datado de dezembro de 2010, a AIE registra ao menos uma obviedade: "A era do petróleo barato acabou". Ibden.

[3] Cf. RUBERT: "La protección del medio ambiente como factor de preocupación de la sociedad y con ello de interés para el mundo jurídico es relativamente reciente, pues su origen se sitúa en la segunda mitad del siglo XX, si bien ello no ha impedido que ocupe hoy en día el lugar destacado que se merece, una posición preponderante en cualquier política económica moderna2, en tanto un medio natural sano y adecuado afecta al desarrollo de la calidad de vida de los ciudadanos y debe inspirar la actuación de los poderes públicos. Efectivamente la transversalidad de la materia ambiental preside tal y como reconoce el ordenamiento comunitario las políticas comunitarias en la actualidad, ello ha supuesto que las legislaciones nacionales hayan tenido que acomodarse a esta nueva realidad jurídica, al nuevo sentir de la sociedad, más aún cuando los dos sectores de estudio en este trabajo, el medio ambiente y la contratación pública, son dos ámbitos objeto de europeización en el derecho administrativo, por tanto en donde las legislaciones estatales se han visto fuertemente condicionadas e influidas en su desarrollo, tal y como se trasluce en la normativa analizada".

[4] Cf. LINETZKY: "La expresión vigencia horizontal se utiliza para graficar que los derechos fundamentales producen efectos entre privados, en oposición al efecto vertical en que sólo resultan oponibles a las acciones de entes públicos, al contraste entre subordinación y coordinación. En lenguaje jurídico alemán (derecho en el que sin duda esta discusión ha alcanzado su mayor desarrollo) se utiliza la expresión Drittwirkung para referirse al efecto de los derechos fundamentales frente a terceros. En lenguaje jurídico anglosajón, en adición al horizontal effect, se ha introducido la nomenclatura de privatisation of human rights. El efecto horizontal puede ser a su vez directo o inmediato (unmittelbare Drittwirkung) e indirecto o mediato (mittelbare Drittwirkung) según se reconozca a los derechos constitucionales el carácter de derechos subjetivos también vinculantes para los privados o sólo un rango de principios que se irradian a las relaciones privadas a través de los valores que subyacen a ellos".

na questão de solução de conflitos entre Estados e Investidores Privados (ISA – *Investor-State Arbitration*).

Como se pode imaginar, a forma como os países realizam ou participam da gestão desses conflitos inerentes aos contratos de petróleo, é preponderante para fixar a sua atratividade para o capital investidor estrangeiro, como veremos ao longo deste artigo.

Em tempos de globalização econômica, abertura da economia e internacionalização de empresas brasileiras e de notável incremento de nosso comércio internacional nos últimos anos, seja em quantidade como em variedade e complexidade, não faltam, todavia, críticas à forma como o Brasil se organiza para garantir sua adequada inserção à dinâmica atual das relações internacionais, na medida em que somos ainda obrigados a encarar os contratos internacionais através do olhar de um legislador da primeira metade do século XX, que obviamente não alcança a evolução ocorrida nem fornece os instrumentos adequados para lidar com essa realidade. Com efeito, nada obstante o Projeto de Código de Aplicação das Normas Jurídicas, concebido por Haroldo Valladão na década de 1960, e o pragmático Projeto de Lei de Aplicação das Normas Jurídicas (Projeto de Lei nº 4.905/95), elaborado quanto ao direito internacional por João Grandino Rodas e Jacob Dolinger, ainda vigem em nosso país as obsoletas regras da Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942 (e que, diga-se de passagem, sobreviveram ao advento do Novo Código Civil, de 2002) (GAMA JR., 2006, p. 4).

Neste artigo procuraremos verificar os principais meios de gestão de conflitos que possam surgir em contratos de petróleo e como o Brasil se posiciona em relação a eles.

Para isso faremos uma abordagem a partir da experiência internacional comparada *vis-a-vis* à legislação brasileira.

I. Contratos do petróleo – Definição e características

O estudo do Direito dos Contratos Internacionais integra a parte especial do Direito Internacional Privado, que tem por objeto encontrar soluções para as hipóteses em que as relações privadas estejam conectadas a mais de um ordenamento jurídico através de regras conflituais (ARAÚJO, 2009, p. 23).

Neste trabalho nos focaremos nos contratos de petróleo, utilizando esta expressão como designativa dos vários contratos possíveis nas diversas fases da indústria petrolífera, respeitando o uso comum que o mercado internacional adota para a expressão *Oil Contracts*. Quando necessário recorreremos às expressões específicas utilizadas pelo mercado

internacional para designar um contrato típico dessa indústria, como, por exemplo, PSC (*production-shering contracts*).

A indústria petrolífera compreende diversas atividades que podem ser exploradas economicamente e individualmente. Ela tem início na pesquisa e termina na revenda dos derivados do petróleo compreendendo: 1) exploração ou pesquisa, quando a empresa procura as áreas de petróleo (por exemplo, blocos); 2) produção ou lavra, quando o petróleo é extraído da jazida; 3) importação e exportação; 4) refino, o processo pelo qual o petróleo passa a ter utilização comercial e industrial; 5) transporte; 6) distribuição, que é o processo de distribuição de derivados no atacado, com a finalidade de atender o consumidor final; 7) revenda, que compreende as atividades de revenda dos derivados, especialmente nos postos de gasolina para o consumidor final (GONÇALVES, RODRIGUES, 2007, p. 16).

De acordo com os critérios de cada país que poderão entender uma ou mais destas atividades como estratégicas ou como desdobramento necessário do princípio da soberania permanente dos estados sobre seus recursos naturais, as atividades antes mencionadas poderão ser exercidas com exclusividade (monopólio) pelo próprio estado ou com menor ou maior participação de empresas estrangeiras. Outro fator determinante para a participação de empresas estrangeiras nas atividades petrolíferas de um estado é o desenvolvimento tecnológico específico deste estado para estas atividades. Neste ponto é importante lembrar que a indústria do petróleo inicia-se, nos finais do século XIX, sob a febre do petróleo que moveu o sonho por fortuna de milhares de aventureiros na mais impressionante saga do capitalismo contemporâneo que inaugurou a era dos magnatas personificados em John D. Rockfeller[5], por esta razão, a iniciativa privada desenvolveu-se largamente a as IOCs detêm, ainda hoje, a tecnologia mais moderna para a exploração do petróleo, tornando-se parceiras quase sempre indispensáveis dos estados ricos em petróleo.

Desta forma, as atividades empresariais desenvolvidas na indústria do petróleo abrangem diversos agentes, tais como as corporações multinacionais (International Oil Companies – IOC), países hospedeiros (Host Oil Countries – HOC), companhias estatais (National Oil Companies – NOC). Outros participantes são agências governamentais (no caso do Brasil, a ANP – Agência Nacional do Petróleo), organizações não-governamentais e dos estados, uma vez que o produto negociado constitui, na maioria das legislações dos países produtores de petróleo, um bem público de propriedade estatal (ALVES, MARINHO, VASSALO, 2007, p. 4).

