

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**CONTRATOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE ÓLEO E GÁS: CLÁUSULAS DE
ESTABILIZAÇÃO À LUZ DA SOBERANIA NACIONAL E DO DIREITO
REGULATÓRIO BRASILEIRO**

MARIA ANGÉLICA VALADÃO ARRUDA QUELHAS

**Rio de Janeiro
2019 / 2º Semestre**

MARIA ANGÉLICA VALADÃO ARRUDA QUELHAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE ÓLEO E GÁS: CLÁUSULAS DE
ESTABILIZAÇÃO À LUZ DA SOBERANIA NACIONAL E DO DIREITO
REGULATÓRIO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro.**

Rio de Janeiro
2019 / 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

Q3c Quelhas, Maria Angélica Valadão Arruda
 Contratos Internacionais em Matéria de Óleo e
 Gás: Cláusulas de Estabilização à Luz da Soberania
 Nacional e do Direito Regulatório Brasileiro / Maria
 Angélica Valadão Arruda Quelhas. -- Rio de Janeiro,
 2019.
 68 f.

 Orientadora: Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Direito Internacional. 2. Investimento. 3.
 Petróleo e Gás Natural. 4. Cláusulas de
 Estabilização. 5. Lex Petrolea. I. Pizoeiro,
 Carolina Araújo de Azevedo, orient. II. Título.

MARIA ANGÉLICA VALADÃO ARRUDA QUELHAS

**CONTRATOS INTERNACIONAIS EM MATÉRIA DE ÓLEO E GÁS: CLÁUSULAS DE
ESTABILIZAÇÃO À LUZ DA SOBERANIA NACIONAL E DO DIREITO
REGULATÓRIO BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2019 / 2º Semestre

AGRADECIMENTOS

A meus pais, Cláudia e Fernando, pela base, incentivo, dedicação, apoio e paciência em toda a minha jornada. Obrigada por nunca duvidarem ou permitirem que eu duvidasse de minha capacidade de alcançar meus objetivos.

À minha irmã, Maria Fernanda, pelo companheirismo e por toda a ajuda e apoio para a realização deste trabalho.

À minha orientadora Carolina Araújo de Azevedo Pizoeiro, pelos ensinamentos, correções, confiança e paciência infinita.

Aos mentores, tanto profissionais, quanto acadêmicos, pelas oportunidades concedidas e pela apresentação a um ramo pouco convencional do Direito, cujas complexidades despertaram meu interesse de imediato.

E por fim, aos meus queridos amigos e colegas de trabalho e da graduação, pela paciência e pelo suporte, em especial, Lucas Brasil Ramos, pela amizade, pelo carinho e pelas ligações, revisões, palavras de encorajamento e distrações, sempre que se fizessem necessárias.

RESUMO

O petróleo e o gás natural são recursos naturais dotados de enorme importância nos cenários político e econômico brasileiros. Nesse sentido, é evidente que as atividades do setor são protegidas pela legislação. Ao mesmo tempo, elas são extremamente atrativas para o mercado internacional, que passou a investir em peso a partir da abertura do mercado brasileiro do setor, que ocorreu em 1995. Em razão do caráter transnacional dessas operações, no entanto, as empresas buscam utilizar fontes de direito internacional, dentre elas, a *lex petrolea* para regular seus regimes de contratação, com o objetivo de proteger seus investimentos. Entretanto, discute-se, tanto na doutrina, quanto no âmbito de litígios internacionais, se essas medidas, em especial as cláusulas de estabilização, são válidas e não conflitantes com a Lei Maior e a soberania dos países produtores de petróleo. Considerando esse cenário, o presente trabalho visa analisar a discussão já apresentada e a aplicabilidade e aceitação de cláusulas de estabilização no direito brasileiro, que, apesar de ser marcadamente protecionista, tem evoluído - e tem potencial para evoluir ainda mais - seu regime de contratação para atrair investimento estrangeiro.

Palavras-Chave: Direito Internacional; Investimento; Petróleo e Gás Natural; Lex Petrolea; Cláusulas de Estabilização; Soberania Permanente sobre Recursos Naturais.

ABSTRACT

Oil and natural gas are natural resources endowed with enormous importance in the Brazilian political and economic environments. In this sense, it is evident that the activities of the sector are protected by legislation. At the same time, they are extremely attractive to the international market, which started to invest heavily from the opening of the Brazilian market in the sector, which occurred in 1995. Due to the transnational nature of these operations, however, companies seek to use sources of international law, among them, the *lex petrolea*, to regulate its hiring regimes, in order to protect their investments. Still, it is debated, both by doctrine and in international litigation, whether these measures, especially the stabilization clauses, are valid and not in conflict with the Major Law and the sovereignty of oil producing countries. Considering this scenario, this paper aims to analyze the discussion presented herein and the applicability and acceptance of stabilization clauses in Brazilian law, which, despite being markedly protectionist, has evolved - and has the potential to further evolve - its hiring regime to attract foreign investment.

Key-words: International Law; Investment; Oil and Gas; *Lex Petrolea*; Stabilization Clauses; Permanent Sovereignty over Natural Resources.

LISTA DE ABREVIATURAS

AIPN	<i>Association of International Petroleum Negotiators</i>
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
CCI/ICC	Câmara de Comércio Internacional / <i>International Chamber of Commerce</i>
FDI	<i>Foreign Direct Investment</i>
HOC	<i>Host Oil Country</i>
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
IOC	<i>Internatinal Oil Company</i>
MNC	<i>Muntinational Company</i>
OPEP/OPEC	Organização dos Países Exportadores de Petróleo / <i>Organization of the Petroleum Exporting Countries</i>
TNC	<i>Transnational Company</i>
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	4
RESUMO	5
ABSTRACT	6
LISTA DE ABREVIATURAS	7
1 INTRODUÇÃO	9
2 MERCADO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL	12
2.1 Soberania permanente sobre os recursos naturais	12
2.2 Panorama geral da legislação	16
2.3 Monopólio da União e regulação do mercado	19
2.4 Caráter transnacional	24
3.1 <i>Lex petrolea</i>	30
4 CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO	34
4.1 Contextualização do mercado mundial de óleo e gás	35
4.2 Os riscos para investimento em HOCs em desenvolvimento	36
4.3 Estabilização como solução para o risco decorrente da instabilidade política e econômica	38
4.4 Utilização, características e evolução das cláusulas de estabilização	40
5 A APLICABILIDADE DE CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA SOBERANIA NACIONAL	43
5.1 Argumentos favoráveis à adoção de cláusulas de estabilização	44
5.2 O impacto de cláusulas de estabilização no desenvolvimento de HOCs	45
5.3 A relação entre <i>freezing stabilization clauses</i> e a soberania nacional	48
5.4 Cláusulas de estabilização como limitação temporária da soberania nacional	49
6 CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO E O MONOPÓLIO DA UNIÃO SOBRE ATIVIDADES RELACIONADAS A PETRÓLEO E GÁS NATURAL	52
7 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	59

1 INTRODUÇÃO

Considerado uma das mais importantes commodities do mundo, o petróleo atrai a atenção de empresários dos mais diversos portes e nacionalidades, incluindo uma pequena gama de empresas transnacionais que, ao longo dos anos, ocuparam o papel de controladoras do referido mercado.

Em razão de sua presença em uma pluralidade de países, estas empresas se organizaram e criaram regras gerais para a negociação no âmbito das diversas fases da obtenção e comercialização deste bem.

Isto é um caso claro em que a *Lex Mercatoria*, ou seja, o costume internacional, especificamente, comercial, figura como fonte de direito, produzindo regras que, ainda que não reforçadas pelas normas nacionais, são reforçadas por companhias que, em muitos casos, possuem maior influência que os próprios países.

Nas palavras de Alexandre Sales Cabral Arlota¹:

[...] compreendem-se na *lex mercatoria* os princípios gerais do Direito em matéria obrigacional, extraídos do uso de costumes, tal como aquilo que se revela a partir da adoção de contratos típicos do comércio internacional e das decisões dos tribunais pátrios sobre o tema, especialmente das decisões arbitrais, posto que é a arbitragem o mecanismo de solução de controvérsias no plano contratual internacional; estruturada a *lex mercatoria* como um sistema adaptável aos requisitos da sociedade pós-moderna. Não se revela a *lex mercatoria* em oposição aos ordenamentos jurídicos, mas em complementação a eles.

Nesse sentido, cabe, inclusive, destacar a presença da *lex petrolea*, que consiste, de acordo com Clarissa Brandão², em

conjunto normativo voltado para a regulamentação das atividades relacionadas à exploração petrolífera enquanto atividade econômica exercida internacionalmente. Constitui-se de regras que possuem tanto caráter de Direito Público, quanto de Direito Privado.

¹ ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A Cláusula Knock-for-Knock**: admissibilidade à luz do direito brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019. p. 58-59.

² BRANDÃO, Clarissa. *Lex Petrolea*. In. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo**. n. 2, 2006/09. p. 247.

Estas regras foram, em sua maioria, concentradas em instituições como o *International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado), o *International Chamber of Commerce* – CCI (Câmara Internacional de Comércio) e, em relação à matéria de petróleo, a *Organization of the Petroleum Exporting Countries* – OPEP (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) e a *Association of International Petroleum Negotiators* - AIPN (Associação de Negociadores Internacionais de Petróleo), que, criada em 1981, é responsável pela elaboração de modelos da maioria dos contratos envolvendo petróleo e gás natural.

Foi necessária, no entanto, a adaptação das cláusulas destes modelos para que, em primeiro lugar, nenhuma soberania nacional fosse ferida por eles e, em segundo, para que a situação política e econômica dos países produtores não resultasse no descumprimento dos contratos.

Isto resultou na criação das chamadas cláusulas de estabilização, que, de acordo com Abdulla Faruque³, consistem em mecanismos legais para a proteção de investidores estrangeiros em relação à intervenção estatal, por meio de medidas legislativas ou administrativas, em projetos de desenvolvimento de petróleo e recursos minerais. Em suas exatas palavras: “*the stabilization clause is a legal mechanism for the protection of foreign investors from state intervention in a petroleum and mineral resource development project through legislative or administrative measures.*”

Entretanto, no Brasil, de acordo com artigo 177 da Constituição Federal⁴, atividades relacionadas pesquisa, exploração, produção e processamento de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos são monopólio da união, podendo outros entes – públicos ou privados – ser contratados através de concessões para participar de sua realização. Isto significa que cabe ao governo, com uso da legislação brasileira, regular as relações jurídicas que tratem do referido recurso mineral.

Além disso, do ponto de vista da soberania, além do da soberania legislativa, ou seja, o direito dos Estados de legislar livremente⁵, a doutrina do Direito Internacional prevê que os

³ FARUQUE, Abdullah. *Validity and Efficacy of Stabilization Clauses: Legal Protection vs: Functional Value. Journal of International Arbitration.* Alphen aan den Rijn, n. 23, v. 4, 2006. p. 317-336. Disponível em: <<https://is.muni.cz/www/seidel/23073893/Faruque-Validity.pdf>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

⁵ Para maiores informações sobre soberania legislativa, consultar MATTEUCCI, Nicola. Soberania. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de Política.** 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, v.2, p.1179-1188.

Estados são detentores de soberania permanente em relação a seus recursos naturais, ou seja, teoricamente, cláusulas que limitem o direito de determinado Estado de legislar sobre seus recursos naturais violaria estes dois princípios.

Ao mesmo tempo, é necessário observar o princípio da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*), pelo qual, nas palavras de Lidia Spitz⁶, “adquire o contrato força de lei entre as partes, exterioriza a noção da força cogente dos contratos. Nesta lógica, o compromisso acerca do foro consiste em um verdadeiro acordo de vontade das partes, e que deve ser respeitado”.

Assim, cabe analisar os limites da *lex mercatoria* no Brasil, assim como a aplicabilidade das cláusulas de estabilização, tendo em vista que consistem em forma de legislação implementada por ente alheio ao Estado Brasileiro.

Com isto em mente, visando a contextualização do leitor, o próximo capítulo da presente obra terá como objetivo analisar o de panorama geral do mercado de petróleo no Brasil, contemplando o conceito de soberania permanente sobre recursos naturais, a evolução da legislação atual e a criação e atuação da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP.

No capítulo seguinte, para contrapor os direitos nacional e internacional, será abordada a *lex mercatoria*, com especial ênfase para sua evolução em relação à negociação internacional no âmbito de petróleo e gás natural, a *lex petrolea*.

Em seguida, no quarto capítulo, será abordado o foco do trabalho, as cláusulas de estabilização, sendo abordadas sua definição, origem, fontes e efeitos, para alcançar, no quinto capítulo, o problema da presente pesquisa, ou seja, a possibilidade de inserção de cláusulas de estabilização em contratos internacionais de petróleo e gás natural em face, tanto da legislação brasileira, que trata a legislação em matéria de petróleo como monopólio da União, quanto do princípio da soberania, tanto legislativa quanto de recursos naturais.

⁶ SPITZ, Lidia. **Eleição de foro estrangeiro**: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional, regional e brasileiro. 2010. 204f. .Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. p. 131.

Isto posto, ultrapassada a questão internacional, será analisada, no sexto capítulo, a postura do Estado brasileiro e de seu monopólio em conexão com as atividades relacionadas a petróleo e gás natural, com a *lex petrolea* e as cláusulas de estabilização, partindo, assim, para a conclusão do presente trabalho.

2 MERCADO BRASILEIRO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Antes de partir para o tema propriamente dito, cabe realizar análise do panorama geral da legislação brasileira envolvendo petróleo e gás natural, para, em seguida, abordar os principais aspectos do mercado nacional.

2.1 Soberania permanente sobre os recursos naturais

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a legislação brasileira em relação a seus recursos naturais, dentre eles, o petróleo, o gás natural e demais hidrocarbonetos deles derivados, é baseada em princípio do direito internacional denominado soberania permanente sobre os recursos naturais, também conhecida como PSNR⁷.

Este princípio, firmado pela Organização das Nações Unidas, consiste, conforme tratado por Jane Hofbauer⁸, no direito inalienável de quaisquer pessoas e Estados de dispor livremente de seus recursos naturais.

⁷ Sigla proveniente da nomenclatura do princípio na língua inglesa, qual seja: “Permanent Sovereignty over Natural Resources”.

⁸ “At the heart of the principle of PSNR stands the inalienable right of all peoples and states to freely dispose of their natural resources. Conceptualized as a response to the prior system of foreign ownership and possession of concessions and production facilities, it gives states the means to regain their sovereignty and control over their assets to enable their economic and political development. In order to safeguard this legal capacity the principle builds upon numerous other rights. Thus, for states to be able to determine the fate of their natural resources it is inter alia necessary that they enjoy the corollary rights permitting them to regulate the use and exploitation methods, whether this concerns the pre or post-authorization phase. Therefore, they e.g. are entitled to regulate the admission of foreign investors, the granting of concessions concerning the exploitation of certain natural resources, the length of period the authorization is valid for, the conduct of entities engaged in the exploitation and the distribution of profits.” (HOFBAUER. Jane. **The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications**. 2009. 109f. Dissertação (LLM). University of Iceland, Reykjavík. 2009. p. 13-14.)

Para a autora, este princípio surgiu como resposta à posse e propriedade de concessões e instalações de produção decorrente razão da tradição colonial, tendo sido importante ferramenta para reestabelecer a soberania de países menos desenvolvidos e o controle sobre seus ativos, com o objetivo de possibilitar seu desenvolvimento político e econômico.

Em adição, escreveu George Elian⁹ que o principal fator no momento de considerar a relação entre determinado Estado e seus recursos naturais é a constante universal detida na sua forma de atuação quanto a seu desenvolvimento econômico e social, que é representada pela supremacia indisputável e incontestável sobre seu território, envolvendo a soberania permanente sobre seus recursos naturais.

Para o autor, a construção de relações jurídicas enquadradas sob a noção de PSNR parte da premissa de que esses recursos pertencem e devem pertencer exclusivamente à população do território do Estado, que pode usá-los livremente, conforme julgar conveniente. O regime legal de exploração desses recursos pode a qualquer momento ser alterado e adaptado mediante a promulgação de atos legislativos pelas autoridades competentes do respectivo Estado. Este é o princípio do direito internacional privado. A ideia de soberania se reflete no fato de que cada estado tem seu próprio sistema de direito internacional privado, obrigatório e imposto a todos aqueles que vivem dentro das fronteiras do estado. Ao mesmo tempo, é inquestionável que a legislação de cada país se torne uma fonte de direito interno e também de direito internacional privado.

⁹The prime factor in considering the relation between the State and its natural resources is a universal constant which holds whatever way the State acts for its economic and social development. The universal constant for all State the relation almost universally acknowledged as a general truth is that of sovereignty over their resources. The State's definition, indisputable and uncontested supremacy over its territory involves a reality which is beyond discussion: permanent sovereignty over the resources of that territory.

The construction of juridical relations framed within the notion of permanent sovereignty over natural resources proceeds from the premise that these resources do and must belong exclusively to the population on the territory of the State, which can use them freely, as it deems fit. The juridical regime of the exploitation of these resources can at any time be changed and adapted through the promulgation of legislation acts by the competent authorities of the respective State. This is the principle of private international law. The idea of sovereignty is reflected in the fact that each State has its own system of international private law which is binding and which is imposed upon all those who live within the State's frontiers. At the same time it is beyond dispute that each country's legislation becomes a source of domestic law well as a source of private international law. (ELIAN, George. **The principle of sovereignty over natural resources**. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff. 1979. P. 12-13)

Sendo assim, para possibilitar esta capacidade legal, a soberania permanente sobre recursos naturais se escora em outros numerosos direitos, dentre eles, por exemplo, a determinação do destino de seus recursos naturais, a possibilidade de regular seu uso e exploração e a admissão de investidores estrangeiros e o direito de garantir concessões envolvendo a exploração dos recursos.

