

A INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E O PROGRESSO DA ARBITRAGEM

AIPN LARC Meeting

Instituto Brasileiro do Petróleo

Rio de Janeiro

9 de Maio de 2011

José Miguel Júdice

1. Cumprimentos e agradecimentos pelo convite.
2. Uma indústria completamente internacional e para muitos países expressão nuclear da soberania nacional.
3. Uma indústria muito concorrencial, *comoditizada*, mas também com estruturas de oligopólio e até de oligopsónio.
4. Uma indústria situada numa zona sísmica entre “placas tectónicas” jurídicas e geopolíticas, propícia a profundo abalos telúricos.
5. Uma actividade planeada a longo prazo, com elevado grau de risco, mas muito sujeita a ciclos económicos, crises conjunturais, rupturas políticas, alterações intensas da oferta e da procura.
6. Uma *commodity* que em regra é produzida em países que são pequenos consumidores e consumida em países são pequenos produtores (a excepção passada dos EUA, o caso do Reino Unido, a situação especial do Brasil).
7. Não é por isso de estranhar que esta indústria seja muito propícia a litígios e/ou pelo menos à necessidade de resolução de tensões que evitem litígios.
8. O progresso da ciência jurídica internacional e nela do direito da arbitragem deve muito à indústria petrolífera.

9. E no entanto tudo isto é muito recente: alguns autores referem que antes de 1970 “there was no particular international law governing the petroleum industry” (Zeydad Alqurashi), ainda que existam várias arbitragens anteriores a essa década.
10. A litigiosidade ligada ao petróleo também demorou a explodir (como as arbitragens contra Estados: entre 1966 e 1990 apenas foram lavrados 11 laudos ICSID).
11. Segundo um estudo ICSID, em 102 acordos internacionais relativos ao petróleo, envolvendo 92 países, 93% dos contratos prevêm a arbitragem como forma de resolução de litígios.
12. Dos 123 casos de arbitragens ICSID pendentes no final de 2007, 37% eram relativos a litígios na área da energia (segundo Abdala).
13. Algumas das questões que os litígios ligados ao petróleo têm suscitado e ajudado a resolver:
 - a) Relação entre Direito Regulatório e Direito Contratual, entre Direito Público e Direito Privado (uma situação de fronteira com consequências em sede de interpretação). Problemas em sede do binómio estabilidade/flexibilidade dos contratos. *Waiver of sovereign power and prerogatives?*
 - b) Os modelos contratuais de concessão (sub-concessão, contrato de *license with relinquishment clauses, product sharing, joint venture, services contracts*);
 - c) Relação entre a liberdade da evolução do direito nacional e as limitações de direito internacional;
 - d) Direito à nacionalização (transferência de propriedade privada devido a uma necessidade pública/opção política para uso pelo Estado) e a *Charter on Economic Rights and Duties of States (CERDS) da ONU*. A expropriação direta. A definição dos direitos susceptíveis de serem compensados, direitos tangíveis e

intangíveis, direitos contratuais, direito à gestão, etc. *Fair and equitable treatment. Public purpose, não discriminação e compensação (“prompt, adequate and effective”)*;

- e) Expropriação indirecta (outras formas de actuação estatal que têm efeitos idênticos à expropriação), seus limites e condições. As medidas regulatórias, as questões ambientais, as macro políticas salariais e as alterações fiscais. O efeito cumulativo das medidas. Nem sempre são suficientes para justificar compensação (“*no mechanical test*”). Grande importância das decisões arbitrais para a definição e efeitos
- f) O significado da proibição do confisco (“*taking of property without adequate compensation, by whatever method it may be carried out or cloaked*” – G Van Hecke);
- g) As cláusulas de estabilização e a sua relação com o poder legislativo dos Estados (*is it possible to insulate contracts from sovereign powers?*). Não impedem o direito a nacionalizar. A questão da longa duração e dos riscos em especial políticos. A importância da escolha da lei (*municipal law may allow for the breach of stabilization clauses without compensation unless arbitrary or with denial of justice*);
- h) O direito/dever de renegociação dos contratos de longa duração. A relação com a regra *pacta sunt servanda*. As regras da boa fé. Os riscos típicos de contratos de longa duração (políticos, geológicos, sociais, económicos e comerciais). A flexibilidade vs estabilidade ou como factor dinâmico de protecção das partes? A volatilidade do sector exige adaptabilidade. O poder fáctico de exigir a renegociação. A evolução dos standards ambientais internacionais. Foco de tensões nos contratos.
- i) *Hardship clauses, frustration, imprévision, change of circumstances in treaty international law*. A força maior, os *acts of god* e a necessidade de adaptação dos contratos sobretudo de longa duração;

- j) O reequilíbrio financeiro dos contratos (*unforeseeable circumstances which upset the equilibrium of the agreement*);
- k) A doutrina da *severability* e a salvação do direito pela salvação da cláusula arbitral;;
- l) A definição e concretização da *damage compensation* em situações de acidentes com efeitos sobre o ambiente e a actividade económica das populações.

14. Conclusão:

- (i) O direito dos petróleos foi pioneiro na definição de contratos internacionais com entidades públicas ou para-públicas, os quais são cada vez mais relevantes;
- (ii) O *case law* das arbitragens internacionais no direito da energia provocou a evolução da ciência jurídica internacional;
- (iii) Essa evolução foi equilibrada, capaz de ponderar os interesses em presença e de acompanhar a evolução da comunidade internacional e assim se revelou preferível à que teria ocorrido se cláusulas de arbitragem não existissem nos contratos;
- (iv) A tendência em curso para um activismo estatal no âmbito do direito do petróleo, em especial através de novos modelos contratuais, vai provocar novas evoluções da ciência jurídica internacionais.
- (v) Vai existir seguramente um acrescido *case load* de arbitragens que vai de novo conformar o direito internacional dos contratos.
- (vi) As arbitragens são o mais eficaz método de resolução de litígios para situações em que há mudanças profundas da realidade de enquadramento, quando olhar para trás não é suficiente para organizar o futuro;

- (vii) A aposta na arbitragem no âmbito da indústria petrolífera deve continuar a manter-se

Obrigado

José Miguel Júdice

josemiguel.judice@plmj.pt

www.josemigueljudice-arbitration.com