



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fernanda Torres Volpon

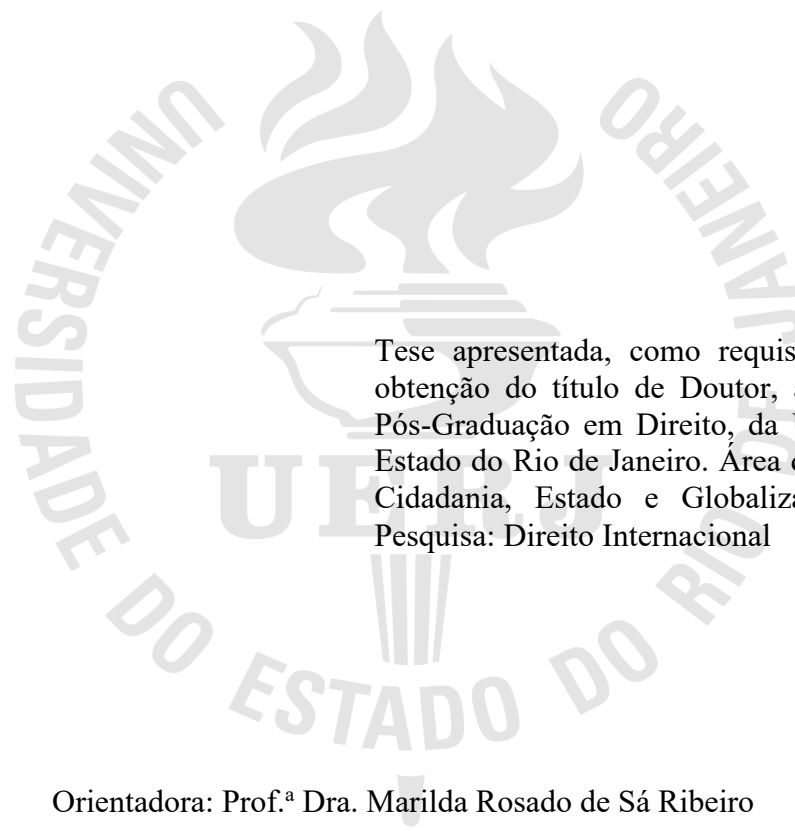
A proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável: estabilidade regulatória e poder de regular dos Estados

Rio de Janeiro

2020

Fernanda Torres Volpon

**A proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável:
estabilidade regulatória e poder de regular dos Estados**



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Internacional

Orientadora: Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Coorientador: Prof. Dr. Roberto Rafael Galán Vioque

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

V933 Volpon, Fernanda Torres.
A proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável: estabilidade regulatória e poder de regular dos Estados / Fernanda Torres Volpon - 2020.

637 f.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro
Coorientador: Prof.^o Dr. Roberto Rafael Galán Vioque

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito internacional - Teses. 2. Energia renovável - Teses. 3. Investimentos estrangeiros - Teses. I. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá. II. Vioque, Roberto Rafael Galán. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 341

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Fernanda Torres Volpon

**A proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável:
estabilidade regulatória e poder de regular dos Estados**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Internacional.

Aprovada em 30 de março de 2020.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Roberto Rafael Galán Vioque (Coorientador)
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Ely Caetano Xavier Junior
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof.^a Dra. Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. André Rodrigues Cyrino
Faculdade de Direito – UERJ

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÓRIA

Aos meus pais,
Ismar e Antonia

AGRADECIMENTOS

O interesse pela relação entre investimentos estrangeiros, regulação e energia renovável nasceu a partir da minha experiência profissional como advogada de uma instituição financeira em um *project finance* de um projeto de energia solar concentrada na região de *Antofagasta*, no Chile. A partir desta experiência, pude vivenciar profissionalmente a relação entre a legislação local, o Direito Internacional e os contratos elaborados para estruturar o financiamento do projeto, despertando o interesse acadêmico pelo tema.

A decisão de deixar a iniciativa privada pela vida acadêmica não foi, por certo, uma simples escolha. Agradeço à minha família, Ismar e Antonia e Claudia pelo apoio incondicional ao longo dessa caminhada. Um agradecimento especial ao meu marido, Patrick Vasconcelos, que foi um grande incentivador para realização desse projeto, contribuindo para que o caminho fosse mais suave ao longo desses quatro anos.

Agradeço especialmente à minha orientadora Prof.^a Dr.^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro que tanto me ensinou durante nossos oito anos de convivência. Ela, que também foi minha orientadora no mestrado realizado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, me permitiu trilhar tantos caminhos na vida acadêmica com grande parceria. Um agradecimento especial pela motivação e valiosos ensinamentos que contribuíram para minha formação de maneira inestimável.

Não poderia deixar de agradecer ao coorientador Prof. Dr. Roberto Galán Vioque, que me acolheu na *Universidad de Sevilla* e no *Instituto García Oviedo*, pela valiosa contribuição para a elaboração deste trabalho e pelas ricas experiências acadêmicas vivenciadas. Também agradeço à Prof.^a Dr.^a Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues e ao Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos pelas valiosas lições ao longo do doutorado que certamente contribuíram para o meu desenvolvimento acadêmico.

Impossível deixar de agradecer a Ely Caetano Xavier Junior, com quem pude compartilhar das minhas inúmeras aflições acadêmicas e a quem devo tantos momentos de alegria. Aos queridos amigo(a)s Eraldo da Silva Junior, Barbara Dieguez, Sylvia Medeiros, Louise Pacheco e Emília Castro a minha gratidão pela solidez do apoio tão fundamental ao longo desses anos. Por fim, fui privilegiada companhia dos colegas que compartilharam comigo esta jornada, Bernard Potsch, Bruno Dias, Felipe Albuquerque, Fernanda Telha, Elizabeth Goraieb e Rodrigo Cittadino. Sou grata por todas as parcerias acadêmicas ao longo desses quatro anos de doutorado.

A presente tese de doutorado foi realizada com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior – Brasil (CAPES).

RESUMO

VOLPON, Fernanda Torres. *A proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável: estabilidade regulatória e poder de regular dos Estados*. 2020. 637 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

A energia renovável se consolidou como elemento chave para o progresso da transição energética global e para o alcance do desenvolvimento sustentável, além de ter se materializado como instrumento utilizado por muitos países para cumprir compromissos internacionais assumidos em tratados que objetivam o combate aos efeitos das mudanças climáticas. As idiossincrasias do processo de transição energética centralizam no Direito Interno dos Estados a formação de uma estrutura normativa direcionada ao desenvolvimento da energia renovável. Nessa perspectiva, as medidas legislativas estatais destinadas à promoção do uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica se multiplicaram. Igualmente, os mecanismos de apoio financeiro se proliferaram fundamentados em um marco regulatório nacional favorável aos investimentos estrangeiros, exigindo a sua compatibilização com o Direito da União Europeia e com as regras da Organização Mundial do Comércio. A efetiva atração dos investimentos se torna pressuposto fundamental para concretização dos projetos de energia renovável, que dependem da manutenção da estabilidade regulatória a longo-prazo. Assim, a modernização do marco regulatório nacional se faz necessária para garantir um ambiente favorável aos investimentos estrangeiros e efetivamente desenvolver a energia renovável. Em contraste, um movimento de alterações substanciais ao marco regulatório para promoção do uso de fontes renováveis, protagonizado pela Espanha, desencadeou diversas arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável. Nesse contexto, analisa-se criticamente se o exercício do poder de regular dos Estados encontra limites na proteção da tutela da expectativa legítima à estabilidade do marco regulatório nacional no âmbito padrão de tratamento justo e equitativo do Direito Internacional dos Investimentos. Ao final, apresenta-se medidas propositivas para consolidar um sistema de proteção dos investimentos estrangeiros focalizado no desenvolvimento da energia renovável e, por fim, estabelecer as lições espanholas para o direito brasileiro.