Complementando este entendimento, escreveu Sangwani Ng'ambi¹⁰, que é possível argumentar que o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais é firmemente reconhecido pelo Direito Internacional e seu exercício é o fator que permite que Estados firmem contratos de concessão com investidores estrangeiros.

No entanto, para ele, este princípio também é tipicamente invocado por Estados para revogar unilateralmente um contrato de concessão. Isso se deve à presença da palavra "permanente" no princípio, que tem o efeito de permitir que um Estado, a qualquer momento, saia desses acordos, independentemente da promessa de não fazê-lo.

Inclusive, sobre sua importância, este tema foi brilhantemente abordado por Yolanda Chekera e Vincent Nmehielle¹¹ ao falar que a PSNR consiste em importante ferramenta para o desenvolvimento, visto que é improvável que o princípio deixe de ser utilizado no futuro. Adicionalmente, princípio respondeu dinamicamente a mudanças circunstanciais, integrando preocupações ambientais e de desenvolvimento, além de elaborar elaborando medidas políticas

¹⁰ "It can therefore be argued that the principle of permanent sovereignty over natural resources is firmly recognized under international law. It is by the exercise of this sovereignty that states can enter into concession agreements with foreign investors. However, it is also this principle that is typically invoked when states wish to unilaterally abrogate a concession agreement. This is due to the presence of the word "permanent" in the principle, which has the effect of allowing a state, at any given time, to exit these agreements, regardless of a promise not to do so. Clearly, there is a clash between this principle and the sanctity of contracts epitomized by the maxim, *pacta sunt servanda*. [...]" (NG'AMBI, Sangwani Patrick. Permanent sovereignty over natural resources and the sanctity of contracts, from the angle of *lucrum cessans*. **Loyola University Chicago International Law Review**. v. 12, n. 2. 2015. p. 159.)

¹¹ "[...]The importance of the use of PSNR as a tool for development lies in the fact that the principle is not likely to wither away in the near future. In addition, as Schrijver points out, the principle 'has responded dynamically to changed circumstances and insights by integrating developmental and environmental concerns and by elaborating policy measures that are needed at the national and international level to fully implement the principle of permanent sovereignty.' It is clear from the above statement that not only is PSNR a tool for economic development, but it has the potential to inform the regulation of the whole life cycle of diamond mining in a manner that brings about the realization of all, if not most of the elements of development outlined earlier. Further, the principle no longer serves as a source of freedom of states to manage natural resources but also as a source of corresponding responsibilities requiring careful management and imposing accountability at international levels. [...]" (CHEKERA, Yolanda T.; NMEHIELLE, Vincent O. The International Law Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources as an Instrument for Development: The Case of Zimbabwean Diamonds **African Journal of Legal Studies**. v. 6. 2016. p.97.)

necessárias em nível nacional e internacional com o objetivo de implementar totalmente o princípio.

Sendo assim, resta claro que a soberania permanente sobre recursos naturais não é apenas uma ferramenta para o desenvolvimento econômico, mas tem o potencial de informar a regulamentação da atividade por ela abrangida, de uma maneira que possibilite a realização da maioria, se não todos os elementos de desenvolvimento descritos anteriormente.

Além disso, o princípio não serve mais como uma fonte de liberdade dos estados para gerenciar recursos naturais, mas também como uma fonte de responsabilidades correspondentes, exigindo um gerenciamento cuidadoso e impondo responsabilização em nível internacional.

Adicionalmente, ressalta-se que este tema também foi exaustivamente explorado pela doutrina brasileira. Isto se deve ao fato de que o Brasil é rico em recursos naturais, dentre eles, o petróleo, o que justifica o interesse estatal em deter o domínio destes recursos, além de sua liberdade de dispor conforme seja interessante para seu desenvolvimento. Nas palavras de Marilda Rosado¹²:

A questão da soberania sobre os recursos naturais passou a ser considerada também um “direito ao desenvolvimento”, demonstrando uma natureza político-jurídica. Não se trata de achar que o direito dos Estados de apropriar-se de propriedade de estrangeiros em seu território fosse novidade, já que até nos escritos de Grócio e outros clássicos o *dominium eminens* foi reconhecido.

Trata-se de reconhecer que, embora o respeito do Estado aos direitos adquiridos de estrangeiros seja um princípio básico do Direito Internacional, isso não significa que não possa haver violação aos direitos dele decorrentes, desde que tal fato se coadune com as necessidades e com o interesse geral que o Estado soberano precisa garantir.

Ante o exposto, conclui-se que a PSNR consiste em direito aplicado à ordem internacional, que garante que Estados disponham livremente de seus recursos naturais, podendo firmar contratos e direcionar sua atuação neste sentido visando seu maior benefício e desenvolvimento. Assim, o Estado pode regular seus regimes de contratação como bem entender, desde que estas formas tenham como objetivo seu favorecimento, sua segurança e seu desenvolvimento sustentável, ao mesmo tempo que tem o direito de alterar seu regime jurídico, mesmo que acabe por violar contratos já firmados.

¹² RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 60.

2.2 Panorama geral da legislação

Partindo deste princípio, destaca-se que, até meados do século XX, apesar do conhecimento de que havia petróleo no Brasil, a política nacional era voltada para sua não exploração das reservas existentes.

Este panorama mudou, no entanto, com a Lei nº 2004, de 3 de outubro de 1953, que foi responsável pela criação da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás e pela estipulação de que as jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional constituem monopólio da União, conforme segue:

Art. 1º Constituem monopólio da União:

I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluídos e gases raros, existentes no território nacional;

II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte, por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem.

Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I – por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II – por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução.¹³

Em 1988, foi promulgada a Constituição Federal, o disposto na Lei nº 2004, de 3 de outubro de 1953, que manteve este monopólio, na forma de seu artigo 177.

Em 1995, no entanto, foi publicada a Emenda Constitucional nº 9¹⁴, que acrescentou, ao referido artigo, a possibilidade de contratação, com empresas estatais ou privadas, das atividades envolvendo petróleo, gás natural e hidrocarbonetos, processo este que se tratou da abertura do mercado.

Assim, sua redação passou a vigorar da seguinte forma:

¹³ BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2004.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

¹⁴ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

Art. 177. Constituem 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.

§ 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.

§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:

I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;

II - as condições de contratação;

III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

§ 3º A lei disporá sobre o transporte e a utilização de materiais radioativos no território nacional.

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b);

II - os recursos arrecadados serão destinados:

a) ao pagamento de subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, gás natural e seus derivados e derivados de petróleo;

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

c) ao financiamento de programas de infra-estrutura de transportes.¹⁵

Já em 1997, foi promulgada a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997^{16 17}, que foi responsável pela regulação deste mercado, recém aberto para a indústria privada. Conforme abordado por Pires e Schechtman¹⁸:

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

¹⁷ Na tentativa de fomento do mercado de gás natural, foram criadas, também, a Lei do Gás, Lei nº 11.909/2009, e seus dispositivos alteradores. Para maiores informações a esse respeito, consultar SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação das atividades de petróleo e do gás natural no Brasil. GUERRA, Sérgio (org.). **Regulação no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 299-320.

¹⁸ PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Os Resultados da Reforma: Uma estratégia Vencedora. **Petróleo: Reforma e Contrarreforma do Reforma do Setor Petrolífero Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2013. p. 84.

O marco regulatório criado em 1997 determinou as regras necessárias à participação dos agentes privados nas atividades de *upstream* da indústria do petróleo e do gás natural, antes exclusivamente desempenhadas pela Petrobras. Nesse sentido, seu objetivo era o de promover a entrada de novas empresas, fomentar a competição e atrair novos investimentos - isolados ou em parceria com a própria Petrobras.

Esta abertura e, conseqüentemente, o aumento da flexibilização do monopólio da União, foram possibilitados, principalmente, através da outorga de concessões, em relação às atividades anteriores ao refino (*upstream*), e autorizações, em relação às posteriores (*downstream*).

Conforme já tratado por Marilda Rosado de Sá Ribeiro¹⁹:

Em linhas gerais, afirma-se que o monopólio tornou-se “flexível” porque, embora a propriedade dos recursos do subsolo ainda seja da União Federal, o exercício exclusivo, concedido por mais de quarenta anos a uma empresa estatal, a Petrobrás, tornou-se aberto a empresas privadas, através da celebração de contratos de concessão para as atividades de *upstream*; ou por meio de autorização, para as atividades de *downstream*.

A esse respeito, escreveram também Bianca Santos Marzani, André Tosi Furtado e Sinclair Mallet-Guy Guerra²⁰, que a abertura do mercado resultou em seu crescimento e no aumento de competição entre empresas, visto que o padrão de concorrência foi modificado de um sistema extremamente verticalizado a uma indústria plural, gerando a necessidade, assim, de alterações em todo o arranjo institucional. Em suas palavras:

Com a abertura do mercado de petróleo, vislumbra-se o crescimento do mercado brasileiro de petróleo e de produtos derivados, acompanhado de uma concorrência crescente entre empresas nacionais e estrangeiras. Em paralelo, os fornecedores de bens e serviços nacionais e estrangeiros também deverão dividir o espaço concorrencial e disputar as carteiras de projetos a serem contratadas pelas companhias petroleiras nacionais e estrangeiras (Zamith, 1999).

A promulgação da lei 9.478 em 1997 (lei do petróleo) modificou o padrão de concorrência nessa indústria, anteriormente caracterizado por uma estrutura altamente verticalizada de monopólio, passando para um ambiente econômico com mais atores públicos e privados. A lei do petróleo desenvolveu um novo arranjo institucional, alterando as funções dos agentes econômicos no setor, bem como as regras e os papéis que permeiam as atividades destes nas atividades do petróleo (Furtado, 2001).

¹⁹ RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 419-420.

²⁰ MARZANI, Bianca Santos; FURTADO, André Tosi; Guerra, SINCLAIR Mallet-Guy. Novo contexto de abertura do mercado brasileiro de petróleo e os fornecedores locais: a criação do REPETRO. In: **2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás**. 2003. p. 3.

Sendo assim, com o objetivo de regular estas relações recém formadas, a Lei do Petróleo contou com a criação, entre outros órgãos²¹ da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, que passou a legislar a respeito das questões mais específicas da exploração, produção, transporte e comercialização de petróleo, gás natural e biocombustíveis, além de supervisionar todos os contratos envolvendo as mencionadas atividades. Sua importância e suas inúmeras funções foram devidamente abordadas pela obra de Manoel P. S. Neto²², conforme segue:

Desde a sua constituição, a ANP realizou licitações de áreas para exploração e produção, concedeu autorização para que novas companhias do ramo se instalassem no Brasil e se associassem a plantas de refino existentes, regulamentou as atividades de distribuição, liberou a importação e exportação de petróleo e seus derivados, exceto diesel e gasolina e a facilitação da construção e operação de postos de gasolina.

Dessa forma, através de breve análise, é possível concluir que o poder legislativo enxerga o petróleo e o gás natural como bens que, em razão de sua importância para a economia e a segurança energética do país, demandam exaustiva regulação, não sendo descartado, no entanto, o imenso potencial lucrativo presente nestes recursos naturais.

2.3 Monopólio da União e regulação do mercado

Tendo sido explorados os aspectos mais relevantes da legislação, cabe abordar com maior profundidade o monopólio da união sobre o petróleo e o gás natural, cuja relevância foi abordada por Humberto Mariano de Almeida²³:

Os recursos minerais possuem características que os colocam em posição destacada perante os demais bens ambientais. Sua importância ambiental é indiscutível, sua relação com a soberania, sua exploração e possíveis degradações ambientais, além de ser um recurso não renovável, portanto a preocupação com seu esgotamento deve nortear toda a política de aproveitamento dos recursos minerais do País. E como um bem difuso, os recursos minerais devem ser preservados e defendidos pelo Poder Público e pela coletividade.

²¹ Para maiores informações sobre o Conselho Nacional de Política Energética - CNPE, consultar NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil**. 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018 e RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

²² NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil**. 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018. p. 87

²³ ALMEIDA, Humberto Mariano de. **Mineração e Meio Ambiente na Constituição Federal**. São Paulo: LTR, 1999. p. 47-48.

Em resumo, os recursos minerais brasileiros, especialmente o petróleo e o gás natural, possuem um enorme potencial econômico que deve ser explorado.

Entretanto, é necessário ter em mente que estes recursos são esgotáveis e representam, também, parcela relevante do potencial energético global, sendo de extrema importância para a segurança energética brasileira e, conseqüentemente, para a soberania nacional. Sobre este assunto, cabe mencionar a obra de Thiago Brito, Edmilson dos Santos, Isabelle Rousseau e Pablo Nava²⁴. Lê-se:

A dialética da Segurança Petroleira parte da tese que explica a meteórica ascensão do petróleo rumo ao topo da matriz energética mundial. Sua ampla disponibilidade, a preços competitivos e qualidades tecnológicas adequadas às necessidades energéticas da humanidade do século 20, fez com que a “maior dependência ao petróleo importado” garantisse uma maior Segurança Energética para as nações consumidoras. Nos países exportadores, a venda do petróleo também gerou a percepção de maior segurança. A exportação do recurso garantiu riqueza, opções de desenvolvimento, maior inserção global e influência política para nações que seriam relativamente pobres sem o petróleo.

Além destes aspectos, cabe ressaltar o imenso impacto ambiental causado por todas as atividades relacionadas a estes minerais, dentre elas a exploração, a produção e o enriquecimento, chegando até o consumo.

Sendo assim, faz-se clara a motivação da legislação brasileira ao tornar o referido recurso monopólio da União Federal, tanto em termos de propriedade dos minerais, quanto na elaboração da legislação pertinente.

Ainda assim, é necessário chamar atenção para a atratividade desse mercado para a iniciativa privada e o potencial dos benefícios que isto pode trazer para a economia do país, o que resultou na abertura do mercado, regulada pela Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995, e as demais regras citadas anteriormente. Nas palavras de Jose Emilio Nunes Pinto²⁵:

²⁴ BRITO, Thiago L. F.; DOS SANTOS, Edmilson M.; ROUSSEAU, Isabelle; NAVA, Pablo C. A dialética da segurança energética e a interdependência das nações. In: MONIÉ, F.; BINSZTOK, J. (Org.). **Geografia e geopolítica do petróleo**. Rio de Janeiro: Mauadx, 2012. p. 28.

²⁵ PINTO, Jose Emilio Nunes. A arbitragem nos contratos da indústria de petróleo e gás natural. PIRES, Paulo Valois (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. P. 121.

A flexibilização do monopólio estatal do petróleo e gás natural nos termos da Emenda Constitucional nº 9 de 9 de novembro de 1995, e a subsequente edição da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, abriram caminho para que o desenvolvimento dessa indústria no país viesse a contar com a participação dos grandes *players* mundiais ao lado da companhia estatal de petróleo – Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS.

Inclusive, entendem Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins²⁶ que:

o monopólio de que se trata aqui não é aquele de fato, isto é, que surge pela desnaturação do regime de competição, fazendo emergir um único fornecedor de um dado produto. Este monopólio é reprimível. O que faz a Constituição é autorizar a criação por lei, em favor do Poder Público, do regime de monopólio. Não há que se confundir no nosso sistema constitucional o monopólio com o serviço público. Este também leva a um regime monopolístico, mas não se cifra a isso. Há também, neste caso, um regime jurídico especial. No monopólio esta especialidade de regime não é de sua essência.

Adicionalmente, é preciso chamar atenção para o fato de que a gestão dos recursos por parte do Poder Público é extremamente custosa, o que, além de gerar prejuízo para o Estado, resulta em investimento inferior ao necessário para o desenvolvimento do mercado, sendo mais vantajoso permitir e regular o investimento privado. Conforme tratado por André Canelas²⁷:

O fim dos anos 80 e os anos 90 foram um divisor de águas na história do investimento em setores de infra-estrutura no Brasil. Dada a crença na incapacidade do Estado em gerar um volume de investimento compatível com as necessidades de crescimento da economia brasileira, aliada à paralela mudança de prioridades dos gastos públicos, houve um processo de privatização e concessão de ativos públicos dos setores infra-estruturais. Assim, consolidou-se da mudança de paradigma teórico acerca do papel econômico do Estado: o Estado não seria mais planejador/investidor/produzidor em setores econômicos infra-estruturais. De acordo com este novo entendimento, os serviços de infra-estrutura, sobretudo energia, seriam *commodities* comercializáveis e não serviços de responsabilidade do Estado. Esta mudança de entendimento sobre o papel econômico do Estado, em direção a um entendimento liberal, o chamado “Consenso de Washington”, foi teoricamente embasada pelas teorias monetarista e novo-clássica, principalmente no plano macroeconômico das políticas monetária e fiscal, e pela Teoria dos Mercados Contestáveis, que alegava que os setores econômicos infra-estruturais teriam evoluído de maneira a superar suas características de monopólios naturais (BAUMOL, PANZAR e WILLIG, 1982).