[5] Carta Capital, cit., p. 44

Os primeiros contratos, ou contratos clássicos, costumavam privilegiar de forma desmedida as empresas exportadoras de capital (investidoras), ficando o Estado (geralmente rico em petróleo, mas pobres e politicamente instáveis, arcar com quase todo o risco econômico das empreitadas, garantindo lucros expressivos. Suas cláusulas normalmente previam: 1) Amplas áreas de concessão; 2) Que não havia direito de resilição, ou revisão contratual; 3) Direito exclusivo sobre todas as operações referentes ao petróleo extraído na área concedida; 4) Direito de propriedade das petrolíferas sobre as reservas de petróleo; 5) Isenção de todos os tributos relacionados à atividade; 6) Pagamento de baixo valor de *royalties*; 7) Que a área concedida e os equipamentos remanescentes ao final da concessão seriam entregues ao governo local; 8) Fixação arbitrária do preço do petróleo extraído pela empresa; 9) Longa duração do contrato.

A valorização do petróleo no mercado internacional, especialmente após a Crise dos anos 70, fez com que os Estados ricos em petróleo passassem a negociar de forma mais paritária as cláusulas de concessão, inclusive revendo os contratos vigentes, neste caso com base na doutrina da soberania permanente dos estados sobre seus bens naturais.

Diante da pressão internacional dos Estados produtores de petróleo, novos arranjos contratuais foram estabelecidos com a formação dos modernos contratos de exploração entre os quais se destacam:

1. Concessões modernas – Contratos em que o risco do negócio é integral do concessionário, sendo, todavia, sua a propriedade do petróleo extraído por ele.
2. *Joint ventures* – Contratos em que o risco do negócio permanece com o concessionário, só que a gerência e os lucros do projeto são divididos entre as partes contratantes. Forma-se uma nova empresa, que explora os bens minerais, e a participação societária é dividida entre a empresa investidora e o Estado receptor do investimento.
3. PSC (*production-shering contracts*) - Aqui também se segue o risco integral para o concessionário, mas fica estabelecido entre as partes que a produção será dividida.
4. Contrato de serviço, ou *risk-service agreements* - Os *risk-service agreements* seguem modelo contratual especialmente distinto dos demais, já que fica pactuado entre as partes como os riscos serão divididos. O risco pode ou não recair sobre o concessionário, mas o que efetivamente se contrata não é a propriedade do petróleo extraído, mas sim o serviço de sua extração. A empresa, por prestar apenas

o serviço de extração, não fica com o direito sobre o petróleo, apenas recebe o correspondente pelo serviço prestado.

5. Contratos híbridos ou compostos – Embora os contatos acima tenham pontos importante que o distinguem, há outros que se valem de cláusulas típicas de mais de uma modalidade. A estes se costuma dar o nome de contratos híbridos, ou compostos, já que combinam mais de uma modalidade.

A prática internacional revela contratos normalmente celebrados sobre a forma de PSC, ou das chamadas concessões modernas (GONÇALVES, RODRIGUES, 2007, p. 58).

A concessão para a exploração de atividades petrolíferas, materializada na relação contratual entre o Estado e uma empresa pertencente a iniciativa privada, inclusive estrangeira, é um tema clássico de Direito internacional Econômico, pois as questões jurídicas que a envolvem eram objeto de estudo de diversos internacionalistas durante parte significativa do século passado[6]. Estes contratos, conforme os ensinamentos de Hermes Marcelo Huck, possuíam características peculiares se comparados com outras modalidades contratuais: 1) característica política, segundo a qual o Estado, ente de natureza política, transmite esta condição às relações contratuais, ao se apresentar como tutor do interesse público; 2) mutabilidade essencial, que permite ao Estado alterar, ou rescindir, o contrato em qualquer oportunidade, desde que haja ameaça ao interesse público tutelado por este Estado, assegurando-se ao particular o ressarcimento por eventuais danos; 3) longa duração, pelo fato de compreender acordos jurídicos que disciplinam "grandes projetos e investimentos"; 4) cláusula arbitral, que prevê a instituição de arbitragem em caso de conflito entre as partes; e 5) cláusula de estabilização, que se fundamenta no princípio da santidade dos contatos, cujo propósito é manter intacto o Direito que rege este contato à época da sua celebração (GONÇALVES, RODRIGUES, p. 15).

Podemos enxergar nas características acima apontadas os dois principais pontos de origem dos conflitos inerentes aos contratos de petróleo: 1) o princípio da soberania permanente, do lado do Estado produtor e 2) o princípio da sacralidade dos contratos para a proteção ao investimento do particular contra a mutabilidade essencial dos contratos de longa duração celebrados com o Estado.

[6] No Brasil, por exemplo, temos as obras clássicas de Luiz Olavo Baptista (Contrato de Risco), Guido Fernando Silva Soares (Concessões de Exploração de Petróleo e Arbitragens Internacionais) e Hermes Marcelo Huck (Contratos com o Estado).

Da mesma maneira, destacam-se as duas principais formas de solução àqueles impasses criados pelos conflitos dos interesses acima apontados: 1) a inserção de cláusulas de estabilização nos contratos de petróleo e 2) a remissão à arbitragem como meio de solução de eventuais conflitos não resolvidos pela via negocial prévia.

Soberania Permanente

A noção de soberania, em seu sentido amplo, é essencialmente histórica no sentido de que ela varia no tempo e no espaço, sendo que atualmente é ainda mais relativa, entendida como um conjunto de competências limitado pela ordem internacional (Celso D. de Albuquerque Mello *apud* RIBEIRO, 2009, p. 137).

No nosso século, o conceito político-jurídico de Soberania entrou em crise, quer teórica quer praticamente. Teoricamente, com o prevalecer das teorias constitucionalistas; praticamente, com a crise do estado moderno, não mais capaz de se apresentar como centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional. O movimento por uma colaboração internacional cada vez mais estreita começou a desgastar os poderes tradicionais dos Estados soberanos. O mercado mundial possibilitou a formação de empresas multinacionais, detentoras de um poder de decisão que não está sujeito a ninguém e está livre de toda a forma de controle (BOBBIO, 1994, vol. 2, p. 1187)[7].

Nos interessa, todavia, particularmente neste artigo, o conceito de soberania permanente, assim entendida a propriedade do estado sobre os seus recursos naturais, dentre os quais, obviamente, o petróleo.

O princípio da Soberania Permanente Sobre Recursos Naturais (Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources) foi consagrado na Resolução nº 1.803 de 1962 das Nações

[7] Ainda, segundo os autores: "A plenitude do poder estatal se encontra em seu ocaso; trata-se de um fenômeno que não pode ser ignorado. Com isso, porém, não desaparece o poder, desaparece apenas uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conveito político-jurídico de Soberania. A grandeza histórica deste conceito reside em haver visado uma síntese entre poder e direito, entre ser e dever ser, síntese sempre problemática e sempre possível, cujo objetivo era o de identificar um poder supremo e absoluto, porém legal ao mesmo tempo, e o de buscar a racionalização, através do direito, deste poder último, eliminando a força da sociedade política. Estado este supremo poder de direito em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas 'autoridades' que estão surgindo'".

Unidas, que reconheceu o direito dos países de dispor das riquezas nacionais em acordo com os interesses nacionais (JOFFÉ, STEVENS, GEORGE, LUX e SEARLE, p. 5)[8].

O princípio da Soberania Permanente, bem como o de Auto-Determinação dos Povos (autonomia) e Direitos Humanos, instrui os princípios básicos do Direito Internacional e tem sido ciclicamente utilizado como argumento fundamental em processos de nacionalização de IOCs pelos países produtores.