Palavras-chave: Investimentos Estrangeiros. Energia Renovável. Tratamento Justo e Equitativo. Estabilidade Regulatória. Poder de Regular.

ABSTRACT

VOLPON, Fernanda Torres. *The international protection of foreign investments in renewable energy: regulatory stability and State's right to regulate*. 2020. 637 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2020.

Renewable energy was consolidated as a key element for the progress of the global energy transition and for the achievement of sustainable development. In addition, renewable energy is as an instrument used by many countries to fulfill international commitments under international treaties at combating the effects of climate change. The idiosyncrasies of the energy transition process are centralized in the formation of a normative structure aimed at the development of renewable energy in the law of States. In this perspective, there are multiple legislative measures focused on promoting the use of renewable sources in the production of electricity. Equally, financial support mechanisms have been proliferated based on a national regulatory framework favorable to foreign investments, demanding their compatibility with European Union law and with the rules of the World Trade Organization. The effective attraction of investments became a fundamental prerequisite for the implementation of renewable energy projects, which depend on maintaining long-term regulatory stability. Thus, the modernization of the national regulatory framework is necessary to guarantee a favorable environment for foreign investments and to effectively develop renewable energy. In contrast, a movement of substantial changes to the regulatory framework to promote the use of renewable sources, led by Spain, triggered several international arbitrations of investments in renewable energy. In this context, we shall analyze critically whether the exercise of right to regulate of States finds limits in the protection of legitimate expectations for the stability of the national regulatory framework within the standard scope of fair and equitable treatment under International Investment Law. At the end, we present propositional measures to consolidate a system of protection of foreign investments focused on the development of renewable energy and, ultimately, to establish the Spanish lessons for Brazilian law.

Keywords: Foreign Investment. Renewable Energy. Fair and Equitable Treatment. Regulatory Stability. Right to Regulate.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 -	Demanda por energia primária (<i>Mtoe</i>).....	69
Figura 2 -	Panorama dos 20 maiores consumidores de energia (<i>ktoe</i>).....	73
Figura 3 -	Panorama da demanda energética global em 2000.....	74
Figura 4 -	Panorama da demanda energética global em 2017.....	75
Figura 5 -	Panorama da demanda energética global em 2040.....	76
Figura 6 -	População sem acesso aos serviços de energia em 2017.....	81
Figura 7 -	Evolução dos objetivos nacionais para promoção da energia renovável	141
Figura 8 -	Evolução do número de cumulativo de políticas <i>feed-in tariff</i>	256
Figura 9 -	Capacidade de geração de energia elétrica no Brasil distribuída por fonte de energia em empreendimentos em operação.....	317
Figura 10 -	Matriz elétrica Brasileira segmentada por fonte primária de energia.....	318
Figura 11 -	Geração de Energia Primária - Espanha (2016).....	350
Figura 12 -	Produção de Eletricidade por Energia Solar Fotovoltaica em GWh na Espanha (1990-2018)	352
Figura 13 -	Produção de Eletricidade por Fontes Renováveis em GWh na Espanha (1990-2018)	353

Figura 14 - Investimento em energia renovável baseado em PPAs corporativos.....	414
Figura 15 - Evolução das arbitragens internacionais de investimentos energia no ICSID.....	446

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Cumprimento das quotas de energia renovável na União Europeia.....	143
Tabela 2 - Metas indicativas nacionais dos Estados-Membros para 2010 – Diretiva 2001/77/CE.....	230
Tabela 3 – Quotas de energia proveniente de fontes renováveis para os Estados-Membros da União Europeia em 2020 – Diretiva 2009/28/CE.....	236
Tabela 4 - Capacidade das Instalações Energia Solar Fotovoltaica e Energia Solar Concentrada na União Europeia e Espanha (2018).....	351

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADB	Banco de Desenvolvimento Asiático
ACR	Ambiente de Contratação Regulada
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
APP	Áreas de Preservação Permanente
BEN	Balanço Energético Nacional
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
BIT	Acordo Bilateral de Investimento
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CEPA	<i>Comprehensive Economic Partnership Agreement</i>
CFI	Corporação Financeira Internacional
CIJ	Corte Internacional de Justiça
COFINS	Contribuição de Financiamento da Seguridade Social
CONFAZ	Conselho Nacional de Política Fazendária
CSP	Energia solar concentrada
DRCAFTA	<i>Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement</i>
EBRD	Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento
ECC	Conferência da Carta de Energia
ECT	Tratado da Carta de Energia
EEC	Carta Europeia de Energia
EFTA	<i>European Free Trade Association</i>
ELETROBRÁS	Centrais Elétricas Brasileiras S.A.
EPE	Empresa de Pesquisa Energética
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

FMI	Fundo Monetário Internacional
FTA	Acordo de Livre Comércio
GATT	Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio
GMC	Grupo Mercado Comum
GO	Garantias de Origem
ICSID	<i>International Centre for Settlement of Investment Disputes</i>
IAEA	Agência Internacional de Energia Atômica
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IDAE	<i>Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía</i>
IEA	Agência Internacional de Energia
IFC	Corporação Financeira Internacional
IPC	Índice de Preço ao Consumidor
IPCC	Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
IPVEE	Imposto sobre Valor da Produção da Energia Elétrica
IRENA	Agência Internacional de Energia Renovável
LER	Leilão de Energia de Reserva
LNG	Gás Natural Liquefeito
LOSEN	<i>Ley de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional</i>
LSE	<i>Ley del Sector Eléctrico</i>
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
MMA	Ministério do Meio Ambiente
MME	Ministério de Minas e Energia
NAFTA	Acordo de Livre Comércio da América do Norte
NDC	Pretendidas Contribuições Nacionalmente Determinadas

NSM	Missão Solar Nacional Jawaharlal Nehur
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Económico
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OPEC	Organização dos Países Exportadores de Petróleo
OTEC	<i>Ocean thermal energy conversion</i>
OSD	Órgão de Solução de Controvérsias
PADIS	Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores
PANER	<i>Plan de Acción Nacional de Energías Renovables</i>
PCA	<i>Permanent Court of Arbitration</i>
PER	<i>Plan de Energías Renovables</i>
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Contribuições do Programa de Integração Social
PNE	Plano Nacional de Energia
PNIEC	<i>Plan Nacional Integrado de Energía y Clima</i>
PROEÓLICA	Programa Emergencial de Energia Eólica
PROINFA	Programa de Incentivo às Fontes Alternativas
PPA	<i>Power purchase agreement</i>
PV	Energia solar fotovoltaica
RAIPRE	<i>Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica</i>
REC	Certificado de energia elétrica renovável
REIDI	Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura
REN21	<i>Renewable Energy Policy Network</i>
SCC	<i>Stockholm Chamber of Commerce</i>