Sendo assim, a Emenda em comento trouxe uma nova visão do monopólio supracitado, buscando equilibrar os poderes do capital privado e do poder público e proteger este recurso

²⁶BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, v. 3, e. 7, 1990. p. 165

²⁷ CANELAS, André. **Investimentos em exploração e produção após a abertura da indústria petrolífera no Brasil: impactos econômicos**. 2004. 106f. Monografia (Bacharelado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2004. p. 55.

natural. Conforme explorado por Regina Linden Ruaro e Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença²⁸:

O monopólio da União e a regulação do setor projetam justamente confluir os fatores positivos da cadeia, ajustando, na medida em que possível for, o capital privado e o interesse público. O que não se pode olvidar é a necessidade de constante acompanhamento do setor por intermédio de medidas interventivas no domínio econômico, de caráter regulatório ou concorrencial. Os aspectos positivos da Emenda nº 9 são justamente possibilitar o surgimento dessa indústria antes restrita à Petrobrás, mas que, como já demonstrado, tem uma face de maior dimensão que merece o cuidado atento do Estado, como administrador e legislador.

Com esta maior necessidade de supervisão, no entanto, percebeu-se que a União não era mais capacitada para regular e fiscalizar, ela mesma, todas as relações e situações decorrentes das atividades relacionadas a petróleo e gás natural, o que resultou na criação das agências reguladoras, mais especialmente, a ANP.

A necessidade de delegação destas funções, anteriormente detidas pela União, foi amplamente abordada por Luís Roberto Barroso²⁹:

[...] o fato de determinados serviços públicos serem prestados por empresas privadas concessionárias não modifica a sua natureza pública: o Estado conserva responsabilidades e deveres em relação à sua prestação adequada. Daí a privatização haver trazido drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem como personagens fundamentais, as agências reguladoras.

Nesse sentido, conclui-se que as agências reguladoras possuem como objetivo principal a elaboração de regras que demandam maior especialização, além da regulação e fiscalização das relações envolvendo o governo e entes privados na realização de atividades relacionadas às matérias que regulam. Nas palavras de Sérgio Guerra³⁰:

²⁸ RUARO, Regina Linder; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. Análise Econômica do Direito do Petróleo: Desafios do Novo Sistema Exploratório. **Direito Público**. v. 12, e. 65. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público. 2005. p. 198.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista do Direito Administrativo**. v. 229. Rio de Janeiro: FGV. 2002, p. 293.

³⁰ GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 379.

A regulação estatal representa um estado de equilíbrio e de regularidade no funcionamento de um subsistema, mediante regras, em sua maioria elaboradas com alto grau de tecnicidade e complexidade. Essas regras devem ser observadas em determinado comportamento ou situação, afetando-se minimamente direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Pela ótica do postulado da eficiência e como fundamento jurídico, a regulação estatal deve alcançar a maior satisfação do interesse público substantivo com o menor sacrifício de outros interesses constitucionalmente protegidos. Secundariamente, a regulação deve buscar o menor dispêndio de recursos públicos.

A escolha regulatória fundamenta-se, portanto, na atuação do Estado sobre decisões e atuações empresariais de forma adequada, necessária e proporcional, para o equilíbrio de subsistemas.

Exclusivamente sobre a criação da ANP num contexto de recente abertura do mercado de petróleo e gás natural para entidades privadas, Patrícia Regina Pinheiro Sampaio³¹ entende que:

[a] presença de uma entidade reguladora autônoma foi vislumbrada como necessária num contexto em que se buscava atrair a iniciativa privada para investimentos no setor e, nesse sentido, conferir segurança jurídica e previsibilidade à regulação setorial e aos contratos a serem firmados.

A importância da regulação, inclusive foi tratada, no contexto da abertura do mercado de petróleo e gás natural, por Francisco José Zagari Rigolon³², que escreveu que:

Uma regulação eficiente é desejável porque aumenta a credibilidade da reforma da infra-estrutura e, conseqüentemente, a probabilidade de entrada do capital privado no setor. Neste sentido, uma estratégia recomendável para os países em desenvolvimento seria: primeiro, formular as regras do jogo, ou seja, instituir um marco regulatório crível; depois, definir a estrutura da indústria; e, finalmente, privatizar os serviços de infra-estrutura. O Chile implementou uma seqüência semelhante a esta ao longo de uma década. Em outros países, entretanto, resultados significativos foram alcançados mesmo com defasagens na regulação. Por outro lado, outras variáveis, tais como a incerteza política, a estabilidade macroeconômica, o desenvolvimento do mercado financeiro doméstico, a oferta de crédito para a infra-estrutura, o risco cambial etc., também influenciam o andamento da reforma. As evidências sinalizam que, no curto prazo, uma regulação eficiente é desejável, mas não é nem necessária nem suficiente para assegurar o início de um processo bem-sucedido de reforma da infra-estrutura. No longo prazo, entretanto, uma regulação estável, compreensiva e que incentive a competição aumenta a probabilidade de sucesso da reforma.

Especificamente sobre a ANP, ela é responsável, entre outras atividades, por aplicar a lei existente, regular e fiscalizar a exploração, produção, enriquecimento, refino, transporte e

³¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade de petróleo e gás natural no Brasil. GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 304.

³² RIGOLON, Francisco José Zagari. Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil. **Revista do BNDES**. v. 4, n. 7. 1997. p. 135-136.

comércio, tanto interno, quanto externo, de petróleo, gás natural e seus derivados, além de conduzir as rodadas de licitações de áreas a serem exploradas e figurar como parte concedente nos contratos firmados com companhias que realizaram a exploração e produção destes bens, e como interveniente anuente dos contratos privados envolvendo os mesmos.

Conforme abordado por Manoel P. S. Neto³³:

[...] por meio de normas infralegais (em especial as resoluções, portarias e editais de licitação) , ela estabelece regras licitatórias, e contratuais e de funcionamento dessa indústria (englobando toda a cadeia produtiva: exploração e produção, refino e distribuição), fiscaliza as atividades industriais e impõe sanções administrativas ante o descumprimento normativo e/ou contratual.

Dessa forma, é possível entender que, por mais que o mercado de petróleo e gás natural tenha sido aberto para demais empresas que não sejam a Petrobras, ele ainda é protegido, regulado e fiscalizado exaustivamente pela União e a agência por ela criada com este objetivo.

2.4 Caráter transnacional

Já tendo sido abordados a legislação brasileira, o monopólio da União e a regulação, cabe chamar especial atenção para outro dos aspectos mais relevantes do mercado brasileiro de petróleo e gás natural: seu caráter transnacional, que apenas se tornou viável com a abertura do mercado em 1995.

Observando esta relação, observaram Antonio Rufino da Costa e Fernando Dias Lopes³⁴ que a:

abertura do mercado brasileiro de petróleo, notadamente o das atividades de E&P, torna-o compatível com os demais mercados, o que possibilita que as empresas de petróleo tenham aqui uma atuação nos mesmos moldes que têm em outros países, ou seja, um comportamento isomórfico, como abordado pela teoria institucional.

³³ NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo**: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil. 1 ed. Jundiaí;Paco, 2018. p. 58-59.

³⁴COSTA, Eduardo Rufino da; LOPES, Fernando Dias. Participação de Empresas Estrangeiras e Consórcios em Leilões de Blocos Exploratórios de Petróleo e Gás no Brasil. **Revista de Administração contemporânea**. v. 14, n. 5. 2010. p. 814.

Nesse sentido, é preciso, em primeiro lugar, ter em mente que, além de o mercado global de petróleo ser dominado por uma quantidade escassa de companhias, denominadas *International Oil Companies* – IOCs (Companhias Internacionais de Petróleo)³⁵, há um enorme custo para a implementação de operações nesta área.

A título exemplificativo, cabe citar a necessidade de realização de diversas pesquisas e testes, a obtenção e/ou fabricação de equipamento e a contratação de mão de obra extremamente especializada. Assim, é praticamente inviável o ingresso no mercado de petróleo e gás, principalmente de *upstream* sem o auxílio, investimento e/ou participação governamental ou destas empresas, que dominam o mercado internacional e nacional de petróleo.

Dessa forma, as empresas acabam por assumir caráter transnacional, exercendo suas atividades e influência em diversos países, um resultado claro, tanto da evolução de suas operações, quanto do conceito de globalização. A respeito da classificação destas empresas como transnacionais e da definição deste instituto, escreveu Marilda Rosado de Sá Ribeiro³⁶:

[a] principal característica das empresas transnacionais [é] a capacidade de orientar centralizadamente as suas operações em diversos pontos do mundo por meio de um planejamento desenvolvido em nível global incluindo programas de pesquisa e de desenvolvimento e metas financeiras, com vistas a mitigar custos, a aumentar sua influência e a expandir seus mercados consumidores.

Em resumo, trata-se de companhias que possuem nacionalidade fixa, porém atuam em outros países através de Investimento Estrangeiro Direto, também conhecido como *Foreign Direct Investment*, ou FDI, e/ou por meio de subsidiárias ou *joint ventures*³⁷, dentre os quais o Brasil, onde sua atuação já é tida como algo comum, o que gera a necessidade de uso da *lex petrolea*.

Esta definição foi corroborada pela obra de Carolina Azevedo³⁸. Lê-se:

³⁵ BEYAZAY, Basak. **The Nature of the Firm in the Oil Industry**: International Oil Companies in Global Business. Abingdon: Rutledge, 2018.

³⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 98.

³⁷ Para maiores informações sobre *joint ventures*, consultar RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

³⁸ AZEVEDO, Carolina Araújo de. **Transnacionais como veículo de investimento e o problema da corrupção**: dois temas relevantes da atual agenda global. 2012. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 33.

Segundo Luiz Olavo Baptista, a principal característica das empresas transnacionais é a sua “capacidade de orientar centralizadamente, as suas operações em diversos pontos do mundo”, por meio de um planejamento desenvolvido a nível global, incluindo programas de pesquisa e de desenvolvimento e, as metas financeiras, com vistas a mitigar custos e aumentar sua influência, além de expandir seus mercados consumidores. Com vistas à tomada de decisão, as TNCs levam em consideração a existência de um mercado mundial onde elas podem operar em várias localidades, de modo que os mercados nacionais são considerados como sendo de menor importância. Com efeito, o controle das filiais ou subsidiárias, em todos os aspectos, é um pressuposto da coordenação dos seus objetivos globais.

Entretanto, além de se ter em mente a capacidade de investimento e econômica destas empresas, é preciso chamar atenção para os problemas que esta relação entre investidor e Estado pode trazer, principalmente no âmbito do direito regulatório brasileiro.

A título de exemplo, tendo em vista o amplo poder político e econômico das IOCs, é possível que desenvolvam relações com Estados que acabam por assumir posição hipossuficiente, colocando em risco sua soberania. Como escrito por Marilda Rosado de Sá Ribeiro³⁹:

Contudo, a equação é bem mais complexa na inter-relação de forças do que parece, pois esse desequilíbrio pode pender em favor da parte privada se figurarem as empresas transnacionais, cujo poder é muitas vezes superior ao dos próprios Estados.

3 LEX MERCATORIA

Tendo em vista esta nova fase da globalização, marcada pela participação de companhias transnacionais⁴⁰ no mercado mundial e em relações privadas e públicas de diversos países, foi se tornando cada vez mais inviável a adaptação, caso a caso, das empresas e dos negócios à legislação de cada país em que são realizadas operações.

³⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo, **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2010. P. 20. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

⁴⁰ Para o propósito do presente trabalho, optou-se por mencionar apenas companhias transnacionais. Para maiores detalhes em sua conceituação, consultar AZEVEDO, Carolina Araújo de. **Transnacionais como veículo de investimento e o problema da corrupção**: dois temas relevantes da atual agenda global. 2012. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) –Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. p. 32-36.

Sendo assim, acabou por se tornar uma prática corporativa empreender esforços para que as contratações e investimentos sejam realizados da forma mais uniforme possível em relação à pluralidade legislativa presente. Conforme tratado por Douglas Alexander Cordeiro⁴¹:

Tais fatores, aliados ao desenvolvimento dos meios de comunicação e da superação das fronteiras nacionais pelos comerciantes, implicaram o surgimento de um novo conjunto de regras, nascidas da prática comercial e desvinculadas das normas legais dos Estados aos quais pertencem os personagens da relação comercial.

Desta forma, surgiu o conceito de *lex mercatoria*, que consiste na utilização, entre outros elementos, de princípios e do costume internacional como fonte de direito, podendo ser utilizada, a título de exemplo, na elaboração de contratos e na resolução de conflitos decorrentes destas relações⁴².

De acordo com Ole Lando⁴³, a *lex mercatoria* é composta por diversos elementos, dentre eles, o Direito Internacional Público, leis uniformes, os princípios gerais do Direito, regras de organizações internacionais, costume, padrões contratuais e a jurisprudência arbitral conhecida.

Com relação à aplicação deste instituto jurídico, o ilustre autor afirma que ele se aplica a casos permitidos pelas legislações locais, nos quais determinada relação jurídica não pode ser regulada por uma só lei ou sua utilização é de livre escolha das partes.

Tendo em vista que a principal característica da *lex mercatoria* é sua aplicação paralelamente ao direito nacional, é possível conceber uma possibilidade de conflitos entre as duas fontes de direito. Este assunto foi abordado por José Alexandre Tavares Guerreiro⁴⁴, o qual concluiu que, por não se referirem aos mesmos interesses, a *lex mercatoria* e o poder normativo, na verdade, não possuem qualquer conflito. Na verdade, estes seriam dotados de poder normativo distinto, criando regras jurídicas de igual aplicabilidade. Em suas exatas palavras:

⁴¹ CORDEIRO, Douglas Alexander. A *lex mercatoria* e as novas tendências de codificação do direito do comércio internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.7, n.7, 2008, p. 89.

⁴² LANDO, Ole. The *lex mercatoria* in international commercial arbitration. **The International and Comparative Law Quarterly**, n. 34. 1985, p. 749-751.

⁴³ Idem.

⁴⁴ GUERREIRO, Jose Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem comercial internacional**. 1989. 337f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo. 1989. p. 166.

O Estado, enquanto titular do poder normativo e fonte de regras jurisdicionais, configura uma realidade, mas essa comunidade de comerciantes ou agentes do comércio internacional configura outra realidade, não conflitante com a primeira, por se referir a interesses diferentes, mas igualmente podendo ser capaz de ser dotada de poder normativo distinto, e podendo se converter por igual forma, em fonte de regras jurídicas.

A este respeito, também escreveu José Augusto Fontoura Costa⁴⁵, ao tratar das lacunas deixadas pelos ordenamentos para sua complementação através dos costumes comerciais vigentes, outro exemplo claro de sua complementariedade e aceitação pelo Estado, conforme segue:

O problema, destarte, não é que os Direitos estatais se neguem a reconhecer normas comerciais transnacionais, mas que o processo de positivação legislativa do Direito comercial produziria cristalizações capazes de obstruir o seu desenvolvimento e, o que seria talvez mais grave, afastar cada sistema nacional da uniformidade própria da *lex mercatoria*. Neste sentido, o esforço de manter as aberturas dos diversos sistemas jurídicos à dinamicidade dos costumes e padronizações comerciais internacionais seria mais importante do que reafirmar constantemente a autonomia de tal sistema normativo transnacional. Em outras palavras, sem negar a importância da arbitragem e das sanções reputacionais, poder-se-ia reconhecer que a nova *lex mercatoria* depende dos Direitos estatais para garantir sua efetividade, uma vez que carece de meios e legitimidade para o uso da força, mas apesar de não ser autônoma, desenvolve princípios e regras próprios cuja aceitação pelos sistemas internos favorece o melhor trânsito internacional de riquezas, reduzindo riscos e custos transacionais.

Outro ponto de interesse em relação à *lex mercatoria* é que diversas instituições buscam sistematizar pontos específicos em determinadas áreas, de modo a facilitar sua aplicação. Embora estes pontos não estejam organizados em um regulamento centralizado, como ocorre com os ordenamentos jurídicos estatais, os participantes das relações comerciais, tanto nacionais quanto transnacionais, optam, muitas vezes, por adotar as práticas prescritas pelas mencionadas instituições.

Dentre as mais utilizadas, a título de exemplo, estão o *International Institute for the Unification of Private Law* – UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado), que possui um extenso regulamento principiológico para contratos comerciais internacionais e o *International Chamber of Commerce* – CCI (Câmara Internacional de Comércio), que regula a resolução de conflitos via arbitragem em relações comerciais⁴⁶.

⁴⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. a. 2., n. 6. Lisboa. 2013. p. 4792.

⁴⁶ Para maiores informações sobre estas instituições, consultar seus estatutos, presentes, respectivamente, em: BRASIL, **Decreto nº 884, de 2 de agosto de 1993**. Promulga o Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a

O instituto da UNIDROIT foi abordado na obra de Lando⁴⁷, cuja interpretação é de que o mesmo estabelece, na forma de regras não vinculantes, os princípios da lei contratual, que servirão como orientação para a contratação e a resolução de conflitos por tribunais arbitrais internacionais.

Já a respeito da importância extensão da utilização do CCI, escreveu Karl-Heinz Böckstiegel^{48 49}, em artigo datado de 1965, que, inclusive, em razão de fatores como o sigilo e a utilização de árbitros, que, além de serem independentes da Câmara e de suas regras não procedimentais, são especialistas reconhecidos internacionalmente por seu conhecimento nas matérias discutidas, sua adoção é estipulada, tanto em contratos entre companhias privadas, quanto entre companhias privadas e Estados.

Finalmente, importa chamar atenção para o fato de que a *lex mercatoria* trata das relações comerciais transnacionais em geral. Sendo assim, ela acabou por se subdividir em relação às matérias que requerem maior especialização.

Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), concluído em Roma, em 15 de março de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0884.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2019.; CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem da CCI**, disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2018; e CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Mediação da CCI**, disponível em: <<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2018.