Historicamente podemos assinalar como ponto inicial desta discussão a descoberta de petróleo no Irã, em 1908, por William Knox D'Arcy. Naquela ocasião, o modelo de contrato de exploração firmado entre D'Arcy e o representante da dinastia Qajar, então no poder, garantia ao concessionário um posse exclusiva e o direito de prospecção sobre uma vasta área do país e determinava um taxa de *royalties* pequena e apenas em caso de sucesso na abertura e exploração dos poços. Este contrato acabou sendo utilizado como modelo para todas as concessões do oriente Médio durante o período colonial. Estes contratos davam às IOCs e aos países consumidores de petróleo (geralmente sedes dessas mesmas IOCs) poder sobre a taxa de produção, refino, transporte e distribuição que permitia a fixação dos preços (especialmente aqueles importantes para os fins de cálculo das taxas e/ou *royalties* devidos aos países produtores) de tal forma que as vantagens eram maximizadas para eles, às custas dos países produtores. Com o fim do período colonial o Irã, sob o governo de Mossadegh, contrapôs-se a esse contrato e nacionalizou os ativos da British Petroleum (BP), enfrentando, logicamente, grande resistência e tentativas de derrubada de governo por essa razão. Sua iniciativa vitoriosa, ao final, no entanto, acabou por incentivar outros países do Oriente Médio a fazerem o mesmo, culminando, inclusive, na criação da Organização dos Países Produtores de Petróleo e, de certa forma, na própria resolução 1.803 da ONU (JOFFÉ, STEVENS, GEORGE, LUX e SEARLE, 2009, p. 4-5).

Em outros momentos, quando o estado produtor precisou de investimentos e, principalmente, tecnologia, para explorar suas reservas, o princípio da Soberania Permanente foi abrandado, ainda que os novos contratos já não copiassem aqueles primeiros, e buscassem uma melhor equação dos interesses dos países produtores e dos investidores privados.

[8] "The UN had previously addressed this issue in 1952 when the first resolution over 'permanent sovereignty' over natural resources was passed. In 1962, the General Assembly passed another resolution recognising the right of a country to dispose of 'national wealth' in accordance with national interest and, in 1966, Assembly Resolution 2158 recommended that host countries maximise their exploitation of their natural resources by taking full control of production, management and marketing".

O conceito subsiste em plena força, contudo, como podemos observar pelas recentes nacionalizações de ativos de IOCs levadas a cabo na Bolívia, em 2008.

1.2 Sacralidade dos Contratos

O princípio da Sacralidade dos Contratos, também identificado como o princípio da força obrigatória dos contratos ou, ainda, da intangibilidade do conteúdo dos contratos, expressa no brocardo *pacta sunt servanda*, significa impossibilidade de revisão ou alteração do contrato, seja por ato das partes (salvo comum acordo, o que significaria novo contrato), seja por parte do Estado, na figura do juiz. Essa força obrigatória atribuída pela lei aos contratos é a pedra angular da segurança do comércio jurídico e justifica-se em decorrência do próprio princípio da autonomia da vontade, uma vez que a possibilidade de intervenção do juiz na economia do contrato atingiria o poder de obrigar-se, ferindo a liberdade de contratar (GOMES, 2000, p. 36).

Observe-se que, na ordem interna, autonomia significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. Por outro lado, na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato (ARAÚJO, 2009, p. 510).

Historicamente, as IOCs sempre buscaram argumentar que seus contratos seriam sujeitos ao princípio da Sacralidade dos Contratos dentro do Direito Internacional e que, por esta razão, não poderiam ser alterados unilateralmente pelos governos que viessem a se suceder ao longo do período de vigência daqueles contratos. Esse conceito, entretanto, baseava-se na presunção de que as partes contratantes teriam igual poder de barganha o que nem sempre era verdade, com o poder, em grande parte dos casos, inclusive, pendendo mais para as IOCs do que para os estados produtores.

Ademais, nos contratos celebrados entre um Estado produtor e um investidor privado existe uma diferença importante entre os interesses envolvidos: enquanto o Estado, em princípio, representa e deve defender os interesses gerais de seus nacionais, o investidor privado preocupa-se exclusivamente em agregar valor para seus shareholders9.

[9] In economics, this potential difference can be explained by the difference between private project appraisal (PPA) and social cost benefit analysis (CBA). In PPA the private investors or buyers look to their own interests, while in CBA the government needs to account for the wider social welfare of the society it represents. Also economists

Esta distinção entre interesses públicos e privados, inclusive, será de grande importância no debate sobre expropriação e nacionalização de ativos de IOCs, como veremos adiante.

De toda sorte, o princípio da sacralidade dos contratos, nos contratos de petróleo, aplica-se na medida em que o descumprimento das cláusulas contratadas ou a mudança unilateral das condições do contrato, pelo Estado, seja rele representado pelo Poder Administrativo, Legislativo ou Judiciário ou por suas Agências Reguladoras ou Empresas Públicas, poderá ensejar a configuração de expropriação direta ou indireta do investimento, dando azo à indenização do investidor privado pelos danos por ele sofridos.

II. Importância da gestão de conflitos

Como vimos, tão necessária quanto tensa é a relação entre os estados produtores de petróleo e as IOCs sendo certo que a entrada de novos países, nominadamente China e Índia, dispostos a competir pelo petróleo mundial e, neste sentido, a celebrar contratos de fornecimento de longa duração com os países produtores de petróleo, ao mesmo tempo em que vêm causando o histórico aumento do valor deste combustível e, consequentemente, aumentando a importância desta indústria no PIB dos países produtores, vêm aumentado o poder de barganha destes em face aos seus tradicionais parceiros. Da mesma forma, muitos países produtores estão experimentando, graças ao aumento de seus respectivos PIBs em razão da valorização do petróleo aliado a mudanças estruturais (de ordem político-social e econômica), uma nova maneira de pensar o bem-estar social de seus nacionais e uma nova visão em relação ao destino a se dar à coisa pública (*res publicae*) nela incluídas as riquezas minerais.

Por outro lado, o descobrimento de novas reservas vem diminuindo em ocorrência, ainda que os novos campos petrolíferos descobertos, aqui incluído o pré-sal brasileiro, sejam expressivamente grandes. Estes campos, por sua vez, demandam cada vez mais tecnologia de ponta, nem sempre dominada pelos países produtores, mas pelas IOCs, o que lhes devolve, de alguma forma, o poder de barganha na negociação dos contratos de exploração e produção.

often take a different view of value from accountants. For accountants the concept of value is primarily determined by the context in which the question is being addressed and who is asking the question. For economists, value concerns real opportunity costs of the resources involved (JOFFÉ, STEVENS, GEORGE, LUX e SEARLE, 2009, p. 14).

Finalmente, questões aparentemente exógenas aos contratos de petróleo, tais como as ambientais e de direitos humanos, condicionam cada vez mais a atividade da indústria petrolífera e impõem ao Estado e às IOCs novos níveis de exigência e colaboração.

Como se vê, não faltam campos para o surgimento de conflitos entre os Estados e o investidores privados no âmbito dos contratos de petróleo. Como estes contratos são, quase sempre, de longa duração e envolvem valores muito elevados, a gestão desses conflitos, com vistas a evitar desgaste entre as partes contratantes e, principalmente, evitar a interrupção do fornecimento de petróleo por um lado e maiores prejuízos por outro, é de vital importância.

