

OS DESAFIOS DA ARBITRAGEM EM MOÇAMBIQUE

Maputo – Hotel Avenida – 15 e 16 Agosto 2012

José Miguel Júdice

Sócio Fundador de PLMJ e coordenador da sua Área de Arbitragem. Incluído em listas de árbitros em Portugal, Brasil, Espanha e Coreia. Membro da lista de árbitros e conciliadores do ICSID e da Corte Internacional de Arbitragem CCI. Professor Universidade Nova e ISCTE

Josemiguel.judice@plmj.pt
www.josemigueljudice-arbitration.com

PLMJ 

SOCIEDADE DE ADVOGADOS, RL

AMPEREIRA, SÁRAGGA LEAL, OLIVEIRA MARTINS, JÚDICE
E ASSOCIADOS

AS ARBITRAGENS DE INVESTIMENTO: O EXEMPLOS DOS RECURSOS NATURAIS

- 1. A arbitragem de investimento como peça essencial da globalização**
- 1.1. Uma modalidade operativa das arbitragens internacionais;**
- 1.2. Uma evolução no processo genético da resolução de litígios entre Estados;**
- 1.3. Um instrumento de uma política mundial de desenvolvimento económico-social;**

- 2. As formas de gerir as arbitragens de investimento**
- 2.1. Arbitragens ICSID**
- 2.2. Arbitragens UNCITRAL**
- 2.3. Os sistemas da Energy Charter, OMC, NAFTA, OHADA**
- 2.4. A utilização de centros de arbitragem comercial. O caso da CCI**
- 2.5. As possibilidades abertas a centros de arbitragem nacionais**

- 3. As Arbitragens de investimentos são uma modalidade operativa das arbitragens internacionais. Por isso aplicam-se-lhe:**
- a) as normas comumente aceites que regem as arbitragens internacionais e que estão plasmadas no universo normativo UNCITRAL e das principais instituições que administram arbitragens, como as normas sobre os poderes dos árbitros, a produção de prova, a disciplina das audiências;**
 - b) As regras sobre a independência, imparcialidade e neutralidade dos árbitros;**
 - c) Os princípios estruturantes da ordem pública internacional (igualdade de armas, princípio do contraditório).**

- 4. As Arbitragens de investimento são uma evolução no processo genético da resolução de litígios entre Estados. Por isso:**
- a) Os desequilíbrios de poderes não são totalmente anulados, pois o Direito tem de viver num Mundo em que existem realidades meta-jurídicas;**
 - b) Um sector considera aliás que os tribunais arbitrais são injustos e não ponderamos interesses e necessidade das populações (por ex. o manifesto de 31 de Agosto de 2010, de 37 professores universitários).**

- 5. As Arbitragens de investimento são um instrumento de uma política mundial de desenvolvimento económico-social. Por isso:**
 - a) São sensíveis à flutuação entre épocas mais favoráveis aos investidores e outras mais favoráveis aos Estados, muitas vezes devido à evolução da conjuntura económica mundial;**
 - b) Tendem a corrigir os movimentos pendulares automatizados, umas vezes sendo mais conservadoras e outras mais inovadoras na interpretação dos tratados.**

- 6. O caso especial das arbitragens ICSID: a arma do arsenal de instrumentos do Banco Mundial, ele próprio uma peça chave da Ordem Política e Jurídica Internacional. Por isso:**
 - a) São obrigadas a analisar os tratados em função da evolução dos processos económicos e financeiros mundiais (veja-se por exemplo a questão da definição de “investimento”).**
 - b) A flutuação da opinião pública mundial – por muitos considerada uma fonte de direito – interage com o sistema ICSID e acentua riscos de inconsistência e de jurisprudência errática.**

7. **Especificidades das arbitragens de investimento e nelas das ICSID:**
 - a) A necessidade e a forma do **consentimento** entre as partes, sendo a regra que o Estado apresente uma “oferta unilateral de arbitragem” num BIT que depois seja aproveitada por um investidor, dando-se o “matching” dos consentimentos no momento em que este inicia o processo arbitral;
 - b) A limitação pelo objecto (só se existir um “**investimento**”) e a complexidade dos debates doutrinários nem jurisprudenciais sobre a amplitude do conceito de investimento (Salini test, mas atenção ao recente Alpha vs Ucrania).