SCM	Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias
TE	Tarifa de Energia
TFUE	Tratado sobre Funcionamento da União Europeia
TIP	Tratado com dispositivo sobre investimento
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRIMS	Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio
TUSD	Tarifa de Uso de Sistema de Distribuição
UNCITRAL	<i>United Nations Commission on International Trade Law</i>
UNCTAD	Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento
UNFCCC	Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima
USMCA	<i>United States-Mexico-Canada Agreement</i>
WEI	<i>World Energy Investment</i>
WWF	<i>World Wild Life</i>

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	21
1	OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E O DESENVOLVIMENTO DA ENERGIA RENOVÁVEL.....	33
1.1	A Energia Renovável na Transição Energética Global e no Desenvolvimento Sustentável.....	33
1.1.1	<u>A Inserção da Energia Renovável no Cenário Energético Internacional.....</u>	36
1.1.2	<u>A Definição de Fontes Renováveis de Energia no Direito Internacional e Interno.....</u>	43
1.1.3	<u>A Participação da Energia Renovável na Transição Energética Global.....</u>	56
1.1.4	<u>As Fontes Renováveis de Energia como Instrumento para Combate às Mudanças Climáticas.....</u>	63
1.1.5	<u>Os Fundamentos Econômicos e Sociais para Promoção da Energia Renovável.....</u>	71
1.2	O Protagonismo dos Investimentos para o Desenvolvimento da Energia Renovável.....	83
1.2.1	<u>As Barreiras Estruturais para os Projetos de Energia Renovável.....</u>	85
1.2.2	<u>A Importância da Estabilidade do Marco Regulatório Nacional para a Promoção dos Investimentos Estrangeiros em Energia Renovável.....</u>	92
1.2.3	<u>As Regras da Organização Mundial do Comércio e o Desenvolvimento da Energia Renovável.....</u>	94
1.2.4	<u>Os Desafios dos Investimentos Estrangeiros nos Projetos de Energia Renovável.....</u>	95
2	O DIREITO INTERNACIONAL DA ENERGIA E A GOVERNANÇA ENERGÉTICA GLOBAL.....	98
2.1	O Direito Internacional da Energia em um Contexto Globalizado.....	98
2.1.1	<u>Os Princípios do Direito Internacional da Energia.....</u>	103
2.1.2	<u>A Convergência entre Público e Privado no Direito Internacional da Energia.....</u>	116
2.2	A Governança Energética Global.....	120
2.2.1	<u>Críticas à Fragmentação da Governança Energética Global.....</u>	123
2.2.2	<u>Os Atores Internacionais na Governança Energética Global.....</u>	126
2.2.3	<u>A Energia Renovável no seio da Governança Energética Global.....</u>	130
2.3	Os Objetivos Nacionais para Ampliar a Participação da Energia Renovável na Matriz Energética.....	135
3	A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS	

	ESTRANGEIROS EM ENERGIA RENOVÁVEL.....	142
3.1	O Tratado da Carta de Energia.....	146
3.1.1	<u>A Proteção dos Investimentos Estrangeiros em Energia no Tratado da Carta De Energia.....</u>	154
3.1.2	<u>O Conceito de ‘Investimentos’ no Tratado da Carta de Energia.....</u>	156
3.1.3	<u>O ‘Investidor’ no Tratado da Carta de Energia.....</u>	160
3.1.4	<u>O Padrão de Tratamento Justo e Equitativo.....</u>	161
3.1.5	<u>A Expropriação no Tratado da Carta de Energia.....</u>	169
3.1.6	<u>A Energia Renovável no Tratado da Carta de Energia.....</u>	176
3.2	A Proteção dos Investimentos Estrangeiros em Energia nos Acordos Internacionais de Investimentos.....	181
3.2.1	<u>O Dimensionamento da Análise dos Acordos Internacionais de Investimentos.....</u>	183
3.2.2	<u>A Regulação das Atividades de Energia nos Acordos Bilaterais de Investimentos.....</u>	186
3.2.3	<u>A Aplicabilidade dos Dispositivos Gerais para Proteção Internacional dos Investimentos Estrangeiros em Energia Renovável nos Acordos Bilaterais de Investimentos.....</u>	193
3.3	Os Tratados com Dispositivos sobre Investimentos e a Energia Renovável.....	199
3.4	A Proteção dos Investimentos Estrangeiros em Energia Renovável nos Processos de Integração Econômica Regional.....	208
4	O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE ENERGIA RENOVÁVEL.....	216
4.1	O Tratado de Funcionamento da União Europeia: um Marco para o Desenvolvimento da Energia Renovável.....	220
4.2	As Diretivas da União Europeia para Promoção da Energia Renovável.....	222
4.2.1	<u>Diretiva 2001/77/CE para Promoção da Eletricidade Produzida a partir de Fontes de Energia Renovável.....</u>	222
4.2.2	<u>A Diretiva 2009/28/CE Relativa à Promoção da Utilização de Energia Proveniente de Fontes Renováveis.....</u>	227
4.2.3	<u>A Diretiva 2018/2001 Relativa à Promoção das Fontes Renováveis.....</u>	234
4.3	Os Regimes de Apoio para Promoção da Energia Renovável nos Estados-Membros.....	241
4.3.1	<u>Feed-in Tariff.....</u>	244
4.3.2	<u>Incentivos Fiscais.....</u>	250

4.3.3	<u>Quotas Obrigatórias</u>	252
4.3.4	<u>Financiamentos Públicos</u>	253
4.3.5	<u>Certificados Verdes</u>	254
4.3.6	<u>Net-Metering</u>	255
4.3.7	<u>Leilões</u>	256
4.4	A Compatibilidade dos Regimes de Apoio com as Regras de Direito da Concorrência da União Europeia e da Organização Mundial do Comércio	257
4.4.1	<u>A Aplicabilidade das Regras de Auxílio de Estado aos Regimes de Apoio</u>	257
4.4.2	<u>A Compatibilidade dos Regimes de Apoio com as Regras da Organização Mundial do Comércio</u>	266
4.5	Acesso Garantido ou Prioritário das Fontes Renováveis às Redes de Transmissão e Distribuição	270
5	O MARCO REGULATÓRIO PARA PROMOÇÃO DA ENERGIA RENOVÁVEL NO BRASIL	275
5.1	A Metodologia Funcional de Direito Comparado Aplicada à Análise do Marco Regulatório do Brasil e Espanha	276
5.2	Breves Reflexões sobre o Conceito de ‘Regulação’	280
5.3	O Poder de Regular e a Estabilidade Regulatória na Promoção da Energia Renovável	290
5.4	A Participação da Energia Renovável na Matriz Energética Brasileira	297
5.4.1	<u>As Fontes Renováveis no Sistema Elétrico Brasileiro</u>	306
5.4.2	<u>A Geração da Energia Elétrica a partir de Fonte Solar no Brasil</u>	310
5.5	Marco Regulatório para Promoção do Uso de Fontes Renováveis no Setor Elétrico Brasileiro	312
5.5.1	<u>Os Regimes de Apoio para Incentivo à Energia Solar no Brasil</u>	316
6	A REGULAÇÃO ESPANHOLA PARA PROMOÇÃO DA ENERGIA RENOVÁVEL	337
6.1	O Protagonismo das Fontes Renováveis no Setor Elétrico Espanhol	337
6.2	O Desenvolvimento de um Marco Regulatório para Promoção do Uso de Fontes Renováveis na Produção da Energia Elétrica	347
6.2.1	<u>O Regime de Remuneração Especial para Geração de Energia Elétrica a partir de Fontes Renováveis</u>	355
6.2.2	<u>As Medidas Revogatórias Aplicadas ao Regime de Remuneração Especial de Energia</u>	