⁴⁷ “UNIDROIT and the Commission on European Contract Law are in the process of establishing general principles of contract law, the former for all nations of the world, the latter for the Member States of the European Communities. These principles will be published as non-binding rules which inter alia will serve as guidelines for international arbitral tribunals.” (LANDO, Ole. The *lex mercatoria* in international commercial arbitration. **The International And Comparative Law Quarterly**, n. 34. 1985, p. 750.)

⁴⁸ “The arbitration of the International Chamber of Commerces in Paris is not only stipulated – as is generally realized – in a great number of international contracts between private firms, but also in many contracts between states and private firms.” (BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Arbitration of disputes between states and private enterprises in the International Chamber of Commerce. **The American Journal of International Law**. v. 59, ed. 3. 1965. p. 579-580.)

⁴⁹ “The reason why so many states have by this time accepted ICC arbitration as practicable lies no doubt partly in the remarkably confidential nature of the proceedings: thus even if the decision goes against the state, it is easier to avoid loss of prestige or a reaction from the public with its political repercussions. Furthermore, although the Court of Arbitration itself can exercise some influence, through its rules of procedure, in avoiding defects in the proceedings, the actual decision on the merits of the case is a matter for completely independent arbitrators, who do not form part of the Court of Arbitration and who have sufficient expert knowledge of the subject in question. The parties understandably have more confidence, in many cases, in these internationally recognized experts than in law courts, which inevitably have had only occasional opportunities of dealing with the type of business in question and thus have only a superficial knowledge of it.” (Ibidem. p. 584.)

Nesse sentido, como veremos, foram criados, por exemplo, os conceitos de *lex maritima*⁵⁰ e *lex petrolea*, que consistem na regulamentação não legislativa de relações comerciais que envolvam, respectivamente operações marítimas e de petróleo.

3.1 *Lex petrolea*

Já tendo sido abordados, tanto o caráter transnacional das operações de petróleo – em razão de seu alto custo, do alto nível de especialização necessário e do amplo interesse de grandes companhias transnacionais e Estados em investir neste bem –, quanto a utilização da *lex mercatoria* e a possibilidade de ramificá-la em razão de especificações materiais, cabe abordar com maior profundidade a *lex petrolea*.

De acordo com Clarissa Brandão⁵¹ a *lex petrolea* é um conjunto normas visando à regulamentação das atividades de exploração petrolífera na qualidade de atividade econômica desenvolvida internacionalmente. Tal instituto possui como fontes principais (i) contratos-tipo internacionalmente reconhecidos; e (ii) a jurisprudência arbitral, cujo compromisso costuma seguir o modelo de cláusula desenvolvida pela *Association of International Petroleum Negotiators* – AIPN (Associação de Negociadores Internacionais de Petróleo).

A utilização desta fonte de direito na resolução de conflitos⁵², a segunda fonte mencionada por Brandão, foi brilhantemente explorada por Nima Mersadi Tabari⁵³, que escreveu

⁵⁰ Para maiores informações sobre *lex maritima*, consultar TETLEY, William. The General Maritime Law – The *Lex Maritima*. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**. v. 20. 1994. p. 105-134.

⁵¹ BRANDÃO, Clarissa. *Lex Petrolea*. **Revista Brasileira de Direito Público**. n. 2. 2006/09. Rio de Janeiro. p. 247.

⁵² Optou-se, neste trabalho, por não abordar com profundidade os aspectos da arbitragem. Para maiores informações sobre esse tema, consultar SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação**. 9. ed. Rio de Janeiro:Forense. 2019.

⁵³ “3.3 *Lex petrolea* being of new coinage, our task in identifying and defining it is far more cumbersome. Today, in addition to the continued application of municipal laws to petroleum disputes by international arbitral tribunals, the proliferation of investment treaties renders an argument that *lex petrolea* is or should be the sole applicable law to any hydrocarbon dispute manifestly redundant. The proposition is rather that *lex petrolea* alongside international investment law is an integral source of the transnational law applied to such disputes in addition to the operation of the provisions of many hydrocarbon agreements, which refer to the host state's law, international law and the best practice of the petroleum industry as sources of obligations and rights.

3.4 The implied inclusion of *lex petrolea* in the "cafe trolley" of sources of applicable laws to hydrocarbon disputes, subject to the consent of the parties, is a logical conclusion derived from the co-existence of treaty-based and contract-based methods of dispute settlement used in solving hydrocarbon disputes and defining the mutual rights and obligations of the parties. The relationship between these different sources of law is one of pluralistic

que no atual contexto de aplicação de leis locais por tribunais arbitrais e da proliferação de tratados de investimento no setor, o argumento de que a *lex petrolea* deve ser a lei aplicável para dirimir conflitos em relação a hidrocarbonetos pode ser considerado, no mínimo, redundante.

Isso decorre do fato de que a *lex petrolea*, juntamente com o direito internacional de investimentos, é uma fonte integral do direito transnacional aplicado a tais disputas, além da operação das disposições de muitos acordos de hidrocarbonetos, que se referem ao direito do estado hospedeiro, ao direito internacional e às melhores práticas da indústria do petróleo como fontes de obrigações e direitos.

Adicionalmente, para o autor, a utilização de *lex petrolea* é uma conclusão lógica, tendo em vista que relação entre as diferentes fontes de direito é de coexistência pluralista, e não de domínio hierárquico ou exclusão mútua. Assim, *lex petrolea* é principalmente, mas não exclusivamente, utilizada pelos tribunais de petróleo, em uma capacidade de preencher lacunas, encontrando soluções para problemas não expressamente previstos pelas partes em suas partesem seus contratos, ou de outra forma claramente atendidos pelas demais fontes.

Dessa forma, ao apresentar o argumento da existência de *lex petrolea* como um subconjunto distinto da lei transnacional que rege as disputas por hidrocarbonetos, tomamos emprestada a terminologia e a metodologia usadas pelos defensores do pluralismo jurídico em estudos socio-legais.

Já quanto à primeira fonte mencionada, os contratos-tipo foram criados em contexto no qual projetos envolvendo petróleo e gás natural possuem grande complexidade e as relações deles provenientes, que envolvem diversos países e sua regulação, devem ser reguladas por contratos.

coexistence rather than hierarchal dominance or mutual exclusion, *Lex petrolea* is chiefly but not exclusively utilised by petroleum tribunals in a gap-filling capacity finding solutions to problems not expressly foreseen by the parties in their agreement or otherwise clearly catered for in the other ingredients of the café trolley". In presenting the argument for the existence of *lex petrolea* as a distinct subset of the transnational law governing hydrocarbon disputes we borrow the terminology and methodology used by proponents of legal pluralism in socio-legal studies." [...].” (TABARI. Nima Mersadi. *Lex Petrolea and International Investment Law: Law and Practice in the Persian Gulf*. Oxford: Rutledge. 2017. p. 131)

Assim, com o objetivo de seguir o disposto na legislação vigente em todos os Estados envolvidos nas transações pertinentes e diminuir o desgaste e o tempo depreendido na negociação contratual⁵⁴, se faz clara a necessidade de padronização contratual, visando um formato e regras amplamente aceitas pelas legislações locais e pelos agentes do mercado, e que, ao mesmo tempo, sejam favoráveis ao mercado e à livre negociação.

Nas palavras de Jairo Silva Melo⁵⁵, esta espécie de contrato consiste em:

[...] simples formulários, modelos quando à forma que certos instrumentos devem se revestir, contendo todas as estipulações que estes devem conter, a fim de que seus elementos essenciais sejam determinados. As partes contratantes pertencem, em geral, ao mesmo ramo de atividade (comércio de cereais, produtos de petróleo, algodão, etc.), presumindo-se que elas conheçam as regras e os usos de seu ramo de atividade, o que facilita muito a conclusão rápida dos contratos.

Isto posto, se insere, além dos exemplos já citados, a AIPN, cuja atividade consiste na elaboração de modelos dos mais diversos contratos, através de comitês específicos que combinam indivíduos com expertise substancial na indústria, tais como representantes de companhias de óleo e gás, escritórios de advocacia especializados e membros da academia internacionalmente reconhecidos. Ainda conforme abordado por Talus, Looper e Otilar⁵⁶, estes modelos, por refletirem a indústria e suas práticas internacionalmente aceitas, acabaram por ser

⁵⁴ Para maiores informações, consultar MARTIN, Timothy. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, v. 22, n. 3, p. 281-340.

⁵⁵ MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusulas hardship**. São Paulo: Aduaneiras. 2011. p. 54-55.

⁵⁶ “Through specific committees that combine individuals with substantial expertise in the industry, in oil and gas companies from the commercial and legal perspective, in specialized law firms, and in academia, this organization creates model contracts in key areas of international upstream petroleum transactions. These model contracts include contracts for Accounting Procedures (2004), JOA (2012), Confidentiality Agreements (2007), Consultant Agreements for Business Development in a Host Country, Lifting Agreements, Data Exchange Agreements, LNG Master Sales Agreements (SPA) (2009), Farmout Agreements (2004), Secondment Agreements, Gas Sales Agreements, Service Contracts, Gas Transportation Agreements (2009), Study and Bid Group Agreements (2006), International Dispute Resolution Agreements, and Unitization and Unit Operating Agreements.

The AIPN’s model contracts are based on established industry practice and are widely used as a starting point for many international petroleum project negotiations, and include a variety of options and alternative provisions that encompass the main elements within the market at the time the forms are promulgated. This also leads the AIPN to continually revise and update their forms in drafting committees that literally spend hundreds if not thousands of collective working hours to revise and update the forms, like the recently revised International Operating Agreement (2012), which has been revised on multiple occasions since its original publication. Given that the provisions of the model contracts are principally derived from internationally accepted petroleum practices under similar conditions, with interchangeable standardized provisions to account for specific transaction differences, many market participants readily accept and feel comfortable with the non-contentious aspects of the contract” (TALUS, Kim; LOOPER, Scott; OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea* and the internationalization of petroleum agreements: Focus on Host Government Contracts. **Journal of World Energy Law and Business**. v. 5, n. 3. 2012. p. 184-185.)

amplamente utilizados como ponto de partida para negociações, o que resulta em sua revisão e atualização contínuas pela associação.

Exemplificando a importância da *lex petrolea*, escreveu Bishop⁵⁷ que os projetos internacionais de energia modernos envolvem uma série de acordos e questões. Normalmente, as empresas internacionais de petróleo firmam acordos de partilha de produção com governos da Ásia ou da África, licenças com governos da Europa ou contratos de serviço (ou contratos de serviço de risco) com governos da América do Sul.

Nesse sentido, vários elementos de cada um desses tipos de acordos podem ser combinados em um contrato híbrido. Um contrato de partilha de produção, por exemplo, geralmente requer a participação em atividades de perfuração e produção de uma empresa local, de propriedade do governo, geralmente com um interesse transportado por quaisquer poços exploratórios. Através da participação da empresa de propriedade do governo no projeto e royalties, bônus e impostos, os governos podem efetivamente assumir até 90% da receita total de um projeto.

Assim, uma companhia internacional de petróleo que firma um contrato com um governo pode agir em nome de um consórcio de empresas, que celebra um contrato operacional para definir, entre si, seus direitos e obrigações no empreendimento, contendo procedimentos específicos para o consórcio.

⁵⁷ “Modern international energy projects involve a host of agreements and issues. Typically, international petroleum companies will enter into production sharing agreements with governments in Asia or Africa, licenses with governments in Europe, or service agreements (or risk service agreements) with governments in South America. Various elements of each of these types of agreements may be combined in a hybrid contract. A production sharing agreement often requires the participation in drilling and production activities of a local, government-owned company, often with a carried interest for any exploratory wells. Through the government-owned company's participation in the project and royalties, bonuses and taxes, governments may effectively take up to 90% of the total revenues of a project.

An international petroleum company entering into an agreement with a government may act on behalf of a consortium of companies, which enter into an operating agreement to define, among themselves, their rights and obligations in the venture. The operating agreement will typically attach an accounting procedure to spell out the method of calculating the costs to be shared. The evaluation, bidding, negotiation and acquisition phases of a project may be governed among the consortium members by a participation agreement or a study and bidding agreement and a confidentiality agreement. If the drilling is successful and production is economic, offtake agreements will be entered into by the members of the consortium to set out the method and procedure by which they will nominate and lift their share of the production for shipping and export. Transportation agreements of various types will also be used for shipment either by sea or by pipeline. Finally, crude oil sales or exchange agreements - often made by telephone or telex - will be negotiated by the companies to dispose of their product. Each of these agreements, and each step of this chain, involves numerous issues that may create a dispute and a need for international arbitration.” (BISHOP. R. Doak. **International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea**. Houston: King and Spalding. 1998. p. 18.)

Além disso, as fases de avaliação, licitação, negociação e aquisição de um projeto podem ser regidas entre os membros do consórcio por meio de um contrato de participação ou um contrato de estudo e licitação e um contrato de confidencialidade. Se a perfuração for bem-sucedida e a produção for econômica, os membros do consórcio celebrarão acordos oficiais para estabelecer o método e o procedimento pelo qual eles nomearão e elevarão sua parte da produção para remessa e exportação. Acordos de transporte de vários tipos também serão usados para embarque por via marítima ou por tubulação. Por fim, os contratos de venda ou troca de petróleo bruto serão negociados pelas empresas.

O autor enfatiza, no entanto, que cada um desses acordos e cada etapa dessa cadeia envolve inúmeras questões que podem criar uma disputa e uma necessidade de arbitragem internacional.

Ainda, ressalta-se que, como já tratado por Ole Lando⁵⁸, mesmo que pequenas empresas não tenham interesse em adotar este modelo de contratação, elas são pressionadas a aderir aos contratos-tipo elaborados pelos agentes mais poderosos de sua área de atividade, sob o risco de não mais poder atuar.

Finalmente, dentre as principais cláusulas presentes nestes modelos, cabe enfatizar a importância das cláusulas de estabilização, que são de enorme importância no sentido de proteção dos investimentos e das relações jurídicas em relação a possíveis instabilidades estatais, conforme será abordado no próximo capítulo.

4 CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO

Uma compreensão adequada acerca da importância e função das cláusulas de estabilização requer uma prévia análise do contexto do mercado mundial do óleo e gás, para, após, abordar as características e questões do dispositivo em si.

⁵⁸ “D'une part, l'expérience concrète du commerce international parait bien établir qu'en fait "les petits sont obligés de suivre les règles établies par les gros" – en d'autres termes, que la plupart des entreprises devront bien si elles veulent participer au commerce international, adopter les contrats-type élaborés par les organisations professionnelles ou les entreprises les plus puissantes de leur branche d'activité“ (GOLDMAN Berthold. Les frontieres du droit et lex mercatoria. *Archives de Philosophie du Droit*, n.9, 1964, p. 188.)

4.1 Contextualização do mercado mundial de óleo e gás

Como já abordado nos capítulos anteriores, foi constituída, por quatorze países responsáveis pela exportação de grande parte do petróleo mundial, a Organização de Países Exportadores de Petróleo – OPEP. Estes países são: Argélia, Angola, República Democrática do Congo, Equador, Guiné Equatorial, Gabão, Irã, Iraque, Kuwait, Líbia, Nigéria, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos e Venezuela⁵⁹. Conforme editorial das Nações Unidas intitulado *World Economic Situation and Prospects 2019*⁶⁰, todos os Estados mencionados possuem o status de país em desenvolvimento.

Adicionalmente, tomando por parâmetro a opinião internacional, conforme o *Democracy Index* de 2018, publicado pelo *The Economist Intelligence Unit*⁶¹, com exceção do Equador, listado como 68º país mais democrático do mundo, os membros da OPEP constam entre as democracias mais frágeis, ocupando colocações entre a 108ª e a 154ª. Isto significa que eles representam nações com elevado risco político, podendo ser alvos de conflito, corrupção ou regimes autoritários, por exemplo.

Reforçando este entendimento, escreveu Joseph Nwaokoro⁶² que Estados hospedeiros, ou *Host Oil Countries – HOC*⁶³, ricos em recursos minerais tendem a representar economias em desenvolvimento, frequentemente atormentadas por crises econômicas e políticas, além de potencialmente marcadas por históricos de golpes e contragolpes.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DOS PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO. **About us**. Disponível em: <https://www.opec.org/opec_web/en/17.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **World Economic Situation and Prospects 2019**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2019_BOOK-web.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

⁶¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2018**. Disponível em: <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.aspx?fi=Democracy_Index_2018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018>. Acesso em 30 de julho de 2019.

⁶² “Host nations richly endowed with mineral resources, on the other hand, tend to be developing economies, often beset with political and economic crises and potentially laden with a history of coups and counter-coups. They dangle fiscal incentives to attract the IOCs to provide needed capital, expertise, and management required for successful exploitation of their mineral resources.” (NWAOKORO, Joseph Nna Emeka. *Anchoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts*. **The International Lawyer**. v. 42, n. 4, 2008.p. 1318.)

⁶³ Definição presente em ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Cardoso; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. **4º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás**. 2007. p. 4.

Dessa forma, é possível compreender que os Estados produtores e exportadores de petróleo são, em sua maioria, Estados em desenvolvimento, além de estarem sujeitos aos mais diversos riscos políticos e econômicos, como crises, conflitos e governos autoritários por exemplo, o que pode tornar o investimento nos mesmos arriscado.

4.2 Os riscos para investimento em HOCs em desenvolvimento

A respeito do risco de investir em HOCs em desenvolvimento, Ramamurti e Doh⁶⁴ concluíram que, Como a instabilidade é mais alta em países em desenvolvimento, além de as instituições (por exemplo, a legislação, o poder judiciário e a mídia) serem mais fracas, o risco de o governo romper compromissos com investidores feitos por administrações anteriores é maior do que seria em relação a países desenvolvidos.