Esta gestão começa pela prevenção da geração de conflitos a partir de uma base legal e contratual que regule adequadamente as obrigações de cada contratante e que dê a segurança necessária ao investidor para atraí-lo, o que se faz com o uso de cláusulas claras e amplamente conhecidas pelas partes e consagradas por todos os participantes da indústria petrolífera. Passa pela negociação competente das eventuais adaptações e atualizações necessárias aos contratos para fazerem face às novas demandas sociais, políticas e econômicas e finda por estabelecer um transparente procedimento de solução dos conflitos instalados, preferencialmente por meio de arbitragem internacional.

Gestão preventiva

A gestão preventiva de conflitos a que nos aludimos neste artigo carrega os esforços de uma negociação e uma contratação clara e transparente para as partes de tal forma que estas conheçam criteriosamente os termos aos quais estão se obrigando. Dado que toda e qualquer contratação internacional tem por característica a submissão de seus contratantes a sistemas jurídicos, quando não culturais e linguísticos, diversos, é de se imaginar que estas mesmas partes carrearão à suas interpretações do contrato firmado suas experiências e conhecimentos forjados sob o calor daqueles diferentes sistemas. Buscar a uniformização do discurso e a simetria das informações é um recurso fundamental para se prevenir o surgimento de conflitos.

Nesse sentido, o recurso a contratos padrão e às fontes do direito internacional, com destaque para os princípios UNIDROIT e à Lex Petrolea, em complemento aos Tratados Bilaterais de Investimento (BIT) ou Multilaterias (MIT) e outras convenções e tratados aos quais as partes estejam vinculadas, podem ser tão vitais para a formação inicial do contrato quanto o serão mais tarde em sede de uma possível arbitragem. Até mesmo o recurso a contratos de seguro específicos poderá ser lançado neste caso, como veremos adiante.

2.1.1 Contratos padrão

Contratos modelos pretendem padronizar as expressões utilizadas comumente em contratos e são utilizados por diversas indústrias, com ênfase no mercado de commodities. Assim temos, por exemplo, no caso de grãos e fibras, os contratos GAFTA (Grain and Feed Trade Association), no caso do algodão, os contratos ICA (International Cotton Association) e, no Brasil, no caso específico da soja, os contratos ANEC (Associação Nacional dos Exportadores de Cereais).

Da mesma forma na indústria do petróleo observa-se o crescimento do uso de contratos modelos.

A maioria destes contratos é utilizada diretamente entre as IOCs, mas, igualmente, muitos Estados ao redor do mundo estão criando seus contratos padrão, especialmente nos casos de contratos PSC e *Service Agreements*[10].

A Association of International Petroleum Negotiators (AIPN) fez uma tentativa de criar um modelo global de contrato com países produtores (*host government contract*). Todavia o projeto não teve apoio das IOCs chaves e este projeto não foi concluído. Como apontam MARTIN e PARK (2010, p. 8):

> The reasons behind this are interesting to examine, because they hold lessons for other potential initiatives to create model contracts where none currently exist. The story is best told in the AIPN report that was created in substitution for the global model host government contract, involving an extensive comparative survey of common clauses used by host governments throughout the world in their petroleum granting contracts. The gist of the tale is that host government contracts take many different structures and are designed by host states to meet a wide variety of needs. Similarly, IOCs as counterparties to the state in these contracts may be prepared to commit to arrangements in one state that they are not willing to do in another state. Consequently, the variety of arrangements was thought by both states and IOCs to be too broad to permit a single model contract to meet the needs and capabilities of all parties in all situations. Nevertheless, the 'Host Government Handbook' that the AIPN created out of this initiative is a valuable tool.

2.1.2 Acordos de investimento

[10] They may be used as a model for government contracts in a particular jurisdiction but they are not always widely accepted and used in other countries, even though some countries have cooperated with each other in sharing these types of precedents. These 'models' are sometimes encouraged and supported by multilateral institutions such as the World Bank. The World Bank has offered its assistance to states as they develop their legal, contractual and fiscal frameworks to attract foreign direct investment that will quicken the development of petroleum opportunities. As part of this programme, the World Bank has encouraged states to draft one or several variants of a 'model contract' and provided technical assistance to assist in these efforts. (MARTIN, PARK, 2010, p. 7)

Contratos de petróleo, e entre eles, com destaque para os contratos de exploração e produção, são geralmente precedidos por tratados de proteção ao investidor estrangeiro (*investment treaties*), acordos entre dois ou mais estados nos quais cada um dos Estados participantes (*Contracting State*) concordam em promover e protege o investimento feito em seu território por investidor de outro Estado participante. A maioria destes contratos são bilaterais, ou seja, firmado entre dois Estados diretamente (BIT), ainda que haja um número crescente de acordos multilaterais (MITs)[11]. O primeiro BIT foi assinado entre a Alemanha e o Paquistão, em 1959 sendo este ano considerado o de nascimento da primeira geração de BITs. Este tratado, no entanto, pode ser visto como um ato isolado porque não foi antes do final dos anos 80 que o número de BITs começou a crescer e a dar corpo à segunda geração destes acordos. Este movimento está associado ao maior fluxo de investimentos ocorridos nesse período, especialmente em países em desenvolvimento. A partir de 1995, com o surgimento de acordos multilaterais e a formação dos grandes blocos comerciais como o NAFTA - *North American Free Trade Agreement* e a entrada em cena dos países do leste europeu, surgem os BITs de terceira geração.

Um BIT, em geral, terá em seu corpo as seguintes disposições (SKINNER, MILES LUTTRELL, 2010, p. 263):

1. Nenhum dos Estados participantes expropriará, nacionalizará ou de qualquer forma se apropriará dos investimentos feitos pelo nacional de outro Estado participante;
2. Cada Estado participante tratará o investidor de outro Estado participante como trataria seu próprio investidor nacional;
3. Cada Estado participante estenderá ao investidor de outro Estado participante qualquer benefício (maior) que garantir ao investidor de um terceiro Estado (não participante daquele BIT)
4. Os Estados participantes garantirão aos investidores do outro Estado participante tratamento justo e equitativo - *fair and equitable treatment* (FET); e
5. No caso de disputa entre um investidor e um Estado participante ou entre estes Estados, a partes deverão submetê-la à arbitragem.

[11] In contrast to MITs, where the multiplicity of proposed member states tends to extend considerably the process of treaty drafting and formation, BITs are relatively easy to establish. They are usually short documents, comprising between ten and fifteen operative articles which are often sourced from a 'Model BIT' (such as the English, Dutch, German and United States Model BITs), and there are only two countries to please. As a result, there are nearly 3,000 BITs in force globally (SKINNER, MILES LUTTRELL, 2010, p. 263).

Importante nestes BITs, ainda, é a existência de cláusulas guarda-chuva (*umbrella clause*) disposição que determina que a inadimplência de um contrato entre um investidor de um Estado participante e outro Estado participante será entendido como inadimplemento do próprio contrato em si, levando a solução do conflito necessariamente para a arena internacional prevista para a solução das questões referentes ao descumprimentos de acordos e tratados internacionais.

A existência de um BIT dando guarida a um contrato de petróleo é tão importante que já se forma uma verdadeira indústria de Treaty Shopping[12] e a consequente reação dos Tribunais arbitrais

2.1.3 Cláusulas de estabilização

Dentro das previsões contratuais de praxe nos contratos de petróleo dá-se destaque às cláusulas de estabilização (*stabilization clauses*), cláusulas que inseridas no contrato pretendem garantir ao investidor, em princípio, a imutabilidade das condições sob as quais os contratos foram firmados, prevenindo-o dos riscos decorrentes da autonomia do Estado e do seu poder de, legislando sobre assuntos de sua competência, afetar direta ou indiretamente o contrato ou, ainda, em última análise, criar condições que impliquem na expropriação direta ou indireta de seus ativos.