	<u>Renovável</u>	365
6.3	O Risco Regulatório, a Segurança Jurídica e a Confiança Legítima nas Sentenças dos Tribunais Espanhóis	378
6.4	Um Novo Horizonte para a Regulação Da Energia Renovável com o <i>Real Decreto-ley</i> 17/2019	392
7	OS CONTRATOS INTERNACIONAIS COMO ALTERNATIVA À INSTABILIDADE REGULATÓRIA NA ENERGIA RENOVÁVEL	399
7.1	Os Principais Contratos Relativos aos Investimentos Estrangeiros em Energia Renovável	404
7.1.1	<u>Contratos de Compra de Energia Elétrica</u>	405
7.1.2	<u>Os Contratos Internacionais de Financiamento de Projetos</u>	411
7.2	A Cláusulas de Estabilização nos Contratos de Investimentos	420
7.3	A Qualificação dos Contratos Internacionais de Investimentos no Tratado da Carta de Energia	427
7.4	A Complexidade dos Contratos Internacionais como Reflexo da Instabilidade Regulatória	429
7.4.1	<u>Contratos Internacionais Complexos no Direito Internacional</u>	429
7.4.2	<u>A Complexidade dos Contratos Internacionais como Mecanismo de Proteção dos Investimentos Estrangeiros em Energia Renovável</u>	434
8	A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS EM ENERGIA RENOVÁVEL	438
8.1	Questões Relativas à Competência dos Tribunais Arbitrais	443
8.1.1	<u>Jurisdição <i>Ratione Materiae</i>, <i>Ratione Personae</i> e <i>Ratione Temporis</i></u>	443
8.1.2	<u>O Consentimento dos Estados à Jurisdição dos Tribunais Arbitrais Internacionais</u>	451
8.2	Lei Aplicável às Arbitragens Internacionais de Investimentos Estrangeiros em Energia Renovável	454
8.3	O Reconhecimento e Execução do Laudo Arbitral	456
8.4	As Arbitragens Internacionais de Investimentos em Energia Renovável em Face da Espanha no Âmbito do Tratado da Carta de Energia	460
8.4.1	<u>O Precedente da Achmea BV v. República Eslováquia</u>	465
8.4.2	<u>O Padrão de Tratamento Justo e Equitativo e a Tutela da Expectativa Legítima</u>	467
8.4.3	<u>A Expropriação na Arbitragem Internacional de Investimentos em Energia Renovável em face da Espanha</u>	511

8.5	Os Limites do Exercício do Poder de Regular	514
	CONCLUSÃO	520
	REFERÊNCIAS	539
	APÊNDICE A	587

INTRODUÇÃO

A energia se tornou recurso necessário para a maior parte das atividades na vida humana moderna, o que nos permite assinalar que a economia na sociedade contemporânea se consolida como “energívora”.¹ Ao se caracterizar como “fluido vital de qualquer economia”,² torna-se questão latente o debate sobre os impactos que a sua exploração, produção, transporte e consumo repercutem no meio ambiente.

Calcula-se que o consumo tenaz de combustíveis fósseis³ poderá resultar em possível esgotamento dos recursos naturais,⁴ além da inegável poluição do ar, danos ambientais e potenciais crises geopolíticas globais.⁵ Com isso, “o mundo caminha a passos rápidos para a emergência de um novo paradigma energético fundamentado em uma mudança na matriz energética mundial que tem nas energias renováveis seu principal foco”.⁶

Nesse cenário, a energia renovável se tornou elemento chave para alcançar um dos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (Agenda 2030) da Organização das Nações Unidas (ONU) adotada por 193 Estados em 2015.⁷ A substituição do uso de fontes

¹ “Una economía energívora. La demanda de energía de la Unión Europea ha aumentado desde 1986 a un ritmo del 1 ó 2% anual. Reflejo del paso de una economía industrial a una economía de servicios, la estabilidad del consumo industrial se ha visto contrarrestada con creces por el auge del consumo de los hogares y del sector terciario en electricidad, transporte y calor”. EUROPEAN UNION LAW. COM (2000) 769 final. *Libro Verde: Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0769>>. Acesso em: 19 nov. 2019. p. 15. Com relação à declaração da Comissão Europeia, observa-se contribuição de José Ignacio Morales Plaza em que afirma “el modelo de crecimiento global implica un uso cada vez más intensivo de energía, cuya origen se basa mayoritariamente en combustibles fósiles para los que no existe suficiente garantía de suministro futuro. Vivimos actualmente en un modelo de ‘economía energívora’ tal y como lo define el Libro Verde de la Energía”. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 16.

² “Energy is the lifeblood of any economy”. ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 1.

³ “Hydrocarbon fuels, mainly derived from petroleum, were first used for lighting (querosene) and then came to replace coal as the principal energy source”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 369.

⁴ “Conventional fossil sources of energy are subject to eventual depletion”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 370.

⁵ MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. Energy Governance: a key challenge in the era of globalization. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 1-7, 2016, p. 1.

⁶ BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Investimento Estrangeiro Direito, Arbitragem Internacional e Energia: *Andante ma non troppo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 779-799, 2014, p. 780.

⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. A Agenda 2030 que contém 17 objetivos para o Desenvolvimento Sustentável foi adotada por 193 Estados em 25 de setembro de 2015. UNITED

tradicionais de energia por outras mais limpas e capazes de regeneração se tornou a gênese do processo de transição energética⁸ a nível global. As fontes renováveis ganharam especial destaque como instrumento para a redução dos gases de efeito estufa e dão a tônica à evolução energética limpa.

Em 2017, já se computava que 179 países haviam implementado objetivos na legislação estatal para incrementar a participação das fontes renováveis na matriz energética local.⁹ A diversificação da matriz energética se consolidou não apenas como escopo da legislação interna dos Estados,¹⁰ mas principalmente como objetivo universal inserido na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, em que se estabeleceu como meta nº 2 do 7º objetivo que, até 2030 é preciso “aumentar substancialmente a participação de energias renováveis na matriz energética global”.¹¹ Trata-se de uma nova perspectiva global que fomentou a geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis, impulsionando medidas regulatórias indutoras para atrair os necessários investimentos para o desenvolvimento do setor.

Afinal, muitos Estados precisam de energia para movimentar a economia e os recursos públicos nem sempre são suficientes para a estruturação do setor, o que faz com que os investimentos - nacionais ou estrangeiros - se tornem pressupostos necessários para materialização dos projetos de energia renovável.

Por esses fundamentos, o estudo da energia renovável apresenta relevância para o Direito Internacional. No nosso entendimento, torna-se importante ampliar o debate acerca dos benefícios conformados pela utilização das fontes renováveis na produção e consumo energético, mas também se caracteriza como relevante reforçar que ainda existe uma ampla gama de desafios que precisam ser superados pelo Direito Internacional e abarcados pelo Direito Interno.

NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/blog/2015/09/historic-new-sustainable-development-agenda-unanimously-adopted-by-193-un-members/>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁸ O conceito de transição energética compreende o processo de transmutação do consumo dos combustíveis fósseis em prol do uso de fontes renováveis com objetivo de combater as mudanças climáticas. Assim, o cerne deste movimento se concentra na redução dos impactos ambientais, mas também compreende a eficiência energética, ampliação do acesso aos serviços de energia, bem como a redução da dependência econômica, transformando-se em um processo multifacetado. MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena. Examining Different Aspects of the Energy Transition. In: MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena (Ed.). *Energy Transitions: Regulatory and Policy Trends*. Cambridge: Intersentia, vol. 5, p. 1-8, 2018, p. 1.