Corroborando com este entendimento, escreveram Abdul Malik Nazeer e Mansur Masih⁶⁵ que, por estar ligado ao confisco ou danos a propriedade, interrupção na produção, ameaças a pessoal e de restrições operacionais e mudanças no ambiente regulatório e na gestão macroeconômica, o risco político de um país é considerado um fator crucial para decisões relacionadas a investimentos, tendo em visto a resistência de investidores em alocar seu capital em ambientes instáveis.

Ainda, escrevem Daniel François Meyer e Thomas Habanabakize⁶⁶ que a instabilidade em determinado país pode impactar diretamente a viabilidade e a sustentabilidade de

⁶⁴ “Because political instability is higher in developing countries, and because institutions to rein in the discretion of the executive branch tend also to be weaker in developing countries (such as the legislature, the courts, or the media), the risk that a new government will renege on promises made to investors by earlier governments is higher than it would be in developed countries.” (RAMAMURTI, R.. Rethinking foreign infrastructure investment in developing countries. *Journal of World Business*, v. 39, n. 2, 2004. p. 156-157.)

⁶⁵ “A country’s political risks is a crucial factor which are considered by foreign investors while making an investment decision (Moosa, 2002). Political risk is linked to confiscation or damage to property, production disruption, threats to personnel including operational restrictions that impede the investors’ ability in undertaking certain actions, riots, and changes in regulatory environment or the macroeconomic management (Daniels, Radebaugh and Sullivan, 2002). Investors will prefer not to invest and risk their hard earned capital in an unstable environment. Corruption that is politically motivated significantly reduces FDI inflows in selected Asian countries.” (NAZEER, Abdul Malik; MASIH, Mansur,. Impact of political instability on foreign direct investment and Economic Growth: Evidence from Malaysia. *MPRA Paper 79418*. 2017. p. 3. Disponível em: < https://mpra.ub.uni-muenchen.de/79418/1/MPRA_paper_79418.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.)

⁶⁶ “Political instability in a country can directly impact the feasibility and sustainability of business opportunities in countries as well as the ability of that country in servicing its debts (Grindle, 2004). Political risk can be defined as

oportunidades de negócio, assim como a habilidade de um país em arcar com seus débitos. Para eles, o risco político pode ser definido como risco que os frutos de investimento podem sofrer em razão de baixa qualidade institucional e instabilidade política, sendo possível assumir que este risco terá impacto negativo no fluxo de investimentos à medida que gera aumento nas incertezas do ambiente econômico.

Nesse sentido, consideram Geert Bekaert, Campbell R. Harvey, Christian T. Lundblad e Stephan Siegel⁶⁷, por exemplo, que o risco político se refere ao risco que atos de governo estrangeiro possam afetar negativamente o fluxo de caixa de determinada companhia conduzindo investimento internacional. Sendo assim, a valoração destes riscos e sua inclusão no valor dos contratos e do investimento a ser realizado são práticas comumente adotadas por estes investidores⁶⁸.

Inclusive, para Charlotte H. Brink⁶⁹, como investidores colocam seus ativos em risco para atingir seus objetivos, a avaliação destes riscos, inclusive o político, é fundamental para o sucesso de suas operações. Para a autora, oportunidades e riscos são dois lados da mesma moeda e o risco político representa parte considerável dos desafios enfrentados por uma *Multinational Corporation* – MNC (companhia multinacional) no clima de investimentos.

the risk that the yields from investment could suffer from low institutional quality and political instability in a country (Hayakawa et al., 2011). In most cases it could be assumed that political risk would have a negative impact on FDI flows as it increases the uncertainty of the economic environment, thus reducing the incentives for foreign investors (Khan & Akbar, 2013). “ (MEYER, Daniel François; HABANABAKIZE, Thomas. An analysis of the relationship between foreign direct investment (FDI), political risk and economic growth in South Africa. **Business and Economic Horizons**. v. 14, n. 4. 2018. p. 778.)

⁶⁷ “Political risk refers to the risk that a foreign government action will negatively affect the cash flows of a company conducting an international investment.” (BEKAERT, Geert; HARVEY, Campbell R.; LUNDBLAD, Christian T; STEPHAN Siegel. Political risk and international valuation. **Journal of Corporate Finance**, n. 37. 2016, p. 1.)

⁶⁸ Para maiores informações a respeito da valoração de risco político, consultar BEKAERT, Geert; HARVEY, Campbell R.; LUNDBLAD, Christian T; STEPHAN Siegel. Political risk and international valuation. **Journal of Corporate Finance**, n. 37. 2016, p. 1-23.

⁶⁹ “Foreign investors put assets at risk to achieve their objectives and the assessment of these risks, including political risks, is the key to successful operations. Opportunities and risks are often two sides of the same coin and political risk comprises a large part of the environmental forces in terms of the management challenges an MNC faces in any investment climate.” (BRINK, Charlotte H. **Measuring Political Risk as Risks to Foreign Investment: A Computer-Assisted Model for Analysing and Managing Political Risk**. 2002. 312f. Tese (PHD) – University of Stellenbosch – Stellenbosch, 2002.)

Sendo assim, é possível concluir que o risco político representa fator importante na valoração de investimentos estrangeiros em países em desenvolvimento, sendo necessário buscar soluções para mitigá-lo ou considerá-lo no valor da operação, como foi exposto acima.

4.3 Estabilização como solução para o risco decorrente da instabilidade política e econômica

Sobre a mitigação dos riscos do investimento, Maniruzzaman⁷⁰ entende que, como contratos de investimento internacional de longo prazo entre o investidor e o Estado hospedeiro estão frequentemente expostos a riscos políticos e econômicos, especialmente em países em desenvolvimento, diversos mecanismos e técnicas de estabilização foram desenvolvidos e adotados na formação da relação jurídica em questão, o que resulta na atração e na proteção de investimento estrangeiro contra ações do Estado.

Para o autor⁷¹, as partes podem incluir previsões no contrato visando o isolamento da relação contratual em relação a quaisquer medidas legislativas ou administrativas que possam anular ou alterar a relação. O propósito deste dispositivo é manter os direitos do investidor intactos em face de medidas governamentais subsequentes.

⁷⁰ “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.” (MANIRUZZAMAN, A. F. Munir. The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends. *Journal of World Energy Law & Business*, 2008, v. 1, n. 2, p. 121.)

⁷¹ The parties may include provisions in the contract intending to insulate the contractual relationship from any subsequent governmental legislative or administrative measures that may have the effect of annulling or altering such relationship. The purpose of such device is to keep the investor’s rights unaffected by subsequent enactments or other governmental measures.
[...]

In pursuit of stability parties often provide that the governing law of the contract shall be that of the contracting State at the time the contract is executed, thereby excluding the application of subsequent changes in law. This approach may also exclude court decisions having the force of law issued subsequent to the given date.” Ibidem. p. 123.

Nesse sentido, as partes frequentemente preveem em seus contratos, por exemplo, que a lei que a lei aplicável ao contrato deverá ser a mesma vigente no momento da contratação, excluindo a aplicação de alterações subsequentes e decisões judiciais com força de lei.

Seguindo este entendimento, Evaristus Oshionebo⁷² considera que, objetivando a proteção em face destes riscos, investidores em indústrias extrativas costumam requerer que Estados hospedeiros em desenvolvimento garantam a estabilidade dos regimes legal e fiscal que regem os projetos nos quais estarão investindo, o que pode ser atingido através da previsão destas garantias através de cláusulas inseridas, tanto em contratos de concessão, quanto em instrumentos autônomos. Para o autor, estas cláusulas, denominadas “cláusulas de estabilização”, visam, especificamente em relação ao investimento, preservar, a lei do Estado hospedeiro conforme se encontrava no momento em que o contrato foi firmado e garantir que eventuais alterações legislativas não atingirão os contratos de investimento estrangeiro, protegendo, assim, os investidores.

Dessa forma, conclui-se que a adoção de cláusulas que mitiguem o risco político dos contratos referentes a investimentos internacionais através da estabilização da legislação e da relação jurídica das partes no momento da contratação se tornou pratica comumente utilizada. Assim, cabe explorar melhor a referida aplicação.

Inclusive, sobre a utilização de cláusulas de estabilização no setor do petróleo, escreveu Obinna Dike⁷³ que investimentos na indústria são vulneráveis em razão de fatores como duração

⁷² “To forestall these risks, foreign investors in the extractive industries usually require host developing countries to issue guarantees on the stability of the legal and fiscal regimes governing investment projects. This objective may be achieved either by enshrining such guarantees in natural resource concession contracts or by enacting statutes containing such guarantees. Known commonly as “stabilization clauses”, these contractual and statutory guarantees are aimed at preserving “the law of the host country as it applies to the investment at the time the State contract is concluded” and ensuring that “future changes to the law of the host country are inapplicable to the foreign investment contract.” The idea is to insulate foreign investors in the extractive industries from future changes to the host country’s laws.” (OSHINEBO, Evaristus, Stabilization clauses in natural resource extraction contracts: legal, economic and social implications for developing countries. **Asper Review of International Business and Trade Law**. v. 10. 2010. p. 1-2.)

⁷³ “Petroleum industry investments are vulnerable essentially for two reasons; Contract duration and huge capital involvement. Petroleum industry agreements for the exploration and exploitation of resources may come by way of concession, production sharing contracts, service contract or a combination of one or more of these. The common denominator is the contract length or duration. Additionally, petroleum industry contracts are concluded between a State or a State entity, (the latter contracting on behalf of the State and having the responsibility to administer the petroleum resources in the interest of the public). The above features of oil industry contractual arrangements present series of contractual challenges like how to bind the State party to the terms it has voluntarily agreed for the duration of the term and how to manage a material supervening circumstance after the date of the agreement.

dos contratos e o capital envolvido. Além disso, os contratos envolvendo esta *commodity* são firmados com um Estado ou uma entidade estatal agindo em nome do Estado. Assim, é possível concluir que os arranjos contratuais utilizados representam uma série de desafios contratuais, como por exemplo, como vincular um Estado, durante a longa duração dos contratos, aos termos acordados voluntariamente por ele e como administrar questões supervenientes à data em que os contratos foram firmados.

Nesse contexto, inserem-se as cláusulas de estabilização, utilizadas para evitar que provisões e alterações legislativas supervenientes sejam aplicadas ao contrato, visando a preservação do contrato originalmente firmado

4.4 Utilização, características e evolução das cláusulas de estabilização

Em enxuta explicação a respeito do funcionamento desta espécie de cláusula, explica Piero Bernardi⁷⁴ que, ao utilizar o instituto no âmbito de suas contratações, o Estado aceita que o exercício de seus poderes legislativo e administrativo não terá efeito modificativo em relação às condições contratuais acordadas.

Nesse sentido, escreveu também Halabi⁷⁵ que esta espécie de cláusula é utilizada para diversos fins, dentre eles, a formação das regras gerais pelas quais os investidores irão operar seu

Insertion of stabilisation clauses is one way to look at it. So, a stabilisation clause is used to exclude latter provisions or alterations of the host government's law from applying to the contract. It can further operate to exclude the application of host State law or to make international law the governing law to the contract. The aim is to preserve the original contract terms from subsequent events. The terms of an exploration and development agreement can be affected in a variety of ways. A host state may seek an increase in the initial fiscal obligation of the IOC or introduction of onerous environmental, health and safety obligations on the IOC which could gives rise to a claim of creeping expropriation." (DIKE, Obinna. **Nationalisation of foreign asset by host state: a failure of stabilization clause?** p. 9. Disponível em: < <https://www.eisourcebook.org/cms/Failure%20of%20Stabalization%20Clause.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019.)

⁷⁴ "By a stabilization clause the State accepts that the exercise of its legislative and administrative powers will not have the effect of modifying the contractual conditions agreed with the investor to the latter's detriment. As such, this clause reinforces the principle of the sanctity of contracts by protecting only the private party against actions of the State party."(BERNARDINI, Piero. Stabilization and adaptation in oil and gas investments." **Journal of World Energy Law and Business**. v. 1, n. 1. 2008. p. 99.)

⁷⁵ "Investors and states use stabilization clauses to form part of the ground rules upon which the investors operate the project; guide informal dealings and formal negotiations between the parties to the agreement; and serve as a formal protection of rights if a dispute should arise. The clause may also provide the investor a legal basis to resist compliance with new laws even if host government authorities are unable or unwilling to monitor the investor's compliance and no formal dispute arises. The international case law largely supports the propositions that (1) stabilization clauses are lawful and legally binding under international law and (2) parties treat stabilization clauses

projeto, a orientação para negociações formais e informais entre as partes, a proteção formal dos direitos do contrato em caso de formação de disputas e a investidura de base legal para resistir ao cumprimento de novas leis relacionadas à execução do contrato. Para o autor, tanto a doutrina quanto os precedentes legais são pacificados no sentido de que as cláusulas de estabilização são vinculantes, tanto em razão do direito internacional, quanto em razão do tratamento dado pelas partes.

Esta espécie de trava contratual, de acordo com Oshinebo⁷⁶, no entanto, evoluiu, em alguns ambientes de contratação, desde o início de sua implementação, passando de cláusula que “congela” os regimes legal e fiscal aplicáveis aos contratos de investimento para variação que objetiva o equilíbrio contratual em face de eventuais mudanças legislativas realizadas pelo Estado hospedeiro, assegurando o restabelecimento da posição ocupada pelo investidor antes das alterações.

Isto pode ocorrer, por exemplo, através da previsão de compensações aos investidores - que não envolvam o pagamento direto em dinheiro - quando alterações legislativas impliquem em custos adicionais para o regular cumprimento das novas normas. Essas compensações podem ocorrer por meio da redução de impostos ou royalties devidos pelo investidor, ou por negociação, de boa fé, de aditivo ao contrato, visando a restauração do equilíbrio, chegando, em último caso, à aplicação da cláusula arbitral para solucionar eventuais conflitos decorrentes da ocorrência de alteração que desequilibre o contrato.

Finalmente, cabe tratar da modalidade híbrida desta previsão, na qual, ao mesmo tempo que há tentativa de “congelar” as previsões legais aplicáveis ao contrato, busca-se prever a restauração do equilíbrio contratual em caso de alteração que afete negativamente os interesses econômicos do investidor.

as binding.” (HALABI, Sam. Efficient Contracting Between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Volume 30. 2011. p. 290-291.)

⁷⁶ OSHINEBO, Evaristus, Stabilization clauses in natural resource extraction contracts: legal, economic and social implications for developing countries. **Asper Review of International Business and Trade Law**. v. 10. 2010. p. 3-5

Esta diferenciação também foi abordada por Gehne e Brillo⁷⁷, que escreveram que podem ser identificadas três principais formatos de cláusulas de estabilização. São eles (i) “*freezing clauses*”, ou cláusulas de congelamento, que isentam um investimento da aplicação de novas leis, “congelando” a lei do estado hospedeiro, na sua totalidade ou limitada a certos campos regulatórios (por exemplo, questões fiscais); (ii) “*equilibrium clauses*”, ou cláusulas de equilíbrio contratual, que cobrem a perda financeira relacionada a mudanças na lei; e (iii) “*hybrid clauses*”, ou cláusulas híbridas, que são combinações de cláusulas de congelamento e equilíbrio econômico, fornecendo uma complementação entre si “uma camada adicional de proteção para a estabilidade do contrato”. Para os autores, as cláusulas permitem que as partes do contrato determinem se o equilíbrio deve ser alcançado mediante isenção de mudanças regulatórias ou outras formas de “alívio do impacto desfavorável das mudanças”, como adaptação ou compensação de contratos.

Lorenzo Cotula⁷⁸, por sua vez, tem o entendimento de que, além destas três espécies, as cláusulas de estabilização evoluíram das cláusulas por ele chamadas “*intangibility clauses*”, ou

⁷⁷ ,” It identifies three main types of modern stabilization practice. First, “freezing clauses” that exempt an investment from the application of new laws, “freezing” the law of the host state, either in its entirety or limited to certain regulatory fields (e.g. fiscal issues); second, “equilibrium clauses” that cover the financial loss that relates to changes in law; and third, “hybrid clauses” that are combinations of freezing and economic equilibrium clauses, providing in complementing each other “an additional layer of protection for stability of the contract”. Hybrid clauses leave it to the parties to determine whether economic equilibrium is to be achieved through exemption from regulatory change or other forms of “alleviation of the unfavourable impact of changes” such as contract adaptation or compensation.” (GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. v. 143. 2017. p. 7.)

⁷⁸ “Stabilisation clauses come in all shapes and forms. Early stabilisation clauses committed the host state not to nationalise, and/or required the consent of both contracting parties for contract modifications (“intangibility clauses”). More recent stabilisation clauses have evolved into diverse and sophisticated tools to manage non commercial risk associated with the investment project. Their scope has tended to broaden, so as to include changes in the regulatory framework falling short of expropriation or contract modification. This include stabilisation of specific aspects of the investment project such as its fiscal regime or its tariff structure But it also include much broader commitment to stabilise the regulatory framework governing the Investment project.

For instance, under the so called “freezing clauses”, the applicable domestic law is the one in force at the time the contract in concluded to the exclusion or subsequent legislation; while under “consistency clauses” the domestic legislation of the host state only applies to the project if consistent with the investment contract. Freezing and consistency clauses feature for instance in the contractual arrangements for the Chad Cameroon all development and pipeline project.