- c) A “**challenge**” dos árbitros e a sua componente política. A sensibilidade especial às posições doutrinárias e às decisões anteriores que tenham tomado;

- d) O indeferimento liminar (***summary dismissal***). Dois casos muito recentes: Global Trading and Globex vs Ucrânia (23/11/10) e RSM and others vs Grenada (10/12/10).

- e) **Providências cautelares** (*ínterim relief*) são mais exigentes: prova do *irreparable harm* como sinal de *arbitral restraint* dos tribunais ICSID (Cemex vs Venezuela).
- f) A existência de **recurso de anulação** (embora com limitações – *neither narrowly nor extensively*) para um comitê *ad hoc* e os poderes acrescidos do Secretariado;
- g) A tendência para o **aumento do poder jurisdicional dos comités ad hoc** pelo alargamento jurisprudencial do âmbito de análise;

- h) O **sistema de exequatur** que dispensa o regime da Convenção de Nova Iorque;
- i) As dificuldades de execução perante a eventual **recusa do País condenado** (está afastada a imunidade de jurisdição mas não a imunidade de execução. O caso do fórum shopping);
- j) Os instrumentos da comunidade internacional e do poder estatal ao serviço do respeito das sentenças ICSID, ou uma **nova forma da política de canhoneiras**.

8. Conclusão sobre arbitragens de investimento

- a) O Sistema das arbitragens de investimento está construído numa zona sísmica onde chocam movimentos tectónicos da comunidade internacional.** Como todos os outros sistemas de resolução jurídica de litígios que envolvam Estados, a sua necessidade está relacionada com a sua dificuldade.

- b) Por isso exprime com rigor a realidade dos territórios de fronteira,** onde a Rule of Law vai tentando vencer e tornar desnecessária a irracionalidade da acção directa e os códigos extra e anti-jurídico de comportamento.

- 9. O caso especial das indústrias energéticas (petróleo, carvão, gás natural)**
- 9.1.** Indústrias completamente internacionais e para muitos países expressão nuclear da soberania nacional.
- 9.2.** Indústrias muito concorrenciais, comoditizadas, mas também com estruturas de oligopólio e até de oligopsónio.
- 9.3.** Indústrias situadas numa zona sísmica entre “placas tectónicas” jurídicas e geopolíticas, propícias a profundos abalos telúricos.

- 9.4.** Actividades planeadas a longo prazo, com elevado grau de risco, mas muito sujeitas a alterações tecnológicas, ciclos económicos, crises conjunturais, rupturas políticas, alterações intensas da oferta e da procura.
- 9.5.** *Commodities* que em regra são produzidas em países que são pequenos consumidores e consumida em países são pequenos produtores (a exceção dos EUA, China, Rússia e Brasil).

10. 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.
11. O progresso da ciência jurídica internacional e nela do direito da arbitragem deve muito à indústria petrolífera e congéneres.
12. 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.

- 13.** A litigiosidade ligada aos recursos naturais também demorou a explodir (como as arbitragens contra Estados: entre 1966 e 1990 apenas foram lavrados 11 laudos ICSID).
- 14.** 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.
- 15.** Dos 123 casos de arbitragens ICSID pendentes no final de 2007, 37% eram relativos a litígios na área da energia (segundo Abdala).

- 16.** 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.

17. Conclusão sobre arbitragens de energia:

- 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 dos recursos naturais, 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 das indústrias de energia deve continuar a manter-se.

Muito obrigado!

José Miguel Júdice

josemiguel.judice@plmj.pt

www.josemigueljudice-arbitration.com