⁹ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/08/Full-Report-2018.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 49.

¹⁰ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/08/Full-Report-2018.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 49.

¹¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 17 mar. 2019.

É igualmente importante observar que o uso de fontes renováveis de energia se consolidou como mecanismo utilizado por muitos países para cumprir compromissos internacionais assumidos em instrumentos internacionais focalizados no combate às mudanças climáticas, redução da emissão de gases de efeito estufa e proteção ambiental.¹² A promoção da energia renovável apresenta, outrossim, fundamentos econômicos e sociais que justificam seu papel central na transição energética global e embasam a necessária ampliação do acesso da população aos modernos ‘serviços de energia’.¹³

Por essa razão, no primeiro capítulo, procura-se analisar os antecedentes históricos para a inserção da energia renovável no setor energético global, as justificativas para o seu desenvolvimento e os principais reveses para o seu progresso. Dentre os distintos desafios identificados, destaca-se o protagonismo dos investimentos estrangeiros como ferramenta indispensável para superar as barreiras estruturais impostas aos projetos de energia renovável.

¹² Nesse sentido, citamos, principalmente, os compromissos assumidos pelos Estados-Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assim como aqueles assumidos no âmbito do Protocolo de Quioto e do Acordo de Paris. O Secretariado da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, no original, denominada *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) registra que 186 Estados-Partes apresentaram seu 1º Relatório contendo as ‘Pretendidas Contribuições Nacionalmente Determinadas’, no original, denominadas *Nationally Determined Contributions* (NDCs) e 2 Estados-Partes já apresentaram o 2º Relatório. UNITED NATIONS CLIMATE CHANGE. Disponível em: <<https://www4.unfccc.int/sites/NDCStaging/Pages/All.aspx>>. Acesso em: 25 fev. 2020. As NDCs do Brasil estão disponíveis no site do Itamaraty. ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹³ A obrigação relacionada à ampliação do acesso aos ‘serviços de energia’ (*modern energy services*) está inserida na meta nº 1 do Objetivo no 7 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável (“7.1 By 2030, ensure universal access to affordable, reliable and modern energy services”). UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/>>. Acesso em: 20 fev. 2020. Na definição proposta pela Agência Internacional de Energia no relatório de Acesso à Energia (*Energy Access*) publicado em 2017, o acesso aos serviços de energia inclui (i) o acesso das famílias a um nível mínimo de eletricidade; (ii) o acesso das famílias a combustíveis e fogões de cozinha e aquecimento mais seguros e sustentáveis do que os fogões tradicionais de biomassa; (iii) acesso que possibilite atividade econômica produtiva; assim como (iv) o acesso a serviços públicos. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy Access Outlook 2017*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/download/direct/274>>. Acesso em: 20 fev. 2020. O Banco Mundial define o acesso aos ‘serviços de energia’ como a habilidade do consumidor final em utilizar os serviços que exigem equipamentos que consumam energia ou abastecimento energético adequado, citando, em rol não exaustivo, como eletricidade, serviços de cozinha, circulação de ar, refrigeração, carregamento de celular, aquecimento, comunicação, entretenimento, computação, entre outros. WORLD BANK GROUP. *Beyond Connections: Energy Access Redefined*. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/24368/Beyond0connect0d000technical0report.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020. Em publicação prévia sobre o tema, adotamos a definição utilizada pela Agência Internacional de Energia, considerando que o ‘acesso à energia elétrica’ e o ‘acesso às instalações de cozinha com uso de combustíveis limpos’ são os dois principais pilares presentes na definição de ‘acesso à energia’. Ver publicação prévia nesse sentido. VOLPON, Fernanda Torres; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Access to Modern Energy Services for the Promotion of Sustainable Development. In: LEAL FILHO, Walter *et al.* (Eds.). *Affordable and Clean Energy*. Basel: Springer Nature Switzerland AG, Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals, 2020, p. 1-12.

Nesse particular, examinou-se ainda no primeiro capítulo, alguns dos principais obstáculos para o avanço da participação das fontes renováveis na matriz energética global e local como, por exemplo, o custo do desenvolvimento tecnológico e construção dos empreendimentos, além da carente infraestrutura para transmissão e distribuição da eletricidade e os riscos que a instabilidade política gera para o estabelecimento e manutenção dos investimentos.

Desse modo, entendemos aplicável analisar as consequências resultantes da revogação de políticas energéticas previamente implementadas em que se assegurava a estabilidade regulatória sob uma perspectiva de respeito à segurança jurídica¹⁴ e aos direitos adquiridos. Assim, insere-se a energia renovável no debate do panorama energético internacional contextualizado com relações transnacionais plurilocalizadas e investimentos estrangeiros transfronteiriços. Nas últimas décadas, o Direito Internacional se desenvolveu e expandiu suas regras para lidar com diferentes áreas e tópicos envolvendo temas complexos como o setor energético. Por essa razão, o segundo capítulo aborda o Direito Internacional da Energia nessa particular conjuntura, destacando seus princípios e a convergência entre o direito público e o direito privado.

O segundo capítulo também proporciona um debate sobre a governança energética e a pluralidade de atores, panorama que acaba por formar uma arquitetura fragmentada. Sob essa ótica, não se pode deixar de analisar criticamente a ausência de uma organização com atuação verdadeiramente global no setor. Ademais, como não há um acordo multilateral cujo objeto precípua seja a energia renovável, nos parece relevante examinar quais são os mecanismos de proteção internacional dos investimentos estrangeiros no Direito Internacional que se aplicam a esse setor.

Assim, o terceiro capítulo foi estruturado para analisar os mecanismos de proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável. Nesse particular, é possível se alicerçar dos princípios de proteção garantidos pelo Tratado da Carta de Energia, no original, denominado *Energy Charter Treaty* (ECT).

¹⁴ “A segurança jurídica é tida como um dos fundamentos do Estado de Direito, em conjunto com a Justiça e o bem estar social. A base contratualista que originou uma das teorias sobre a gênese do Estado moderno assenta a democracia na cláusula comutativa: o Estado dá segurança, mas confere liberdade”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 130.

A proteção dos investimentos estrangeiros no ECT se revela um arquétipo de especial relevo, consolidando a necessidade de se compreender os conceitos fundamentais de investimento e investidor, além dos elementos que caracterizam o padrão de tratamento justo e equitativo, bem como a expropriação, abalizados nos recentes casos de arbitragem internacional de investimentos¹⁵ no setor de renováveis.