Como expõe MANIRUZZAMAN (2008, p. 121):

> International energy contracts, like any other long-term international investment contracts, between a foreign investor and the host State are often exposed to various political and economic risks, especially in developing countries. The recent events of governmental interference with international energy operations in some Latin American countries, viz, Venezuela, Bolivia and Ecuador, and elsewhere in the face of ever-increasing energy prices are reminiscent of the 1970s events of nationalization and expropriation of investments of International Oil Companies (IOCs) in many host countries. To address this concern to protect foreign investment, various stabilization techniques and mechanisms have been developed and adopted in related legal instruments such as international investment contracts, international investment treaties and also in national legislation.

[12] The expression 'Treaty Shopping' refers to the conduct of foreign investors who deliberately seek to acquire the benefits of a Bilateral Investment Treaty (BIT) by making foreign investments or bringing claims from third countries that have more favourable treaty terms with the target host state. Treaty Shopping covers two situations, the first of which relates to the 'back end' of the investment, and the arrangements that can be made by an investor once a dispute has arisen. The investor might, for example, sell its distressed asset to a subsidiary incorporated in a state that has a more favourable BIT – or, indeed, any BIT – than the original treaty. Ibdem

Estas cláusulas de estabilização inicialmente buscavam criar uma limitação ao poder normativo do Estado, i.e., criar uma imunidade aos contratos em relação a alterações no corpo normativo, no ordenamento jurídico do HOC. Eram cláusulas que buscavam congelar a situação normativa do contrato em relação à legislação e às condições vigentes quando do momento da sua celebração (*freezing clauses*). Com esta medida pretendiam as IOCs ficar imunes a alterações nas legislações tributárias, na regulamentação dos *royalties*, entre outras disciplinas legais dos HOC. Para garantir a validade destas cláusulas várias técnicas foram utilizadas, inclusive a de transformar o contrato em uma lei especial, geralmente por iniciativa do Poder Executivo, dentro das previsões constitucionais do HOC.

Estas cláusulas, no entanto, postas assim, desta forma, não impediam na verdade que o HOC exercesse sua autonomia e alterasse o ambiente legislativo no qual o contrato de petróleo se inseria. Por esta razão, estas cláusulas evoluíram para cláusulas de cunho econômico, i.e., focadas na manutenção do equilíbrio inicial do contrato, sujeitando-o, assim, a renegociação ou revisão no caso de alteração do ambiente legal ou regulatório do HOC.

Interessante notar que estas cláusulas não visam especificamente a compensação por expropriação indireta, o que, por outros meios, já estaria garantido em outras cláusulas do contato ou por meio de BIT ou, em última análise, pelas regras de Direito Internacional, mas garantir a continuidade do contrato, mediante a obrigação do Estado em renegociar as condições em caso de alteração do espectro legislativo que envolve aquele mesmo contrato. Estas cláusulas, no entanto, podem criar uma nova fonte de conflito, qual seja: a disputa em relação à própria renegociação do contrato.

Por esta razão NWAOKORO (2010, p. 103) adverte:

> The stabilization clause remains a popular risk management tool that can create a false sense of security when faced with adverse governmental measure that purports to alter the fiscal landscape in international energy contracts. Insufficiently stressed in many publications trumpeting its utility is that its apparent effectiveness depends on whether it is buoyed by a well-tailored arbitration clause, including governing law and arbitration venue, to provide a nexus to international arbitration. The effectiveness of a stabilization clause hinges on its enforceability.

O mesmo autor ainda conclui (2010, p. 109):

> Absent an international nexus, a stabilization clause by itself provides little more than psychological comfort as a wronged international oil company (IOC) must litigate in the host nation with attendant perils. (…) Where binding the State is impractical, availability of a bilateral investment treaty (BIT) to provide the bridge to international arbitration should be explored.

2.1.4 Seguro

Um outro instrumento de gestão de conflitos comumente utilizado para contratos entre particulares é o seguro[13], não porque previna conflitos, necessariamente, mas porque, garantindo a indenização em caso de sinistro (aqui entendido como o descumprimento total ou parcial do contrato ou de cláusulas específicas desde que seguradas) evita que o conflito se prolongue ou que ganhe maiores proporções em razão da possível discussão sobre a existência ou não de danos ou sua valoração.

Estes seguros em geral garante cobertura especificamente contra expropriação e podem ser do tipo CEN ou CEND siglas para o inglês *confiscation, expropriation, nationalization and deprivation*, com algumas apólices já incluindo, inclusive, ataques terroristas.

2.1.5 Princípios *Unidroit*

Tradicionalmente o direito internacional privado contempla a solução de conflitos de lei no espaço mediante a indicação, pela norma conflitual, do direito aplicável à relação jurídica. Contudo, tais conflitos podem ser solucionados pela criação de um direito uniforme, que elimine total ou parcialmente a diversidade legislativa mediante o estabelecimento de normas materiais substantivas sobre determinada matéria (GAMA, 2006, p. 181).

Nesse sentido o esforço de se criar uma *soft law* assim entendida como um complexo normativo ou pseudonormativo que serve como critério de fundamentação de decisões ou de legitimação de práticas e de comportamentos típicos de natureza profissional, no domínio do comércio internacional. Isso nada obstante seja desprovido de caráter vinculativo e atue mediante a persuasão ou pelo convencimento da sua conformidade com o direito (em sentido lato) ou com a deontologia comercial (resoluções, recomendações, pareceres, princípios, diretivas, guias profissionais, códigos de conduta, códigos de deontologia, leis-modelos etc.) (GAMA, 2006, p. 220).

Também conhecido como um direito *savant* na medida em que construído a partir da opinião de expertos e juristas, sua adoção decorre da persuasão racional que seus conceitos

[13] There are a number of different forms and methods of investment insurance in the PRI market. Such insurance may be available from state sponsored insurance agencies, such as the US Overseas Private Investment Corporation (OPIC), a multilateral agency such as the World Bank's Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), countries' export credit agencies (ECAs) and private insurers such as insurance companies and syndicates at Lloyd's of London. (JOFFÉ, STEVENS, GEORGE, LUX e SEARLE, 2009, p. 12).

invocam a partir do diálogo com as fontes de origem mais diversas e da criação gradual de um léxico comum legitimador.

Seguindo estas características os princípios UNIDROIT[14] se põem como um conjunto de prescrições informativas que, utilizados na interpretação dos contratos internacionais, vão construindo uma jurisprudência sólida e referencial para os novos negócios que se celebram a cada dia.

O impacto prático dos Princípios do UNIDROIT dá-se sobremodo em razão da possibilidade de sua aplicação direta nas arbitragens internacionais, mas não se limita a essa aplicação. De fato, GAMA JR. (2006, p. 445) lista uma série de hipóteses de aplicação direta daqueles princípios, a saber:

a) aplicação dos Princípios como parte integrante da *Lex mercatoria* ou expressão dos princípios gerais do direito;

b) aplicação dos Princípios como substituto, fonte de inspiração ou justificação do direito nacional aplicável;

c) aplicação dos Princípios para a interpretação ou preenchimento das lacunas existentes em instrumentos internacionais de direito uniforme;

d) aplicação dos Princípios em outros contextos; e

e) aplicação dos Princípios como modelo legislativo.