“Economic equilibrium clauses” constitute another type of stabilisation clause. They link alterations of the terms of the contract to renegotiation of the contract in order to restore its original economic equilibrium or, in absence, to the payment of compensation. In other words, differently to freezing clauses, economic equilibrium clauses stabilise the economic equilibrium of the contract rather than the regulatory framework itself: regulatory changes are possible so long as action is taken to restore the economic equilibrium. Economic equilibrium clauses may also empower arbitrators to determine adjustments to the contract if negotiations fail. Economic equilibrium clauses feature for instance in the 1997 AGIP/British Petroleum/Etal-Kazakhstan “Kashagan” Production Sharing Agreement (PSA) and in contractual arrangements for the West African Gas Pipeline (WAGP).” (COTULA, Lorenzo. *Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development. OECD Investment Policy Perspectives 2008*. P. 72-73.)

cláusulas de intangibilidade, para instrumentos diversos e sofisticados utilizados para administrar os riscos não comerciais associados a projetos de investimento.

Assim, são mencionadas, além das “*freezing clauses*”, que tornam a lei aplicável ao contrato aquela do momento de sua execução, as “*consistency clauses*”, ou cláusulas de consistência, pelas quais mudanças no regime aplicável ao contrato se aplicam ao projeto, desde que consistentes com o que foi acordado e “*economic equilibrium clauses*”, ou cláusulas de equilíbrio econômico, que vinculam alterações dos termos dos contratos à sua negociação, com o objetivo de restaurar o equilíbrio econômico, ao invés do regime regulatório em si. Nesta modalidade, alterações são possíveis, desde que as partes atuem com o objetivo de restaurar o equilíbrio.

5 A APLICABILIDADE DE CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO SOB A PERSPECTIVA DA SOBERANIA NACIONAL

Pelo exposto nos capítulos anteriores, é possível chegar à conclusão de que apesar de extremamente vantajosos para investidores, mais precisamente, IOCs, investimentos de longa duração e alto valor em países em desenvolvimento, como, é o caso dos empreendimentos da indústria petrolífera, estão sujeitos a diversos riscos, dentre eles, crises econômicas e políticas e alterações arbitrárias do regime aplicável a seus contratos, por exemplo.

Assim, é importante que estas empresas negociem contratos que contenham, em seu escopo, dispositivos que os protejam destes riscos. Assim, seus esforços para negociar e inserir cláusulas de estabilização em seus contratos de investimento é justificável.

Ao mesmo tempo, da perspectiva dos Estados hospedeiros, é preocupante o impacto que sua adoção pode ter na soberania e no desenvolvimento legislativo, político e econômico de HOCs, a maioria países em desenvolvimento, visto que, mesmo que não resultem no congelamento em si de suas legislações, podem resultar na não aplicação, em relação a determinados contratos, de mudanças necessárias de seu regime regulatório, ou na necessidade de compensação em valores altos, sob a justificativa de que o equilíbrio contratual deve ser reestabelecido.

Dessa forma, cabe analisar os diversos argumentos e teses a favor e contra o uso deste dispositivo legal, abordando seus benefícios, relacionados à proteção e à atração de investimentos e os prejuízos que podem causar ao desenvolvimento dos Estados hospedeiros.

Além disso, é necessário que seja abordada a questão da soberania nacional, tanto legislativa, quanto sobre recursos naturais, frente a *freezing stabilization clauses*, visto que estas resultam em efeitos negativos de enorme relevância em relação aos institutos já mencionados; e quanto à visão da doutrina do que cláusulas de estabilização em geral representam.

5.1 Argumentos favoráveis à adoção de cláusulas de estabilização

Sob o entendimento de que a negociação de cláusulas de estabilização é vantajosa para IOCs, escreveram Paul Comeaux e Stephan Kinsella⁷⁹ que as cláusulas de estabilização têm particular importância para indivíduos investindo em países em desenvolvimento que não possuam, em regra, a tradição de proteger a propriedade privada, pois suas legislações internas não protegeriam o investimento frente ao direito internacional. Sendo assim, é interessante para os investidores que seja realizada pressão no momento da negociação, tendo a aceitação dos Estados hospedeiros se tornado cada vez mais comum.

Inclusive, a inserção desta espécie de cláusula pode ser interessante para o próprio Estado, visto que pode evitar a necessidade de arcar com indenizações de grandes proporções, que podem, inclusive, gerar maior prejuízo que a adoção de mecanismos de estabilização. Entretanto, visto que a tendência dos países em questão é sua evolução, a adoção destas cláusulas pode afetar seu desenvolvimento.

⁷⁹ “The various clauses recommended in this Article should be of particular importance to an individual investing in developing countries that do not have impressive track records of protecting private property. Since the states own internal laws are less likely to give the investor protection under international law, an investor should attempt to have these clauses included in any contracts negotiated with these states, whether or not a particular state has in place its own laws purporting to protect foreign investment. It is likely that many states will be willing to enter into such concessions, since international arbitration between states and investors has been growing in importance recently. Therefore, investors may be successful in having these clauses inserted in contracts with at least some of the developing countries, if they insist upon them in negotiations”.(COMEAUX, Paul E; KINSELLA, N. Stephan. Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*. v. 15, n. 2. 1994. p. 23-24.)

Nesse sentido, de acordo com Frederico Favacho⁸⁰:

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.

Dessa forma, as cláusulas de estabilização são vistas como vantajosas, tanto para a IOC, quanto para o HOC, em razão, respectivamente, de proteger o investimento em relação a mudanças pelo Estado que o afetem negativamente e atrair investimento estrangeiro necessário para o desenvolvimento da atividade.

Entretanto, é necessário valorar o impacto das cláusulas, tanto no desenvolvimento nacional, quanto na soberania dos países que adotam a referida medida para atrair investimentos, em detrimento do melhor uso de seus recursos naturais e do poder de legislar.

5.2 O impacto de cláusulas de estabilização no desenvolvimento de HOCs

Em relação ao entendimento abordado no tópico anterior, Jagriti Singh⁸¹ escreveu que as cláusulas de estabilização consistem em mecanismo útil para evitar o pagamento em caso de quebra de contrato decorrente de mudança legislativa. De acordo com ela, como países em desenvolvimento possuem recursos limitados destinados a contratos internacionais firmados por seus governos, é mais vantajoso aceitar dispositivos contratuais que prevejam o “congelamento” das leis. No entanto, o efeito macro das cláusulas de estabilização tende a gerar preocupações, visto que pode afetar o desenvolvimento de leis que abordem aspectos trabalhistas, ambientais e de direitos humanos. Esta ressalva é de especial importância se for levado em consideração que

⁸⁰FAVACHO, Frederico. A Gestão de Conflitos em Contratos Internacionais do Petróleo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 18. 2011 p. 257.

⁸¹ “As regards developing countries, it is a useful mechanism to avoid payment in case of breach of contract by host country due to ‘Change in Law’. Elaborating further, developing countries have limited resources to spend on commercial agreements entered into by the government as a result it is more favorable for them to agree to freeze the laws as of the date of the agreement. [...] It is this macro effect of stabilization clause that has led to concerns as regards its effect on development of labour, environmental and human rights laws.6 Furthermore, this concern is a legitimate one since investment contracts are long-term contracts and countries in question are developing countries whose legal systems are bound to be evolving.”(SINGH, Jagriti. **Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries**. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658185>. Acesso em: 15 de outubro de 2019)

os contratos em questão possuem caráter de longa duração e os sistemas legais dos países em desenvolvimento tendem a se encontrar em constante evolução.

Nesse sentido, entendem Katja Gehne e Romulo Brillo⁸² que as cláusulas de estabilização são recursos de contratos de investimento que visam acomodar o risco enfrentado por investidores no caso de eventuais mudanças regulatórias, protegendo seus direitos individuais. Para os autores, no entanto, elas tendem a gerar tensões entre os Estados, visto que interferem com a regulação do interesse público, que tem como objetivo o desenvolvimento sustentável.

De acordo com eles, inclusive, o papel da regulação do investimento internacional no desenvolvimento sustentável de países tem sido questionado, uma vez que respeita a proteção dos direitos econômicos dos investidores, mas se separa dos demais direitos humanos, relacionados a questões sociais e ambientais, por exemplo. Esta separação, entretanto, é artificial, visto que estas áreas se conectam e influenciam os investimentos de forma significativa.

Em adição, cabe destacar que o Centro Internacional para a Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) já decidiu, em caso envolvendo particular e o México⁸³, que governos devem ser livres para agir em favor do interesse público, através, por exemplo, da proteção ao

⁸² “Stabilization clauses are provisions in investment contracts that accommodate the risk of regulatory changes for investors. Given their nature of safeguarding individual interests of investors, stabilization clauses may cause tensions with interfering states’ regulation in the public interest, including to protect human rights or more generally to work towards sustainable development. The debate on stabilization clauses closely relates to the more general call for coherence between investors’ rights and legitimate public interest in international investment law. There is increasing public criticism regarding the one-sidedness of investment law, protecting investors’ rights without at the same time anchoring investors’ responsibilities for human rights and sustainable development. Some start to question the contribution of international investment law to sustainable development and its positive effect on the rule of law, some call for taking into account the whole picture of sustainable development when dealing with international investment law. The purpose of investment law is, in the first place, the protection of economic (human) rights, such as the freedom to trade or to conduct a business, non-discrimination, or property rights related to business activities. Other human rights issues touching upon social and environmental issues, highly relevant for development and long term sustainable economy as well, are not subject to international investment law in the first place as these belong to other domains of international law, such as international social or environmental law. Such delimitation is, however, somehow artificial, as these domains overlap with investment protection standards and may significantly influence trade and investment (e.g. investment climate, business risks, and competition).” (GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. *Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment*. *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*. v. 143. 2017. p. 5-6.)

⁸³ Governments must be free to act in the broader public interest through protection of the environment, new or modified tax regimes, the granting or withdrawal of government subsidies, reductions or increases in tariff levels, imposition of zoning restrictions and the like. Reasonable governmental regulation of this type cannot be achieved if any business that is adversely affected may seek compensation, and it is safe to say that customary international law recognizes this.” (**Marvin Feldman v. Mexico**, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award and Separate Opinion, 16 December 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.)

meio ambiente, de regimes tributários novos ou alterados, da garantia ou retirada de subsídios governamentais, da redução ou aumento dos níveis tarifários e da imposição de restrições de zoneamento. De acordo com o tribunal, essa regulamentação razoável pelo governo pode ser alcançada caso quaisquer negócios afetados negativamente busquem compensação.

Um outro problema abordado por Maniruzzaman⁸⁴ se refere a dificuldades práticas que podem surgir da existência de mais de um contrato contendo cláusulas de estabilização em diferentes pontos no tempo, ocasião em que diferentes regimes seriam aplicados a situações semelhantes. Isto tornaria os processos de licença, por exemplo, mais complicados, visto que as autoridades deverão considerar diferentes regras para sua análise.

Sobre os riscos de “congelar” a legislação de países em desenvolvimento através de cláusulas de estabilização, Gehne e Brillo⁸⁵ entendem que em particular, em relação a contratos de investimento de longa duração e larga escala, eventuais mudanças legislativas poderiam resultar na necessidade de compensação em valores que podem equivaler a alta porcentagem do orçamento destes países. Ao mesmo tempo, escapando dessas compensações através da não aplicação de mudanças legislativas a determinados investimentos, a efetividade da legislação pode ser afetada em razão da possibilidade de ocorrência de fricção e desigualdade na competição.

⁸⁴ “It has to be acknowledged, however, that from the host government’s perspective, the stabilization of its domestic law by incorporating it as of a specific date may lead to practical difficulties as to its application. Governments may thus be cautious in respect of such stabilization mechanism. This is understandable, if a government concludes international development agreements, including oil and gas contracts, containing legal stabilization clauses at different points in time, then it has to apply to each project the law existing at the time of concluding the contract. The administrative processing, say, of permits becomes considerably complicated if the authorities have to consider that for each investor a particular or customized legal regime applies. This regime has to be reconstructed both from the contract and the old law it declares to be applicable. The issue could be particularly more complicated in respect of tax stabilization.” (MANIRUZZAMAN, A. F. Munir. The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends. **Journal of World Energy Law & Business**, 2008, v. 1, n. 2, p. 124.)

⁸⁵ “In particular, with respect to long term large-scale investments (e.g. infrastructural or power projects) and the usual far-reaching extent of the stabilization guarantee under which they operate, changes in law could trigger high amounts of compensation that may come close to significant budget percentages in developing countries. As described above, even if left with the possibility of escaping compensation payments by not applying subsequent legislation to an investment (like in the case of freezing clauses), the effectiveness of that legislation may suffer as frictions and inequalities in competition may occur.” (GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. **Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht**. v. 143. 2017. p. 14-15.)

Isto posto, sem considerar eventuais violações à soberania nacional, conclui-se que, apesar das vantagens já abordadas, a adoção de cláusulas de estabilização pode resultar em enorme dificuldade para o desenvolvimento político, econômico e regulatório de Estados em desenvolvimento.

5.3 A relação entre *freezing stabilization clauses* e a soberania nacional

Seguindo perspectiva menos extrema, alguns autores acreditam que apenas a espécie de cláusulas de estabilização denominada “*freezing stabilization clause*”, que “congela” a legislação nacional, impedindo o Estado de legislar, representaria uma violação à soberania nacional.

Acompanhando este entendimento, cabe mencionar a obra de Evaristus Oshinebo⁸⁶, que declara que o impacto de *freezing stabilization clauses* na restrição da soberania nacional levanta questionamentos quanto à validade e a força executória destas cláusulas. Adicionalmente, há entendimentos de que estas cláusulas ofendem a doutrina da soberania permanente de recursos naturais, que reconhece o direito inalienável dos Estados de dispor livremente de seus recursos e riquezas naturais de acordo com o interesse nacional. Dessa forma, os Estados não poderiam ceder ou alienar o referido direito através de cláusulas ou providências estatutárias. Sendo assim, de acordo com o autor, o argumento é que uma cláusula de estabilização que proponha a alienação pelo Estado de seu poder legislativo e da soberania permanente de seus recursos naturais seria nula, sem efeitos e inexecutável.

⁸⁶ “Stabilization clauses that freeze the legal and fiscal regimes applicable to an investment project appear to constrain the sovereignty of host States. The constraining impact of freezing stabilization clauses on State sovereignty raises questions as to the validity of such clauses under both international law and domestic law. In terms of international law, some commentators argue that ‘freezing’ stabilization clauses are invalid and unenforceable because they fetter the sovereign power of host States to make laws. They are equally said to offend the international doctrine of Permanent Sovereignty over Natural Resources, which recognizes “the inalienable right of all States freely to dispose of their natural wealth and resources in accordance with their national interests.” According to critics, because the host State’s right to natural resources is permanent and inalienable, the State cannot cede or alienate, by contractual clauses or statutory provisions, its right to natural resources. In the words of a former President of the International Court of Justice, the concept of permanent sovereignty “signifies that the territorial State never loses its legal capacity to change the status or the method of exploitation of [natural] resources, regardless of any arrangements that may have been made for their exploitation and administration.” Thus, critics argue, a stabilization clause that purports to alienate the State’s legislative power is null, void, and unenforceable.” (OSHINEBO, Evaristus, Stabilization clauses in natural resource extraction contracts: legal, economic and social implications for developing countries. *Asper Review of International Business and Trade Law*. v. 10. 2010. p. 8-10.)

Dessa forma, inclusive de acordo com Dennis Kakembo⁸⁷, conclui-se que esta forma de estabilização representa a preclusão do direito do HOC de alterar sua legislação, o que é criticado como oneração, tanto da prerrogativa da soberania legislativa, quanto da soberania permanente sobre seus recursos naturais. Dessa forma, a cláusula analisada no presente capítulo é vítima de diversos ataques por organizações da sociedade civil, além de desaprovada pela maioria dos Estados.

5.4 Cláusulas de estabilização como limitação temporária da soberania nacional

A discussão a respeito do choque entre cláusulas de estabilização e a soberania nacional foi abordada em diversas publicações em matéria de direito internacional, sendo pautada principalmente, conforme abordada por XXX⁸⁸, por análise em relação à possibilidade de Estado renunciar efetivamente ao exercício de seus direitos soberanos que lhe são atribuídos pelo princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais.

Nesse sentido, surgem, como respostas a essa pergunta, duas visões opostas. A primeira é que os contratos estatais que contêm cláusulas de estabilização são válidos sob o direito internacional, e violações de tais cláusulas são ilegais e dão origem a um direito à compensação pela expropriação; a outra visão sustenta que as cláusulas de estabilização são inválidas sob a lei internacional como resultado de o princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais.

Esta abordagem, no entanto, é arriscada, pois segui-la permitiria que Estados, ao utilizarem os princípios do direito internacional, poderiam resilir contratos firmados sem

⁸⁷ “These ordinarily preclude the host state from changing its legislation. This is criticised as an encumbrance on the host state’s sovereign legislative prerogative and the permanency of sovereignty over its natural resources. It has come under scathing attacks from civil society organisations and is frowned upon by most governments.” (KAKEMBO, Dennis. **Stabilisation clauses in international petroleum contracts: illusion or safeguard?** p. 7. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ug/Documents/tax/tax_StabilisationClauses_2014.pdf> Acesso em: 05 de outubro de 2019.)