Como a amplitude geográfica do ECT ainda é relativamente limitada, justifica-se a análise do tratamento dos investimentos estrangeiros no setor energético também no âmbito dos acordos internacionais de investimentos, segmentando-se em acordos bilaterais, tratados com dispositivos de investimentos e nos processos de integração econômica regional. Não há registros de estudos na doutrina nacional que analisem os mecanismos de proteção de investimentos estrangeiros em energia renovável nesse quadro jurídico complexo convencional.¹⁶

Por essa razão, entendemos a fundamental relevância em se avaliar, quantitativamente, o número de acordos que contenham dispositivos sobre o setor energético para identificar se

¹⁵ Para compreensão dos aspectos extenuantes apresentados nas decisões arbitrais que compreendem investimentos em energia renovável, importante conceituar ‘arbitragem internacional de investimentos’. Destaca-se, em primeiro lugar, que o objeto desta arbitragem envolve uma disputa jurídica relacionada a ‘investimento’ entre Estado e um investidor. Quanto a esse aspecto, o investidor pleiteia uma indenização por suposta violação de seus direitos perpetrada seja (a) pela lei nacional de um Estado; (b) pela inobservância de princípios de tratamento previstos em um tratado ou, ainda, (c) pela inobservância de uma cláusula contratual disposta em contrato de investimentos. Daniel Tavela Luis apresenta uma abordagem conceitual sobre arbitragem de investimentos e, ao tratar das diferenças em relação à arbitragem comercial, destaca que enquanto a comercial se fundamenta na vontade das partes, “a arbitragem de investimentos é fundada sobre a noção de Estado e nas limitações a que ele se sujeita”, destacando o embasamento principiológico que se assemelha à arbitragem entre Estados no âmbito do Direito Internacional Público, já que se observa os limites impostos pela soberania estatal. Na análise conceitual sobre arbitragem de investimentos, o autor afirma que se trata de espécie do gênero de arbitragem. LUIS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. 189 f. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 60. Assim, existem dois pressupostos fundamentais para caracterizar a arbitragem como sendo ‘internacional’ e sobre ‘investimentos’: (a) *ratione personae*; e (b) *ratione materiae*, determinantes para a propositura da arbitragem. A ampla gama de casos de arbitragens de investimentos se concentra no *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* e, por conseguinte, torna-se importante destacar os referidos pressupostos no âmbito da Convenção de Washington, assinada em 1965. Assim, a arbitragem deve versar sobre ‘investimentos’ (*ratione materiae*). Como não há definição de ‘investimentos’ na Convenção de Washington, é relevante observar aquela inserida nos tratados de investimentos, sendo que tal definição não é uniforme. Enquanto alguns incluem uma definição baseada em ativos, outros em empresa. Em relação à jurisdição *ratione personae*, a arbitragem é internacional em razão do critério da nacionalidade. O artigo 25(2) da Convenção de Washington afirma que o investidor deve ser “nacional de outro Estado-Parte”, podendo ser pessoa natural ou jurídica. Para maiores detalhes, ver subcapítulo 8.1.1 abaixo.

¹⁶ No meio ambiente, aponta-se para análise empírica dos acordos de livre comércio sobre a compatibilização entre investimentos e meio ambiente realizada por Ely Caetano Xavier Junior. XAVIER JUNIOR. Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, 2018, p. 140-157.

há, qualitativamente, espécies de padronização de cláusulas.¹⁷ O objetivo precípua envolve conhecer eventuais mecanismos de proteção dos investimentos estrangeiros especificamente desenhados para o setor energético e, em última análise, para a energia renovável, em estruturas bilaterais e plurilaterais do Direito Internacional dos Investimentos.

No âmbito da integração econômica regional, a União Europeia desempenha papel de destaque na promoção do uso de fontes renováveis, em especial, na geração de energia elétrica. Após a assinatura da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e do Protocolo de Quioto, desenvolveu-se um quadro jurídico complexo centrado na ampliação das fontes renováveis na matriz energética comunitária e estatal, objeto do quarto capítulo. Priorizou-se por uma análise a partir do Tratado de Funcionamento da União Europeia com posterior exame das três diretivas que regularam o tema - Diretiva 2001/77/CE, 2009/28/CE e, a mais recente, 2018/2001.

A política energética europeia se tornou um exemplo de evolução normativa para a promoção do uso de fontes renováveis que irradiou para o sistema jurídico dos Estados-Membros, se tornando arquétipo para além da União Europeia. Nesse cenário, elencam-se as especificidades dos regimes de apoios às fontes renováveis estabelecidos pelos Estados-Membros, com autorização e reconhecimento da sua relevância nas diretivas da União Europeia. No quarto capítulo, relacionam-se os principais mecanismos de apoio e como tais regimes se compatibilizaram com o Direito da União Europeia (em matéria de auxílio de Estado) e com as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). Por último, destaca-se a relevância das regras para garantir o acesso prioritário ou garantido da energia elétrica produzida com uso das fontes renováveis às redes de transmissão e distribuição.

Desse modo, as idiossincrasias do processo de transição energética centralizam no Direito Interno dos Estados a formação de uma estrutura normativa direcionada ao desenvolvimento da energia renovável. Os objetivos nacionais para ampliar o uso das fontes renováveis na matriz energética local se tornaram ordem do dia na legislação estatal relativa aos assuntos energéticos.

¹⁷ A análise foi feita com base na experiência obtida em participação do projeto de mapeamento de BITs promovido pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, no original, denominada *United Nations Conference On Trade and Development* (UNCTAD) durante o período de setembro a dezembro de 2016. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Mapping of IIA Content*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping#section-6>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Contudo, grande parte das metas locais não foram alcançadas e, ainda, se tornaram alvo de revisão ou redução. Parece-nos que se trata de uma questão candente para concretização do processo de transição energética, a qual revela a relação de interdependência entre os compromissos assumidos no plano do Direito Internacional e a sua efetiva execução no plano do Direito Interno.

É, incontestemente, portanto, que a atração dos investimentos estrangeiros no setor de energia renovável depende, assim como em outros setores da economia, “da presença de múltiplas variáveis, entre as quais estão os custos transacionais e a estrutura do marco jurídico e regulatório”.¹⁸ A grande maioria das regras implementadas para o desenvolvimento das renováveis pressupõem o exercício do poder legiferante estatal sobre o setor elétrico, submetendo às variações substanciais amparadas pelo poder de regular. Assim, é preciso entender como a modernização do marco regulatório nacional¹⁹ pode garantir um ambiente favorável aos investimentos estrangeiros e alcançar efetivamente o desenvolvimento da energia renovável.

Para o exame do marco regulatório nacional foram selecionados os ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol a partir de uma análise comparativa a ser realizada nos capítulos cinco e seis. Em uma realidade de múltiplas jurisdições que poderiam ser analisadas, justificasse a eleição destes dois sistemas jurídicos a partir de uma díade de pressupostos.

Por um lado, o setor elétrico brasileiro passa por um processo de modernização²⁰ e precisa expandir para além da hidroeletricidade, compreendendo a exploração de outras fontes

¹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

¹⁹ Em linhas gerais, em uma perspectiva internacionalista, podemos entender como regulação toda medida que configure, direta ou indiretamente, efeitos sobre quaisquer ações no mercado, atrelando este termo a uma perspectiva econômica. De maneira mais específica, o conceito de regulação proposto por Alexandre Santos de Aragão no Direito Administrativo brasileiro pode ser compreendido como “o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas” restritivas ou indutivas que direcionam o comportamento dos destinatários da regulação. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 202-203. É preciso conceber a ‘regulação’ em um contexto de “reposicionamento das ordens jurídicas nacionais” com tendência para uma “universalidade do Direito” coordenando-se regras emanadas não apenas pelos Estados, mas agregando aquelas definidas por organizações internacionais. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 257-260. Assim, empregamos a ‘regulação’ e, por conseguinte, o ‘marco regulatório’ no âmbito do Direito Interno como o conjunto de medidas que extrapolam os determinantes pressupostos do poder estritamente normativo, formando uma estrutura mais ampla, que abrange instrumentos normativos e executivos focalizados em induzir o agente econômico ou restringi-lo.