Ao inserirmos os princípios do UNIDROIT na gestão preventiva dos conflitos (não afastando sua óbvia aplicação na solução dos conflitos instalados, em sede de arbitragem), entendemos que estes princípios, ainda que não tenham sido expressamente acolhidos pelo contrato internacional firmado entre as partes, bem como a jurisprudência que se formou nos tribunais arbitrais (e mesmo nacionais) quanto à sua aplicação, identificam e apontam para as soluções prováveis dos conflitos de tal forma que as partes contratantes, antecipando-se ao resultado esperado, podem dirimir o conflito prematuramente, evitando desgastes e custos maiores.

2.1.6 Lex petrolea

[14] L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome dans la **Villa Aldobrandini**. Son objet est d'étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des Etats ou des groupes d'Etats et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles. (www.unidroit.org. Acessado por última vez em 25 de abril de 2010).

O quanto afirmado acima em relação aos princípios UNIDROIT aplica-se igualmente à chamada *Lex mercatoria* e como especialidade desta, ao que se convencionou chamar *Lex petrolea*.,

A *lex petrolea* aparece como uma especialização da *lex mercatoria* decorrente da importância e do volume do comércio internacional do petróleo e das suas especificidades.

O termo *lex petrolea* foi cunhado pela primeira vez, no tribunal arbitral que atuou no caso ARAMCO v. Arábia Saudita, de 1958, que entendeu que a lei nacional aplicável ao caso deveria ser interpretada e complementada pelos princípios gerais do direito, pelos costumes e pelas boas práticas da indústria do petróleo. Mais tarde, em 1982, no caso Kwait v. AMINOIL, o governo apresentou como argumento um conjunto de decisões arbitrais proferidas em litígios da indústria petrolífera que teria originado a *lex petrolea*, como uma especialização da *lex mercatoria*. Diversos são os precedentes onde ela foi reconhecida como aplicável ao mérito da controvérsia, tanto de forma exclusiva, como subsidiária. No caso Sapphire International Petroleum v. NIOC, os árbitros fundamentaram sua decisão de aplicação da *lex petrolea* à composição do litígio com base nos princípios da boa-fé e da cooperação entre as partes para identificar o conjunto de regras a reger o contrato em questão, afastando a lei nacional do Estado hospedeiro. No caso British Petroleum (BP) v. Líbia, os árbitros aplicaram a *lex petrolea* subsidiariamente para preencher as lacunas do direito líbio (ALVES, MARINHO, VASSALO, 2007, p. 5).

2.2. Gestão de conflitos instalados

Tomadas as cautelas para a prevenção de conflitos e esgotados os esforços de solução de conflitos no seu nascedouro, não haverá remédio senão a busca pela solução do conflito instalado observadas as fórmulas e as prescrições estabelecidas no próprio contrato ou nos tratados a que ele remeter, observadas as exigências constitucionais e infraconstitucionais dos países envolvidos.

Como aponta BOTCHWAY (2010, p. 286): “Various types and forms of dispute resolution are accepted, consolidated or prescribed in the BITs. Even where adversarial or conventional modes of dealing with disputes are prescribed, amicable settlement is emphasised as the ultimate objective. It is that objective which implicates or explicitly undergirds negotiations”.

Como vimos anteriormente, os BITs normalmente proveem os investidores com o recurso direto à arbitragem em face dos HOC, denominada *Investor-State Abritation* (ISA)

sendo o ICSID - International Centre for Settlement of Investment Disputes o fórum normalmente indicado para estas arbitragens quando os países signatários são também signatários da Convenção de Washington[15] (o que não é o caso do Brasil). Outros tribunais normalmente indicados nos BITs são o da ICC – *International Chamber of Commerce* em Paris e a London Court of International Arbitration.

A arbitragem comercial internacional é amplamente indicada dada a neutralidade do tribunal arbitral, instalado com independência da legislação interna, material e processual, do país envolvido no conflito ainda que eventualmente remeta os árbitros a esta mesma legislação, assim como em razão da confidencialidade do procedimento e do seu resultado (salvo nas arbitragens realizadas no âmbito da ICISD, em que os resultados compõem a base jurisprudencial aberta a consulta)[16].

Neste ponto, é preciso observar-se a importância da cláusula arbitral existente no contrato (ou no BIT) e garantir que não seja uma cláusula vazia, vale dizer, desprovida da correta indicação do Tribunal Arbitral a ser recorrido e das regras procedimentais e legislação material aplicável.

A experiência mundial é pródiga em exemplos de problemas gerados por cláusulas arbitrais vazias. O Direito Comparado nos revela que o problema gerado pela cláusula arbitral vazia é enfrentado de diversas formas pelos ordenamentos jurídicos estatais, pelas convenções internacionais e pelos organismos internacionais ou regionais, que cuida do desenvolvimento do Comércio Internacional, servindo-nos estas soluções de contrapontos ou de paradigmas. A legislação francesa, por exemplo, considera nula a cláusula compromissória vazia. Já a espanhola dispõe sobre a possibilidade do Juiz de Direito, diante de uma cláusula vazia, nomear o árbitro – ou os árbitros – que, uma vez investido na função, resolvera as demais lacunas deixadas pelo pacto arbitral incompleto. Já no plano convencional da *Lex mercatoria*, temos a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, conhecida como CIDIP I, Panamá/1974 e a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional adotada pela UNCITRAL em 1985, que preveem a possibilidade e validade da execução forçada do

[15] Convenção sobre Resolução de Disputas Envolvendo Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados (ICSID – International Centre for Settlement of Investiment Disputes) Washington – 1966.

[16] Assuming contracting options are unavailing and the host nation neither waives sovereignty nor agrees to international arbitration, counsel should explore options for a BIT to confer the requisite international jurisdictional nexus. Where no such treaty exists between the IOC's home State and the foreign country, counsel should consider corporate restructure and migration to benefit from BIT, which offers several protections, including a bridge to international arbitration (NWAOKORO, 2010, p. 109).

pacto vazio ou, ainda, tal como a lei espanhola, a possibilidade de intervenção judicial para nomeação de árbitro (FAVACHO e GASPAR, 2006, p. 235).

Uma vez ultrapassada a questão da aptidão da cláusula arbitral para instaurar a arbitragem, é necessário verificar se ela foi validamente celebrada, observe-se que essa análise deve ser sempre inspirada pela presunção de validade da cláusula compromissória/compromisso, ou seja, de acordo com o princípio do *favor validatis* ou *favor arbitratis*. A regra geral é, portanto, a da presunção da validade da convenção de arbitragem, uma vez que a vontade das partes de submeter suas controvérsias à arbitragem deve ser respeitada. Assim, essa presunção só será elidida em hipóteses excepcionais (DOLINGER e TIBURCIO, 2003, p. 134)

2.2.1. O problema da jurisdição e da arbitragem

A eleição da arbitragem comercial internacional como meio de solução de conflito envolvendo um HOC e um investidor (ISA) não se dá sem sofrimento. De fato, independentemente da natureza jurídica que se dê à arbitragem[17] ela envolve, pela perspectiva do Estado uma dispensa de sua própria jurisdição (*waiver of jurisdiction*) em favor do tribunal arbitral, o que, politicamente ainda é tratado como uma dispensa de sua própria soberania (*waiver of sovereignty*). O cerne da discussão é definir se ao Estado aplica-se ou não o princípio da autonomia da vontade e se o interesse público que ele representa e resguarda é arbitrável.