⁸⁸ “The major issue encountered in the analysis of the stabilization clause is whether or not a state can effectively waive the exercise of sovereign rights assigned to it by the principle of permanent sovereignty over natural resources. Two main and opposing views appear in the literature as responses to this question. One view is that state contracts that contain stabilization clauses are valid under international law, and breaches of such clauses are unlawful and give rise to an entitlement to compensation for expropriation, the other view holds that stabilization clauses are invalid under international law as a result of the principle of permanent sovereignty over natural resources.” ERKAN, Mustafa. **International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2011. p. 118.

necessidade de compensação. Nesse sentido, escreveu Thomas J. Pate⁸⁹ que o argumento de que *freezing stabilization clauses* são inválidas sob a perspectiva do direito internacional em razão da impossibilidade de derogar a soberania sobre recursos naturais incluiria quaisquer contratos firmados, fazendo com que estas cláusulas se tornassem inválidas.

Nesse sentido, diversos teóricos refutam o argumento de que não seria possível executar cláusulas de estabilização em razão da soberania nacional. Para eles, adotar as referidas cláusulas não representa alienação da soberania nacional, apenas uma limitação parcial e temporária, não podendo, assim, o Estado se escusar de cumpri-las.

Para colaborar com este entendimento, em julgado entre a Líbia e companhia privada⁹⁰, restou decidido, de forma expressa, que, em relação à questão da soberania permanente, esta é mantida pelo Estado que garante a concessão, pois o contrato não pode ser visto como a alienação desta soberania, mas sim uma limitação parcial e temporária deste direito. Para o julgador, o Estado mantém autoridade sobre as operações e a continuidade do exercício de sua soberania, por exemplo, através das diversas obrigações impostas ao investidor.

Seguindo este entendimento, escreveram Leo T. Kissam e Edmond K. Leach⁹¹ que não há justificativa legal ou moral para que Estado busque se escusar de contrato solenemente firmado

⁸⁹ “Several commentators have declared that stabilization clauses with an intended purpose of freezing applicable law are invalid under international law. ° The argument is roughly as follows: sovereignty over natural resources is a jus cogens norm from which no derogation is permitted Derogation would include any agreement to contract out of rules of general international law (e.g. an international petroleum extraction agreement under which the host state agrees to not expropriate the assets of the investor during the next sixty years). Hence, a stabilization clause would be invalid and a state, making use of principles of public international law, could make continuous use of its sovereign powers to terminate agreements without compensation.” (PATE, Thomas J. Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela ' s Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry. **University of Miami Inter-American Law Review**. 2009. p. 351.)

⁹⁰ “As regards the question of permanent sovereignty, a wellknown distinction should be made as to enjoyment and exercise. The State granting the concession retains the permanent enjoyment of its sovereign rights; it cannot be deprived of the right in any way whatsoever; the contract which it entered into with a private company cannot be viewed as an alienation of such sovereignty but as a limitation, partial and limited in time, of the exercise of sovereignty. Accordingly, the State retains, within the areas which it has reserved, authority over the operations conducted by the concession holder, and the continuance of the exercise of its sovereignty is manifested, for example, by the various obligations imposed on its contracting party, which is in particular subjected to fiscal obligations that express unquestionably the sovereignty of the contracting State.” (**Texaco Overseas Petroleum Company e California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic**, (1978) 17 I.L.M. 1-37.)

⁹¹ “There is no legal or moral justification for a State, after solemnly committing itself to a contract with a foreign national, seeking to avoid its responsibilities thereunder on some outworn theory that sovereignty embraces

com ente estrangeiro, tentando evitar suas responsabilidades com base em argumento relativo à soberania, que leve em consideração apenas os privilégios dela decorrentes, ignorando as obrigações.

Inclusive, para Oshinebo⁹², limitações contratuais à soberania nacional são juridicamente possíveis caso sejam estipuladas expressamente e de acordo com as regulações relativas à contratação pelo Estado. Para ele, como as cláusulas de estabilização apenas protegem o investidor de alteração unilateral dos regimes legal e fiscal, não impedindo o Estado de alterá-lo em relação a outros investidores, não é possível dizer que este dispositivo contratual limite a soberania legislativa do Estado. Sendo assim, um Estado não pode invocar sua soberania para invalidar compromissos firmados livremente através do exercício da mesma soberania, tampouco tornar estes compromissos nulos através de medidas pertencentes ao ordenamento interno.

Tendo em vista o exposto, é possível concluir que, por mais que o Estado detenha a soberania permanente de seus recursos naturais e a contratação de cláusulas de estabilização represente a limitação desta soberania, esta possibilidade consiste em direito do Estado decorrente do próprio exercício dessa soberania. Sendo assim, apesar de algumas opiniões extremas, tendo sido firmado acordo nesse sentido, não seria possível se esquivar do cumprimento de obrigações livremente contraídas através do argumento de que isto criaria violação à soberania.

privileges only, without correlative obligations.” (KISSAM, Leo T.; LEACH, Edmond K., *Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts*. **Fordham Law Review**. n. 28. 1959. p.204.)

⁹² “Contractual limitations on the exercise of a State’s sovereignty are juridically possible if the limitations are “expressly stipulated for, and within the regulations governing the conclusion of State contracts”, and “cover only a relatively limited period.” Moreover, because a stabilization clause protects only the contracting party from the host State’s unilateral alteration of the legal and fiscal regimes, and because a stabilization clause does not prevent the State from altering its legal and fiscal regimes applicable to other investors, a stabilization clause cannot be said to fetter the legislative sovereignty of the State. That being so, “a State cannot invoke its sovereignty to disregard commitments freely undertaken through the exercise of this same sovereignty and cannot, through measures belonging to its internal order, make null and void the rights of the contracting party which has performed its various obligations under the contract.” (OSHINEBO, Evaristus, *Stabilization clauses in natural resource extraction contracts: legal, economic and social implications for developing countries*. **Asper Review of International Business and Trade Law**. v. 10. 2010.p. 10)

6 CLÁUSULAS DE ESTABILIZAÇÃO E O MONOPÓLIO DA UNIÃO SOBRE ATIVIDADES RELACIONADAS A PETRÓLEO E GÁS NATURAL

Ultrapassada a questão internacional, cabe, ainda, abordar a visão da doutrina brasileira sobre a aplicabilidade de cláusulas de estabilização em relação ao monopólio da União sobre atividades relacionadas a petróleo e gás natural.

Como já tratado nos primeiros capítulos, além das prerrogativas de soberania nacional, tanto legislativa, quanto sobre recursos naturais, a Constituição Federal prevê que todas as atividades relacionadas à indústria petrolífera são monopólio do Estado, inclusive sua regulação. Este monopólio, no entanto, permite que o Estado contrate com particulares, o que resulta na atração de investimento estrangeiro e, com isso, de suas práticas de investimento.

Seguindo este entendimento, escreveu Renata Alvares Gaspar⁹³ que:

Apesar do evidente monopólio estatal sobre tais recursos, este deve ser entendido e interpretado em sua justa medida. Assim se afirma, porque sob seu manto não devem ser compreendidas as relações jurídicas que envolvem interesses eminentemente privados e/ou mistas – aqui entendidos aqueles que envolvem o Estado e o particular (interesse do Estado e do Particular). Ou seja, não se pode confundir, como bem explicou em seu momento a Ministra E. Calmon, o interesse público com o interesse da administração: “Os primeiros efetivamente são indisponíveis, enquanto os últimos são disponíveis”.

Nesse sentido, como já abordado, é pacificado pela doutrina⁹⁴ que o Estado Brasileiro vem adotando práticas da *lex mercatoria* e da *lex petrolea*, o que pode ser, inclusive, demonstrado pela inserção de cláusula de arbitragem nos modelos de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural ser firmado entre a ANP e ente do mercado.

A título de exemplo, destaca-se a cláusula inserida no modelo de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural da 16ª Rodada de Licitação de Blocos⁹⁵,

⁹³ ALVARES-GASPAR, Renata. Arbitragem internacional na contratação no âmbito do Petróleo. GARÍAN-LUCAS, Andrea; LAMY, Marcelo; ALVARES-GASPAR, Renata, **Direito Energético: Desafios e Perspectivas Ambientais e Internacionais**, Editora Universitária Leopoldianum, Santos/Brasil, 2013, pp. 212

⁹⁴ A título de exemplo, destacam-se as obras de Marilda Rosado e Clarissa Brandão, já citadas neste trabalho.

⁹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS. **Modelo do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Gás Natural**. 2019. Disponível em:

que declinou a competência para a resolução de conflitos decorrentes do contrato, do judiciário brasileiro para tribunal arbitral de escolha das partes. Lê-se:

33.5. Após o procedimento previsto no parágrafo 33.2, caso uma das Partes considere que inexistem condições para uma solução amigável da disputa ou controvérsia a que se refere tal parágrafo, tal questão será submetida a arbitragem.

a) O procedimento arbitral será administrado por uma instituição arbitral notoriamente reconhecida e de reputação ilibada, com capacidade para administrar arbitragem conforme as regras da presente cláusula, e preferencialmente com sede ou escritório de administração de casos no Brasil;

b) As Partes escolherão a instituição arbitral de comum acordo. Caso as Partes não cheguem a um acordo quanto à escolha da instituição arbitral, a ANP indicará uma das seguintes instituições: (i) Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional; (ii) Corte Internacional de Arbitragem de Londres; ou (iii) Corte Permanente de Arbitragem de Haia. Se a ANP não fizer a indicação no prazo do parágrafo 33.2.3, a outra parte poderá se valer de qualquer das três instituições mencionadas nesta alínea.

[...]

Entretanto, apesar do uso do costume internacional em seu regime de contratação, a Constituição Federal, em seu artigo 170, I⁹⁶, prevê que a ordem econômica deve observar a soberania nacional, e, portanto, sua liberdade para legislar, não podendo sendo impostas limitações.

Sendo assim, cláusulas de estabilização propriamente ditas não são adotadas no regime de contratação entre Estado e particular, sendo a maior proteção nesse sentido a possibilidade de rever ou alterar o plano de desenvolvimento em caso de mudanças nas condições assumidas em sua elaboração, sem, no entanto, considerar mudanças na lei.

Nas palavras de Leonardo Rodrigues⁹⁷:

O mais próximo que o contrato de concessão brasileiro chega de uma cláusula de estabilização é a hipótese de revisão ou alteração do plano de desenvolvimento “caso

<http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

⁹⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional.
[...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019)

⁹⁷ RODRIGUES, Leonardo de Vasconcelos Machado. **O Controle Ambiental nos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural**. 2014. 92f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 44.

ocorram mudanças nas condições técnicas ou econômicas assumidas na sua elaboração”. Alterações legislativas, entretanto, não autorizam qualquer solicitação de revisão. Mudanças nas leis modeladoras do sistema fiscal, ponto nevrálgico da ação das cláusulas de estabilização, tampouco ensejam a hipótese de revisão dos termos contratados. Conforme cláusula 2.7.2, aplica-se todo o previsto em lei.

Entretanto, ao mesmo tempo que isso representa proteção à soberania brasileira, representa também instabilidade para IOCs e seus investimentos, que estão sujeitos a quaisquer mudanças legislativas que afetem seus contratos, tanto positiva, quanto negativamente. Conforme abordado por Felipe Saraiva Carneiro⁹⁸:

Cláusulas de estabilização dos contratos, internacionalização da lei aplicável e o acesso a arbitragem internacional seriam maneiras de despolitizar tais entendimentos, valorizando a “*rule of law*” e possibilitando a efetivação desses acordos por meio de um sistema desvinculado à jurisdição Estatal. A indústria que aqui tratamos, contudo, é extremamente politizada, e há quem entenda que, apesar de tais mecanismos de despolitização, os agentes particulares encontram-se ainda expostos às arbitrariedades da soberania às quais se encontram submetidos, que interferem não apenas em questões ligadas à nacionalizações, como em manipulações de preços e prospecção de investidores. Desentendimentos acerca da execução dos contratos – uma vez contendo estas cláusulas arbitrais -, acabam muitas vezes por representar apenas uma oportunidade de se dar início a negociação, e as normas legais servem apenas para amenizar a tamanha disparidade entre Estados e investidores, visto o tamanho dispêndio e morosidade dos procedimentos arbitrais, que apesar de muito mais céleres que os tribunais internos, tem duração considerável diante da agilidade do mercado. Como já exposto, os contratos de exploração de petróleo consistem em acordos de longa duração. Este alargado período de tempo acaba por aumentar, também, a exposição e o risco político percebido pelos investidores, em um movimento denominado “*obsolescing bargain*”. Esta expressão denota a diminuição do risco de retorno dos investimentos efetuados pela companhia de petróleo, a partir do momento que foram já realizados e o empreendimento apresenta já um relativo sucesso. A partir desse momento, o investidor encontra-se diante de um crescente risco político de o Estado exercer seu poder soberano no sentido de modificar os termos do contrato para atingir novos objetivos governamentais, muitas vezes ligados a mudanças de governo, que desencadeiam a reanálise de vínculos criados pelo governo anterior. A reação das companhias à *obsolescence bargain*, mais uma vez, encontra-se na inserção de cláusulas de estabilização aos contratos assinados com o Estado hospedeiro.

Isto posto, cabe, entretanto, mencionar que, com o objetivo de atrair e assegurar minimamente o investimento privado no setor, os dispositivos legais adotados pela União Federal e a agência à qual foi delegado o poder de regular o setor petrolífero possuem previsão de que serão adotadas as melhores práticas da indústria internacional. Essa previsão, ainda que vaga, significa que o costume internacional será adotado pelo Estado, nas palavras de Luciana

⁹⁸ CARNEIRO, Felipe Saraiva. O sistema de investimentos internacionais e a indústria do petróleo - a posição do Brasil no cenário global. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Energia**. v. 5, n. 1, p. 99-100.

Braga e Elisdíney Frota⁹⁹, como “forma dos países evitarem atrasos na atualização de sua legislação frente aos avanços tecnológicos da indústria, passando aos operadores a obrigação de se informar e adotar as práticas mais avançadas em relação a questões como segurança, saúde, proteção ambiental e eficiência operacional”.

Dessa forma, conclui-se que, como observado acima, o Estado Brasileiro, através da ANP e seu regime contratual, ao invés de envidar seus melhores esforços para proteger os investidores estrangeiros e seus investimentos, permite que estes estejam vulneráveis à conjuntura política e a mudanças legislativas e regulatórias de qualquer espécie, o que pode resultar em grave oneração, mantendo apenas compromisso vago de que serão respeitadas as melhores práticas do mercado.

7 CONCLUSÃO

Como já exposto, o petróleo é uma das maiores riquezas naturais do Brasil e, por sua importância para a economia mundial, atrai investidores e recursos provenientes dos mais diversos países. Nas palavras de Felipe Saraiva Carneiro¹⁰⁰:

O Brasil é hoje um dos grandes produtores mundiais de petróleo, sendo esta indústria responsável por 12% do PIB do país em 2012, segundo dados da Organização Nacional da Indústria do Petróleo (ONIP). Ainda, o setor petrolífero do país é um dos que mais atrai capital externo para o território nacional, em atividades que vão desde o fornecimento de equipamentos, levantamento de dados sísmicos, até a exploração e refino, sendo presentes, portanto, no downstream, midstream e upstream da indústria.

Entretanto, o petróleo brasileiro, além de suas atividades e a regulação das mesmas são, conforme o princípio da soberania permanente sobre recursos naturais e o artigo 177 da Constituição Federal, monopólio da União Federal, que foi delegado, através da Lei do Petróleo, para a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis.

Ao mesmo tempo, este monopólio foi flexibilizado pela Emenda Constitucional 9, de 9 de novembro de 1995, que permitiu que a União delegasse estas atividades a demais entes, tanto

⁹⁹ BRAGA, Luciana P.; FROTA, Elisdíney S. T. da. Reflexões sobre as melhores práticas à luz do direito transnacional. **Rio Oil & Gas Expo and Conference**. 2018, p. 3.

¹⁰⁰ CARNEIRO, Felipe Saraiva. O sistema de investimentos internacionais e a indústria do petróleo - a posição do Brasil no cenário global. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Energia**. v. 5, n. 1, p. 95.

públicos quanto privado, o que permitiu o ingresso de investidores internacionais no setor e, com isso, a adoção de suas práticas, desde que respeitada a legislação nacional.

Estes investidores, também conhecidos como *International Oil Companies*, ou IOCs, por representarem, em sua maioria, agentes de grande importância e poder no cenário mundial, além de atuarem em diversos países com legislações diferentes, adotam práticas costumeiras comerciais na formação de suas relações com o mercado, denominadas *lex mercatoria*, ou, neste caso específico, *lex petrolea*.

Isto posto, quanto a essa fonte de direito, ela resultado da prática reiterada e da organização dos agentes do mercado, sendo marcada por práticas uniformizadas e contratos e cláusulas-modelo, utilizados comumente no contexto de investimentos em operações relacionadas a petróleo e gás natural.

Em especial, quanto às cláusulas de estabilização, elas decorrem do contexto de instabilidade política e econômica presente nos países exportadores de petróleo, também conhecidos como *Host Oil Countries*, ou HOCs, que, em sua maioria, são mercados países em desenvolvimento, marcados por conflitos, crises políticas e econômicas e, com frequência, regimes não democráticos.

Sendo assim, este dispositivo tem por finalidade a proteção dos investidores e do investimento estrangeiro em relação a alterações legislativas e regulatórias, além de arbitrariedades do Estado e mudanças de conjuntura que possam prejudicar suas operações no país.

Como abordado exhaustivamente pela doutrina do Direito Internacional, no entanto, estas cláusulas podem representar grave lesão à soberania nacional, tanto legislativa, quanto sobre recursos naturais, ao mesmo tempo que sua adoção por determinado Estado pode representar o exercício dessa soberania.