²⁰ “A Portaria MME nº 187, de 4 de abril de 2019, instituiu Grupo de Trabalho – GT para aprimorar propostas que viabilizem a Modernização do Setor Elétrico fundamentados nos pilares da governança, da transparência e da estabilidade jurídico-regulatória”. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. Modernização do Setor Elétrico. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/secretaria-executiva/modernizacao-do-setor-eletrico/gt-modernizacao>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

renováveis. Faz-se necessário combater as questões críticas em relação à dependência da energia hídrica que se confrontam com os aspectos meteorológicos, a falta de infraestrutura e impactos ocasionados pela “transformação do curso aquático”.²¹ Nesse caso, a energia solar apresenta um potencial de exploração em praticamente todo o território brasileiro e deveria ser mais bem fomentada pela regulação nacional. As medidas de apoio às fontes renováveis ainda resultam pouco efetivas para uma representatividade da energia solar e eólica mais expressiva na matriz energética brasileira, fatores estes que serão examinados no quinto capítulo.²²

Por outro lado, a proeminência da Espanha no desenvolvimento da energia renovável, especialmente, quanto à fonte solar e às posteriores alterações no marco regulatório nacional tornaram este país um caso paradigmático no âmbito da regulação da energia renovável, o que será analisado no sexto capítulo.

O estudo da atual estrutura de regulação relativa à energia solar no Brasil e na Espanha nos revela um *turning point* entre a efetividade e fracasso do processo regulatório para materializar a diversificação da matriz energética e alcançar uma concreta transição energética global. Com a experiência espanhola, nos parece importante avaliar as valiosas lições para a estruturação de políticas e medidas no cenário brasileiro direcionando para o fomento das fontes renováveis no setor elétrico com um panorama regulatório bem arquitetado.

Sem embargo, a instabilidade regulatória resulta na incerteza a respeito dos institutos e instituições que formam parte do Direito Interno, fazendo com que a proteção dos investimentos estrangeiros se concretize por meio do sistema internacional conferido pelo Direito Internacional.²³

Além da redução da capacidade de atrair investimentos estrangeiros, entendemos que há dois principais reflexos da instabilidade do marco regulatório nacional: (i) a complexidade contratual que busca, em um ambiente de relações privadas, mitigar o ambiente de insegurança jurídica; e, principalmente, (ii) uma nova onda de arbitragens internacionais de investimentos

²¹ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. O que pode ser a participação privada na geração de energia elétrica a partir de usinas termonucleares: um exercício experimental de neointervencionismo público. In: FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., p. 759-783, 2015, p. 763.

²² O Brasil caminha por um processo de desconcentração do predominante uso dos seus recursos hídricos em prol do consumo mais significativo de outras renováveis (biomassa, eólica e solar) na geração de energia elétrica.

²³ Reconhece-se que “a proteção internacional, por seu turno, pode servir tanto como um sucedâneo para a falta de confiabilidade das instituições nacionais, quanto como um instrumento de homogeneização internacional de padrões de tratamento dos investimentos e de indução da adoção pelos Estados de sistemas internos de proteção”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

em virtude da alegada violação da expectativa legítima dos investidores para um marco regulatório estável.

Nesse aspecto, considerando que praticamente todas as transações de investimentos são concretizadas por meio de um instrumento contratual,²⁴ incrementa-se a complexidade dos contratos internacionais para abranger todas as possíveis contingências em um setor altamente regulado.²⁵ Esse é o objeto do sétimo capítulo que analisa a perspectiva da formação e complexidade contratual na esfera privada como mecanismo de resposta do mercado às instabilidades no sistema interno e proteção adicional às regras convencionais de Direito Internacional de Investimentos.

Eis, pois, que a análise dos efeitos negativos da instabilidade do marco regulatório se justifica, principalmente, pela atual repercussão das arbitragens internacionais de investimentos no setor de energia renovável especialmente protagonizada por investidores estrangeiros que concentraram seus investimentos na Espanha. Trata-se do tema do oitavo capítulo, em que serão examinados os principais fundamentos jurídicos dos tribunais arbitrais em quatorze laudos emitidos no seio das arbitragens de investimentos contra a Espanha sobre violação do padrão de tratamento justo e equitativo e, subsidiariamente, expropriação, no seio do ECT.

As alterações legislativas introduzidas no marco regulatório espanhol sob justificativa de crise econômica e déficit tarifário reformaram um ambiente regulatório marcado por um regime de remuneração atrativo para as fontes renováveis. Por detrás dos elementos justificadores apresentados pela Espanha, identificamos outros aspectos como mudanças no cenário político, excesso de capacidade de instalação de empreendimentos geradores de energia elétrica com uso de fontes renováveis, elevado grau de cobertura da demanda energética e altos custos para os consumidores. Não se pode deixar de registrar que muitos destes fatores foram consequências resultantes da estruturação de um mecanismo de fomento altamente atrativo e estruturado por parte do Estado sem atenção aos possíveis impactos econômicos que resultariam dos incentivos concedidos.²⁶

²⁴ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 159.

²⁵ A perspectiva de complexidade contratual incrementada em virtude dos riscos relacionados ao marco regulatório nacional se consubstancia no lastro da vivência profissional da autora na elaboração de contratos internacionais como membro do corpo jurídico de um banco de investimentos para transações de *project finance*, especialmente, no projeto Cerro Dominador que compreende uma Planta de energia solar concentrada de 110MW e 17,5 horas de armazenamento térmico. CERRO DOMINADOR. *Projects*. Disponível em: <<https://cerrodominador.com/en/home-en/>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

²⁶ A análise do marco regulatório espanhol resultou da pesquisa realizada como Pesquisadora Visitante do 'Instituto García Oviado' na *Universidad de Sevilla* sob orientação do Prof. Dr. Roberto Galán Vioque e participação de seminários que circunscreveram o tema de energia renovável e mudanças climáticas (na

A Espanha reafirma seu direito em alterar o ordenamento jurídico interno com fundamento no seu poder de regular, argumentando que os investidores não podem criar uma expectativa legítima de que o Direito Interno permaneceria imutável. O Supremo Tribunal Espanhol, por sua vez, justifica que os investidores assumiram o risco regulatório ao estabelecer seus investimentos em projetos de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis e, em virtude do risco assumido, deveriam suportar as modificações no regime de remuneração, já que o ordenamento jurídico interno não pode perdurar inalterável.

Nesse panorama, os interesses do Estado-regulador se contrapõem aos direitos dos investidores, os quais foram induzidos por um marco regulatório favorável e pela garantia de estabilidade prevista na própria regulação à época da decisão de investimento. Nos parece contraditório que aquele Estado que adotou medidas de apoio às fontes renováveis, adote medidas para revogá-las, um processo que contraria não somente todos os pressupostos de segurança jurídica e estabilidade, mas também o necessário desenvolvimento da energia renovável como parte do processo de transição energética global.

Nos deparamos, portanto, com um quadro em que há contraposição entre o poder de regular e a tutela da expectativa legítima de estabilidade dos investidores, sendo que esta se encontra amparada por princípios de proteção do Direito Internacional dos Investimentos. E, no cenário contemporâneo de proliferação de medidas regulatórias para promoção do uso de fontes renováveis de energia pelos Estados, torna-se fundamental questionar as balizas que contornam o poder dos Estados em alterar suas legislações.