Esta questão, na prática, acaba sendo resolvida caso a caso, de acordo com as convenções e tratados a que o país envolvido esteja vinculado.

III. A gestão dos conflitos dos contratos de petróleo no Direito brasileiro

As considerações anteriores foram apresentadas dentro de uma perspectiva internacionalista, não focada no direito material ou procedimental interno dos HOC. A seguir buscaremos cotejá-las com a legislação brasileira para verificar a aplicabilidade daqueles meios de gestão de conflitos aos contratos celebrados com o nosso país na condição de parte do contrato.

3.1. Petróleo como um recurso natural estratégico e constitucionalmente protegido

[17] Para uma discussão sobre o tema cf. DOLINGER e TRIBURCIO 2003, p. 94 e seguintes.

A Constituição Federal em seu artigo 20 declara como bens da União os recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva (V); os potenciais de energia hidráulica (VIII) e os recursos minerais, inclusive os do subsolo (IX). Adiante, em seu artigo 176 dispõe a Constituição que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra. Já o artigo 177 da Lei Maior resguarda como "monopólio da União: I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do art. 21 desta Constituição Federal.

A Emenda Constitucional 9/1995 veio admitir a possibilidade de exploração desses recursos por terceiros mediante autorização ou concessão da União por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, flexibilizando o monopólio da União e estipulando que as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural serão exercidas mediante contratos de concessão, precedidos de licitação, na forma nela estabelecidas (MEIRELLES, 2003, p. 538).

Especificamente a EC 9/95 incluiu no artigo 177 o seguinte parágrafo: "§ 1º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei".

No âmbito infraconstitucional, a Lei 9.487/97, também conhecida como Lei do Petróleo, veio regulamentar a Política Energética nacional com vistas à promoção do desenvolvimento nacional, a valorização dos recursos energéticos, incrementando economicamente a utilização de gás natural. A Lei do Petróleo instituiu a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíves - ANP, como autarquia integrante da Administração Federal Indireta, atribuindo-lhe poderes para regular, contratar e fiscalizar a indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, estando esta agência vinculada ao Ministério de Minas e

Energia. O CNPE - Conselho Nacional de Política Energética, por sua vez, nos termos da Lei Federal 9.478/97, tem a atribuição de propor ao Presidente da República os casos em que, visando à preservação do interesse nacional e ao atendimento dos demais objetivos da política energética, opinará sobre a contratação direta da Petrobrás para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos sob o regime de partilha de produção.

Com a descoberta do Pré-sal, a Lei do Petróleo foi alterada no tocante à promoção de estudos visando à delimitação dos blocos sob o regime de partilha de produção das atividades de exploração, desenvolvimento e produção, conforme Lei 12.351/10, definindo regime de partilha como regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado[18] exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo[19], do volume da produção correspondente aos *royalties* devidos, bem como de parcela do excedente em óleo[20], na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato.

Em suma o que se vê é que o petróleo é um recurso natural estratégico para o país e, por esta razão, constitucionalmente mantido sob a propriedade do Estado, na pessoa jurídica de direito público da União.

Com a descoberta do Pré-Sal, uma reserva expressiva, mas de difícil acesso, o Brasil torna-se alvo das atenções dos países dependentes do combustível fóssil e das IOCs. A abertura que a EC 9/95 trouxe para a exploração e produção de petróleo por meio de concessões a investidores estrangeiros que venham aqui estabelecer sucursais ou firmar contratos de *joint ventures* abre espaço para toda sorte de conflitos tais como os que mencionamos anteriormente.

3.2. A aceitação da arbitragem internacional nos contratos de petróleo pelo Brasil

[18] A Petrobrás ou, quando for o caso, o consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção.

[19] Parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato.

[20] Parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos a ser repartida entre a União e o contratado, segundo critérios definidos em contrato, resultante da diferença entre o volume total da produção e as parcelas relativas ao custo em óleo, aos royalties devidos e, quando exigível, à participação de que trata o art. 43 da Lei 12.351/10.

De pronto, ressalte-se que o Brasil não é signatário da Convenção de Washington, motivo pelo qual, em princípio, não se submete à arbitragem pela ICISD. Na mesma esteira o Brasil, apesar do incremento experimentado nos últimos anos, tem poucos BITs celebrados.

Quanto à tormentosa questão da lei aplicável aos contratos internacionais continua esta a ser regida exclusivamente pelo artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942, atualmente designada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro[21], que indica a lei do local da celebração do contrato como reguladora das obrigações de cunho internacional. Infelizmente, a Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacional realizada no âmbito da CEDIP V, no México em 1994, que permite de forma expressa a autonomia da vontade, não encontrou respaldo no legislador brasileiro. Some-se a esta legislação obsoleta uma jurisprudência vacilante na utilização de conceitos mais modernos e de caráter universal do direito internacional privado (ARAÚJO, 2008, p. 267-268).

É fato, ainda, que, mesmo após o advento da Lei de Arbitragem, o Brasil continuou atento ao desenvolvimento da arbitragem no plano internacional, aprovando e ratificando várias convenções sobre a matéria. Assim, no âmbito do Mercosul, o Brasil ratificou o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,Trabalhista e Administrativa de 1992 (Las Leñas – Decreto nº 2.067, de 12/11/96), aprovou o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul de 1998 (Decreto nº 4.719, de 04/06/2003) e o Acordo sobre Arbitragem Comercial entre o Mercosul, Bolívia e Chile de 1998 (Decreto Legislativo nº 483/2001). Além disso, o Congresso Nacional, visando por fim a anos de omissão, aprovou recentemente a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeira, de 1958, também denominada Convenção de Nova York, afinal promulgada em julho de 2002 (DOLINGER, TIBURCIO, p. 41).

Quando se voltam as atenções para as homologações de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil, é possível afirmar-se que tanto o STF, ao seu tempo, quanto o STJ, após a emenda Constitucional 45/2004, confiam na arbitragem como forma alternativa ao Judiciário para solução de controvérsias entre os agentes do comércio ou negócio internacional (GASPAR, 2009, p. 266).

Não há dúvidas, portanto, quanto à aceitação e a promoção pelo Brasil da arbitragem como solução de controvérsias nos contratos comerciais internacionais celebrados entre

[21] Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010.

particulares. A questão complica quando o Estado torna-se parte deste contrato, como nos casos de concessão para a exploração ou produção de petróleo.

Note-se que o artigo 43 da Lei do Petróleo dispõe que o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

Todavia, não se admite que, tendo jurisdição para resolver o conflito resultante de um contrato em que seja parte possa abrir, o Estado brasileiro, mão de sua jurisdição em favor da jurisdição de estado estrangeiro na medida.

Assim, conquanto o estado brasileiro não possa firmar compromisso arbitral *ex post facto*, abrindo mão de sua jurisdição natural para a solução de um conflito instalado em um contrato de petróleo em que seja parte, poderá, seja por força dos tratados e convenções a que se vincule, seja por força do artigo 43 da Lei do Petróleo, estabelecer *ex ante*, a arbitragem como meio de solução de conflitos decorrentes daqueles contratos.