Esse tema foi explorado com maestria por Oshinebo¹⁰¹, que escreveu que o argumento de que cláusulas de estabilização são incompatíveis com a soberania nacional é fraco, principalmente em países que as permitem. Inclusive, Estados podem no exercício de sua soberania, assinar previsões contratuais ou outorgar dispositivos legislativos que limitem temporariamente o exercício de sua soberania em relação a recursos naturais específicos, recursos estes que não representam alienação de sua soberania sobre recursos naturais, apesar de impactar negativamente a habilidade destes Estados de exercita-la.

Entretanto, para o autor, ao mesmo tempo que sua adoção não é incompatível com a soberania sobre recursos naturais e, ao contrário, é válida no âmbito do Direito Internacional, a validade em HOCs em desenvolvimento, de cláusulas de estabilização que “congelam” a legislação nacional e sua aplicação aos contratos ao momento em que foram firmados, também conhecidas como *freezing stabilization clauses*, é, no mínimo, questionável. Este entendimento decorre do fato de que provisões contratuais que limitem o poder legislativo ou alterem o regime legal que regule determinado projeto devem ser consideradas nulas e, se inconsistentes com a Constituição do país que as adotou, inconstitucionais.

¹⁰¹ “The argument that stabilization clauses are incompatible with State sovereignty appears weak, particularly in situations where the stabilization clauses are authorized expressly by statutory enactments, or where the stabilization provisions are contained in a statute validly enacted by the host State. Host States can, in exercise of their sovereignty, sign contractual provisions or enact legislative provisions which limit, for a specified period, the exercise of their sovereignty over specific natural resource projects. As noted earlier, developing countries such as South Africa and Ghana have enacted statutes authorizing designated agencies and officials to enter into stabilization agreements. These statutory enactments neither alienate the sovereignty of these countries nor deprive them of the right to enjoy their sovereignty over natural resources. To the contrary, the statutes are expressions of the sovereign will of host States. That said, stabilization clauses have certain negative impacts on the host State’s ability to exercise its sovereignty over natural resources because, as will be noted shortly, such clauses limit the royalty and tax policy options available to the legislature. Although stabilization clauses are not incompatible with State sovereignty, and while a preponderance of academic and arbitral opinion holds that stabilization clauses are valid under international law, the validity of ‘freezing’ stabilization clauses under the domestic laws of host developing countries is at least questionable. The Constitutions of some developing countries vest in the national legislature the power to make laws. For example, the Constitution of the Republic of South Africa vests in the National Assembly (that is, the legislature) the legislative authority of the national government including the power “to pass legislation with regard to any matter” on which the National Assembly has legislative competence. Similarly, in Nigeria the National Assembly has power to make laws “with respect to any matter” falling within the areas listed in both the exclusive legislative list and the concurrent legislative list. Arguably, a contractual or statutory stabilization clause is void and unconstitutional if it purports to limit the power of the legislature to make laws that change or amend the legal regimes governing an investment project. This position was judicially validated in Nigeria recently when the Federal High Court held that the Second Schedule to the Nigeria LNG (Fiscal Incentives, Guarantees and Assurances) Act [hereafter “Nigeria LNG Act”], which freezes the law applicable to the LNG Project, is unconstitutional because it fettered the power of the legislature to make laws. In addition, the court held that the stabilization provision is contrary to the tenets of the rule of law not only because it is “very wide”, but also because it is inconsistent with the Nigerian Constitution, which empowers the legislature to make laws for the good of all Nigerians.” (OSHINEBO, Evaristus, Stabilization clauses in natural resource extraction contracts: legal, economic and social implications for developing countries. *Asper Review of International Business and Trade Law*. v. 10. 2010. p. 10)

Assim, conclui-se que, dependendo da abordagem doutrinária e da espécie adotada, cláusulas de estabilização impedem ou limitam temporariamente o poder do Estado de legislar, regular e/ou aplicar eventuais alterações de regime jurídico a contratos que envolvem petróleo e gás, podendo ou não ser aceitas, dependendo do regime aplicável.

Nesse sentido, especificamente no caso do Brasil, apesar de não haver vedação expressa às cláusulas de estabilização e de já serem adotadas práticas da *lex petrolea*, a legislação prevê que o estado deve gozar plenamente de sua soberania legislativa, o que apenas permitiria a adoção de formas mais brandas da cláusula de estabilização.

Ao mesmo tempo, os regimes contratuais existentes no Brasil não utilizam esta forma de proteção dos investidores e de seus recursos, se limitando a possibilitar ajustes ao plano de desenvolvimento em relação a alterações conjunturais de cunho não legislativo e, submetendo, portanto, os investimentos privados em indústria tão importante para sua economia a arbitrariedades e mudanças legislativas e regulatórias que podem gerar prejuízo incomensurável aos projetos e, portanto, ao desenvolvimento do país.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS. **Modelo do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Gás Natural**. 2019. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf>. Acesso em 15 de novembro de 2019.

ALMEIDA, Humberto Mariano de. **Mineração e Meio Ambiente na Constituição Federal**. São Paulo: LTR. 1999.

ALVARES-GASPAR, Renata. Arbitragem internacional na contratação no âmbito do Petróleo. GARÍAN-LUCAS, Andrea; LAMY, Marcelo; ALVARES-GASPAR, Renata, **Direito Energético: Desafios e Perspectivas Ambientais e Internacionais**, Editora Universitária Leopoldianum, Santos/Brasil, 2013, pp. 209-224

ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho Cardoso; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. **Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo. 4º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás**. 2007.

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral. **A Cláusula Knock-for-Knock: admissibilidade à luz do direito brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019.

AZEVEDO, Carolina Araújo de. **Transnacionais como veículo de investimento e o problema da corrupção: dois temas relevantes da atual agenda global**. 2012. 166f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras, Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. **Revista do Direito Administrativo**. v. 229. Rio de Janeiro: FGV. 2002, p. 285 - 311.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo :Saraiva, v. 3, e. 7, 1990.

BEKAERT, Geert; HARVEY, Campbell R.; LUNDBLAD, Christian T; STEPHAN Siege. Political risk and international valuation. **Journal of Corporate Finance**, n. 37. 2016, p. 1-23

BERNARDINI, Piero. Stabilization and adaptation in oil and gas investments. **Journal of World Energy Law and Business**. v. 1, n. 1. 2008 p. 98-112.

BEYAZAY, Basak. **The Nature of the Firm in the Oil Industry**: International Oil Companies in Global Business. Abingdon: Rutledge. 2018.

BISHOP. R. Doak. **International Arbitration of Petroleum Disputes: The Development of a Lex Petrolea**. Houston: King and Spalding. 1998. p. 18.

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. Arbitration of disputes between states and private enterprises in the International Chamber of Commerce. **The American Journal of International Law**. v. 59, ed. 3. 1965. p. 579-586.

BRAGA, Luciana P.; FROTA, Elisdíney S. T. da. Reflexões sobre as melhores práticas à luz do direito transnacional. **Rio Oil & Gas Expo and Conference**. 2018,

BRANDÃO, Clarissa. Lex Petrolea. **Revista Brasileira de Direito Público**. n. 2. 2006/09. Rio de Janeiro. p. 239-254.

¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL, **Decreto nº 884, de 2 de agosto de 1993**. Promulga o Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), concluído em Roma, em 15 de março de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0884.htm>. Acesso em: 18 de julho de 2019.

¹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 9, de 9 de novembro de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc09.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953**. Dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo e define as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, institui a Sociedade Anônima, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L2004.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

¹BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2019.

BRINK, Charlotte H. **Measuring Political Risk as Risks to Foreign Investment: A Computer-Assisted Model for Analysing and Managing Political Risk**. 2002. 312f. Tese (PHD) – University of Stellenbosch – Stellenbosch, 2002.

BRITO, Thiago L. F.; DOS SANTOS, Edmilson M.; ROUSSEAU, Isabelle; NAVA, Pablo C. A dialética da segurança energética e a interdependência das nações. In: MONIÉ, F.; BINSZTOK, J. (Org.). **Geografia e geopolítica do petróleo**. Rio de Janeiro: Mauadx, 2012. p. 15-50.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem da CCI**, disponível em: < <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em: 18 de julho de 2018.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Mediação da CCI**, disponível em: < <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>>. Acesso em 18 de julho de 2018.

CANELAS, André. **Investimentos em exploração e produção após a abertura da indústria petrolífera no Brasil: impactos econômicos**. 2004. 106f. Monografia (Bacharelado em Economia) – Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2004.

CARNEIRO, Felipe Saraiva. O sistema de investimentos internacionais e a indústria do petróleo - a posição do Brasil no cenário global. **Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás Natural e Energia**. v. 5, n. 1, p. 81-113.

CHEKERA, Yolanda T.; NMEHIELLE, Vincent O. The International Law Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources as an Instrument for Development: The Case of Zimbabwean Diamonds **African Journal of Legal Studies**. v. 6. 2016. p. 69-101.

COMEAX, Paul E; KINSELLA, N. Sephan. Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance. **New York Law School Journal of International and Comparative Law**. v. 15, n. 2. 1994. p.1-39.

CORDEIRO, Douglas Alexander. A lex mercatoria e as novas tendências de codificação do direito do comércio internacional. **Revista Brasileira de Direito Internacional**, Curitiba, v.7, n.7, 2008, p. 88-132.

COSTA, Eduardo Rufino da; LOPES, Fernando Dias. Participação de Empresas Estrangeiras e Consórcios em Leilões de Blocos Exploratórios de Petróleo e Gás no Brasil. **Revista de Administração contemporânea**. v. 14, n. 5. 2010. p. 798-817.

COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova lex mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**. a. 2., n. 6. Lisboa. 2013. P. 4783-4810.

COTULA, Lorenzo. Regulatory takings, stabilization clauses and sustainable development. **OECD Investment Policy Perspectives 2008**. p. 69-90.

DIKE, Obinna. **Nationalisation of foreign asset by host state: a failure of stabilization clause?** p. 9. Disponível em: <<https://www.eisourcebook.org/cms/Failure%20of%20Stabalization%20Clause.pdf>>. Acesso em: 15 de novembro de 2019

ELIAN, George. **The principle of sovereignty over natural resources**. Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhohh. 1979.

ERKAN, Mustafa. **International Energy Investment Law: Stability through Contractual Clauses**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2011.

FARUQUE, Abdullah. Validity and Efficacy of Stabilization Clauses: Legal Protection vs: Functional Value. **Journal of International Arbitration**. Alphen aan den Rijn, n. 23, v. 4, p. 317-336. 2006. Disponível em: <<https://is.muni.cz/www/seidel/23073893/Faruque-Validity.pdf>>. Acesso em: 10 de maio 2019.

FAVACHO, Frederico. A Gestão de Conflitos em Contratos Internacionais do Petróleo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 18. 2011 p. 243-269.

GEHNE, Katja; BRILLO, Romulo. Stabilization Clauses in International Investment Law: Beyond Balancing and Fair and Equitable Treatment. **Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht**. v. 143. 2017.

GESS, Karol N. Permanent Sovereignty Over Natural Resources: An analytical review of the United Nations declaration and its genesis. **International & Comparative Law Quarterly**. v. 13, n. 2, 1964, p. 398-449.

GOLDMAN, Berthold, Les frontieres du droit et lex mercatoria. **Archives de Philosophie du Droit**, n.9, 1964, p. 177-192.

GUERRA, Sérgio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 379. (373-396)

GUERREIRO, Jose Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem comercial internacional**. 1989. 337f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo. 1989.

HALABI, Sam. Efficient Contracting Between Foreign Investors and Host States: Evidence from Stabilization Clauses. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Volume 30. 2011. p. 261-312)

HOFBAUER. Jane. **The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources and Its Modern Implications**. 2009. 109f. Dissertação (LLM). University of Iceland, Reykjavík. 2009.

HYDE, James N. Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources. **The American Journal of International Law**. Vol. 50, No. 4. 1956, p. 854-867.

KAKEMBO, Dennis. **Stabilisation clauses in international petroleum contracts: illusion or safeguard?** p. 7. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ug/Documents/tax/tax_StabilisationClauses_2014.pdf> Acesso em: 05 de outubro de 2019.

KISSAM, Leo T.; LEACH, Edmond K., Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts. **Fordham Law Review**. n. 28. 1959. p. 177 – 204.

LANDO, Ole. The lex mercatoria in international commercial arbitration. **The International And Comparative Law Quarterly**, n. 34,1985, p. 747-768.

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

MARTIN, Timothy. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry, **Journal of Energy & Natural Resources Law**, v. 22, n. 3, p. 281-340.

Marvin Feldman v. Mexico, ICSID Case No ARB(AF)/99/1, Award and Separate Opinion, 16 December 2002. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>>. Acesso em: 15 de setembro de 2019.

MARZANI, Bianca Santos; FURTADO, André Tosi; Guerra, SINCLAIR Mallet-Guy. Novo contexto de abertura do mercado brasileiro de petróleo e os fornecedores locais: a criação do REPETRO. In: **2º Congresso Brasileiro de P&D em Petróleo & Gás**. 2003.

MASKOW, Dietrich. Hardship and Force Majeure. **The American journal of comparative law**. v. 40, n. 3. 1992. p. 657-669.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Org.). **Dicionário de Política**. 5ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, v.2, p.1179-1188.

MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusulas hardship**. São Paulo: Aduaneiras. 2011.

MEYER, Daniel François; HABANABAKIZE, Thomas. An analysis of the relationship between foreign direct investment (FDI), political risk and economic growth in South Africa. **Business and Economic Horizons**. v. 14, n. 4. 2018. p. 777-788.

NAZEER, Abdul Malik; MASIH, Mansur,. Impact of political instability on foreign direct investment and Economic Growth: Evidence from Malaysia. **MPRA Paper 79418**. 2017. Disponível em: < https://mpra.ub.uni-muenchen.de/79418/1/MPRA_paper_79418.pdf>. Acesso em: 26 de agosto de 2019.

NETO, Manoel Pereira dos Santos. **Manual de Direito do Petróleo: uma visão jurídica do ouro negro do Brasil**. 1 ed. Jundiaí: Paco, 2018.

NG'AMBI, Sangwani Patrick. Permanent sovereignty over natural resources and the sanctity of contracts, from the angle of *lucrum cessans*. **Loyola University Chicago International Law Review**. v. 12, n. 2. 2015. p. 153-172.

NWAOKORO, Joseph Nna Emeka. Anchoring Stabilization Clauses in International Petroleum Contracts. **The International Lawyer**. v. 42, n. 4, 2008.p. 1317-1338.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **World Economic Situation and Prospects 2019**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2019_BOOK-web.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO. **About us**. Disponível em: <https://www.opec.org/opec_web/en/17.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2019.

OSHINEBO, Evaristus, Stabilization clauses in natural resource extraction contracts: legal, economic and social implications for developing countries. **Asper Review of International Business and Trade Law**. v. 10. 2010. p. 1-33,

PATE, Thomas J. Evaluating Stabilization Clauses in Venezuela ' s Strategic Association Agreements for Heavy-Crude Extraction in the Orinoco Belt: The Return of a Forgotten Contractual Risk Reduction Mechanism for the Petroleum Industry. **University of Miami Inter-American Law Review**. 2009. p. 347-381.

PINTO, Jose Emilio Nunes. A arbitragem nos contratos da indústria de petróleo e gás natural. PIRES, Paulo Valois (Org.) **Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 121-132.

PIRES, Adriano; SCHECHTMAN, Rafael. Os Resultados da Reforma: Uma estratégia Vencedora. **Petróleo: Reforma e Contrarreforma do Reforma do Setor Petrolífero Brasileiro**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier. 2013. P. 81-102.

RAMAMURTI, R. Rethinking foreign infrastructure investment in developing countries. **Journal of World Business**, v. 39, n. 2, 2004. p. 151–167.

RIBEIRO. Marilda Rosado de Sá. **Direito do Petróleo**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**. n. 18. 2010. P. 20. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 10 de agosto de 2019.

RIGOLON, Francisco José Zagari. Regulação da Infra-Estrutura: A Experiência Recente no Brasil. **Revista do BNDES**. v. 4, n. 7. 1997. p. 123-150.

RODRIGUES, Leonardo de Vasconcelos Machado. **O Controle Ambiental nos Contratos de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural**. 2014. 92f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

RUARO, Regina Linden; PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. Análise Econômica do Direito do Petróleo: Desafios do Novo Sistema Exploratório. **Direito Público**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, n. 65, v. 12, 2005. p. 184-204.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação da atividade de petróleo e gás natural no Brasil. GUERRA, Sérgio (Org.) **Regulação no Brasil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2014. p. 299-319.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Arbitragem - Mediação, Conciliação e Negociação**. 9. ed. Rio de Janeiro:Forense. 2019.

SINGH, Jagriti. **Stabilization Clauses in Investment Contracts in Developing Countries**. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658185>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

SPITZ, Lidia. **Eleição de foro estrangeiro: o princípio da autonomia da vontade e seu reconhecimento no direito convencional, regional e brasileiro**. 2010. 204f. .Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

TABARI, Nima Mersadi. *Lex Petrolea and International Investment Law: Law and Practice in the Persian Gulf*. Oxford: Rutledge. 2017.

TALUS, Kim; LOOPER, Scott; OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: Focus on Host Government Contracts*. **Journal of World Energy Law and Business**. v. 5, n. 3. 2012. p. 181-193.

TETLEY, William. *The General Maritime Law – The Lex Maritima*. **Syracuse Journal of International Law and Commerce**. v. 20. 1994. p. 105-134.

Texaco Overseas Petroleum Company e California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic, (1978) 17 I.L.M. 1-37

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT. **Democracy Index 2018**. Disponível em: <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_2018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018>. Acesso em 30 de julho de 2019