Ainda assim, encontram-se internamente resistências à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos de petróleo, mesmo quando não está diretamente vinculado o Estado brasileiro, mas a Petrobrás, empresa de capital misto. Recente decisão do Tribunal de Contas da União, por exemplo, determinou à Petrobrás que: (1) se abstenha de aplicar às suas licitações e contratos o Decreto n.º 2.745/98 (legislação específica para aquela empresa, prevendo um procedimento licitatório simplificado para os seus contratos) e o art. 67 da Lei n.º 9.478/97 ("Lei do Petróleo"), em razão de sua suposta inconstitucionalidade; e (2) observe os ditames da Lei n.º 8.666/93 (lei geral de licitações e contratos administrativos). Pretende-se, neste artigo, uma breve análise das possíveis consequências daquela decisão para a Petrobrás, na área do direito do comércio internacional.

Comentando referida decisão TIBURCIO a criticou nos seguintes termos:

> A prevalecer a decisão do TCU acima referida (que considerou inconstitucionais tanto o art. 67 da Lei n.º 9.478/97 como o Decreto n.º 2.745/98), a Petrobrás deverá aplicar às suas licitações e contratos a Lei n.º 8.666/93, o que poderá levar a conclusões bastante interessantes: a empresa estará impedida de celebrar contratos com cláusula de eleição de foro estrangeiro ou com cláusula que estabeleça a arbitragem internacional como meio de solução dos litígios. Pode-se questionar se o quadro acima descrito foi alterado pela Carta da República, à luz das inovações trazidas pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998. O art. 173, § 1º, do Texto Maior, trata de empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica; o art. 175 cuida das empresas que prestam serviços públicos, diretamente ou por meio de

> concessão ou permissão. (...) Esse dispositivo não é auto-aplicável, dependendo de lei que estabeleça o estatuto jurídico das empresas estatais que exerçam atividade econômica; mas tal lei ainda não foi promulgada, pelo menos para as demais empresas estatais. Pode-se contudo questionar se, quanto à Petrobrás, já não atendem à previsão constitucional o art. 67 da Lei n.º 9.478/97 e o Decreto n.º 2.745/98, expedido com base naquele dispositivo legal. De qualquer modo, para possibilitar a atuação das empresas estatais que desempenham atividade econômica, como empresas ágeis e aptas a concorrer com outras que exerçam objeto social análogo, urge que o legislador promulgue, o mais rapidamente possível, a referida legislação.

Conclusão

Os contratos de petróleo, tais como definimos no início deste artigo, especialmente nas atividades de exploração e produção, por envolverem o Estado como parte, na condição de cedente e investidores privados, ou mesmo outros estados, na qualidade de cessionários, são contratos complexos e sujeitos a inúmeras fontes de tensão. No mais das vezes são celebrados sob a égide de acordos bilaterais ou multilaterias de investimento entre o país produtor e o país de origem do investidor. Ainda, por terem por objeto recursos naturais estratégicos, sobre os quais o estado produtor exerce soberania permanente em prol dos interesses sociais gerais de seus nacionais, estes contratos costumam incluir cláusulas especiais, como as cláusulas de estabilização, para a proteção do investimento estrangeiro e cláusulas de eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos.

Seja na negociação e na celebração desses contratos, seja na solução arbitral, o Direito Internacional, na sua forma supra estatal, configurado nos princípios UNIDROIT, na *Lex mercatoria,* no caso na sua forma mais específica de *Lex petrolea*, são inafastáveis para se alcançar uma solução justa e equitativa.

Conquanto o pleno reconhecimento da autonomia da vontade seja negado pela legislação brasileira, mais ainda em relação ao Estado parte de contrato, vimos que a inserção do Brasil, de forma destacada e definitiva no mercado internacional do petróleo, depende de sua adesão a Convenções e Tratados ainda não assinados por ele, e, de qualquer forma, à sua adesão plena à arbitragem como meio de solução dos conflitos que advenham dos contratos em que ele for parte.

Neste caso, porque o Estado brasileiro não pode abrir mão de sua jurisdição *ex post facto*, vale dizer, diante do conflito estabelecido, é fundamental que a adoção à arbitragem e a eleição dos princípios UNIDROIT e da *Lex petrolea* sejam estabelecidas *ex ante*, no corpo do contrato de concessão, nos termos do inciso X, do artigo 43 da lei do petróleo.

Referências

ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo. Paper apresentado no 4º PDPedtro, Campinas, SP, 21-24 de Outubro de 2007. Disponível em: <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf>.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais. São Paul. Aduaneiras. 2004.

ARAÚJO, Nádia de. Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. 4ª Ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro. Renovar. 2009.

ARAÚJO, Nadia de; JACQUES, Daniela Correa. Contratos Internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil. RTDC, v. 34. Abr/Jun 2008, p. 267-280.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 6ª Ed. Brasília – DF. Editora Universidade de Brasília. 1994.

BOTCHWAY, Francis N. Can the law compel business parties to negotiate? Journal of World Energy Law & Business, 2010, v. 3, n. 3, p. 286-303.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.

FAVACHO, Frederico; GASPAR, Renata Alvares. Arbitragem Privada: Inteligência do Artigo 7º da lei 9.307/96, *in* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XVIII – Direito Arbitral. Coordenador Sérgio Nelson Mannheimer. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006, p. 233-237.

GAMA JR., Lauro. Contratos Internacionais à Luz dos princípios UNIDROIT 2004: *Soft Law,* Arbitragem e Jurisdição. Rio de Janeiro, Renovar. 2006.

GASPAR, Renata Alvares. Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil. São Paulo. Atlas. 2009. (Coleção Atlas de Arbitragem. Coordenação Carlos Alberto Carmona).

GOMES, Orlando. Contratos. 22ª Ed. Rio de Janeiro. Forense. 2000.

GONÇALVES, Alcindo; RODRIGUES, Gilberto M. A. (organizadores). Direito do petróleo e gás: aspectos ambientais e internacionais. Santos. Editora Universitária Leopoldianum, 2007.

JANA LINETZKY, Andrés. "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales". Universidad de Chile. Disponível em: <http://islandia.law.yale.edu/sela/sjana.pdf>. Acesso em: 10/05/2010.

JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan; SEARLE, Carol. Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism. Journal of World Energy Law & Business, 2009, v. 2, n. 1.

MANIRUZZAMAN, A.F.M. The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends. In Journal of World Energy Law & Business, 2008, v. 1, n. 2, p. 121-157.

MARTIN, A. Timothy e PARK, J. Jay, Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger. Journal of World Energy Law & Business, 2010, v. 3, n. 1, p. 04-43.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28ª Ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo. Malheiros. 2003.

NWAOKORO, Joseph. Enforcing stabilization of international energy contracts. Journal of World Energy Law & Business, 2010, v. 3, n. 1, p. 103-110.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: The case of Bolivia and Brazil. Journal of World Energy Law & Business, 2009, v. 2, n. 2, p. 129-148.

RUBERT, Marta Oller. LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS AMBIENTALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. REVISTA CATALANA DE DRET AMBIENTAL. v. I, n. 1 (2010): 1 – 34.

SKINNER, Matthew, MILES, Cameron A. e LUTTRELL, Sam. Access and advantage in investor-state arbitration: The law and practice of treaty shopping. Journal of World Energy Law & Business, 2010, v. 3, n. 3, p. 160-284.

TIBURCIO, Carmem. A Petrobrás e a arbitragem. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/depeso/16,MI1100,31047-A+Petrobras+e+a+arbitragem>, Último acesso em 25 de abril de 2010.