Eis, pois, que alterações substanciais e repentinas do marco regulatório espanhol para promoção da geração de energia elétrica com uso fontes renováveis desencadeou uma nova onda de arbitragens de investimentos que pode ser capaz de criar o primeiro conjunto de sentenças arbitrais delineando os aspectos fundamentais para consolidar proteção dos investimentos estrangeiros neste setor.

Estabelecidas estas diretrizes, entendemos importante avaliar se o exercício do poder de regular dos Estados encontra limites²⁷ na proteção da tutela da expectativa legítima à

Universidad de Sevilla, “Seminario Iberoamericano sobre energías renovables y cambio climático” e “Jornadas Internacionales Sobre Autoconsumo Eléctrico” e, na Universidad de Málaga, “Jornadas internacionales sobre entes locales y transición energética”). INSTITUTO GARCIA OVIEDO. Instituto. Disponível em: <<http://iugo.us.es/>>. Acesso em: 24 fev. 2020.

²⁷ No Direito Brasileiro, cabe destacar trabalho publicado por André Rodrigues Cyrino sobre regulações expropriatórias que, na sua introdução, ressalta “a limitação da potestade estatal – em suas variadas manifestações – sempre esteve no centro dos objetivos do direito, e deve fazer parte da agenda de investigação de todos os seus estudiosos”. E, ainda, destaca que “a função regulatória, que se expande desde a Constituição, proliferando-se em leis que se capilarizam em resoluções de entidades administrativas em inúmeros setores da economia, é um dos

estabilidade do marco regulatório nacional estabelecida nas bases do Direito Internacional dos Investimentos. De outra sorte, concebe-se que as diferentes estruturas que compreendem regras aplicáveis aos investimentos estrangeiros no plano internacional e nacional, público e privado, interagem entre si e acabam por construir um quadro normativo complexo para promoção e proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável.²⁸

Trata-se do *ethos* da teoria de Jeswald Salacuse que compreende os três quadros normativos sobre investimentos estrangeiros (*the three laws of international investment*). O autor parte da premissa que os investimentos estrangeiros exercem uma força poderosa para o crescimento e prosperidade em escala global. Os Estados, sejam ricos ou pobres, dependem do capital estrangeiro associado à tecnologia e *know-how* como elementos vitais para consecução dos projetos em prol do desenvolvimento econômico.

A teoria de Jeswald Salacuse versa sobre as regras aplicáveis aos investimentos estrangeiros que emanam de três diferentes estruturas articuladas: (i) Direito Interno do Estado receptor e do Estado exportador do investimento; (ii) Direito dos Contratos, no âmbito da relação investidor-Estado ou entre investidores; (iii) Direito Internacional, compreendendo os tratados, costumes e, ainda, princípios gerais internacionais.²⁹ Compartilhamos a opinião de Jeswald Salacuse no sentido de que qualquer investidor estrangeiro precisará compreender a natureza e a complexa interação das três estruturas no intuito de estabelecer, gerenciar e proteger seus investimentos.³⁰

Enquanto o Estado busca tornar sua regulação mais atrativa para o investidor estrangeiro, este intenta minimizar os potenciais riscos gerados pelos desenvolvimentos cíclicos

principais meios de revelação da potestade estatal contemporânea, e talvez uma das que mais demande imposição de renovados limites”. CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-107, 2018, p. 81.

²⁸ Nesse sentido, como ressalta Stephan Schill que os acordos internacionais e a arbitragem internacional de investimentos exercem significativa influência sobre os Estados para que adaptem a seu ordenamento jurídico interno de Direito Público aos padrões dos acordos internacionais de investimentos. SCHILL, Stephan. W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law. Florença: *The European Journal of International Law*, vol. 22, n. 3, p. 875-908, 2011, p. 881.

²⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. vii.

³⁰ Jeswald Salacuse exemplifica como funciona a interação das três estruturas jurídicas: “*United Kingdom investors seeking to build a power plant in India to sell electricity to a state government’s public utility must evaluate and use the Indian laws governing the ability of foreigners to enter the power sector, the state regulations concerning the production and sale of electricity to state power companies, the contract between the contemplated power company and the state corporation, and the international rules protecting investor rights embodied in a variety of sources, including treaties between India and the United Kingdom*”. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. vii.

que afetam o cenário político-regulatório estatal.³¹ Nesse sentido, há uma justificativa para a análise jurídica e regulatória no que toca o dever dos investidores estrangeiros em considerar a integração destas três estruturas que se retroalimentam em um sistema em que uma influencia a outra. Busca-se, assim, um quadro resultante da articulação de tais estruturas em prol da promoção da energia renovável instrumentalizada pelos investimentos estrangeiros.

Há que se examinar, portanto, o estabelecimento dos investimentos estrangeiros neste setor sob uma perspectiva ‘extensiva’ do conteúdo do Direito Internacional dos Investimentos a partir de uma interpretação mais abrangente das dimensões do processo de investimento sistematizando todas as influências legislativas, regulatórias e arbitrais que podem afetar o estabelecimento, manutenção e proteção dos investimentos estrangeiros.³²

³¹ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 26.

³² Jeswald Salacuse explica que o Direito Internacional dos Investimentos é comumente compreendido como a lei aplicável ao investimento estrangeiro. Na sua interpretação, todavia, seria ramo do direito internacional que governa os investimentos, compreendendo toda a legislação ou regulação aplicável aos investimentos. Jeswald Salacuse ressalta, ainda, que a doutrina internacional, em geral, focaliza primordialmente no Direito Internacional quando trata da normativa do Direito Internacional dos Investimentos aplicável ao investimento estrangeiro. Na opinião do autor, conta-se apenas uma parte da história relacionada à proteção dos investimentos estrangeiros, sem explicar como os Estados hospedeiros utilizam a sua regulação para encorajar e regular o investimento estrangeiro e, tampouco, considera as técnicas e instrumentos jurídicos que os investidores e governos adotam para estruturar os investimentos e as transações. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. viii. Entende-se relevante ressaltar o que compreende o Direito Internacional dos Investimentos segundo a doutrina tradicional apontada por Jeswald Salacuse. Surya Subedi se refere como “*body of law*” que atrai a atenção não apenas dos acadêmicos como dos profissionais que atuam na área e das organizações da sociedade civil internacional e local. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2nd ed., 2012, p. 3-4. Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Ely Caetano Xavier Junior afirmam que “o Direito Internacional dos Investimentos representa um conjunto jurídico de regulação materialmente uniformizado”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Introdução. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 1-7, 2014, p. 7. Para Ely Caetano Xavier Junior a acepção de Direito Internacional dos Investimentos compreende “um sistema de normas que regulam os diferentes aspectos jurídicos envolvidos na relação entre investidores estrangeiros e Estados receptores”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 1.

1 OS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS E O DESENVOLVIMENTO DA ENERGIA RENOVÁVEL

1.1 A energia renovável na transição energética global e no desenvolvimento sustentável

A “energia é a força vital de qualquer economia”³³ e se encontra presente, direta e indiretamente, na história da evolução da humanidade.³⁴ Atualmente, a energia se insere em praticamente todas as atividades³⁵ da sociedade contemporânea e,³⁶ por essa razão, os assuntos energéticos estiveram, tradicionalmente, contextualizados em uma perspectiva nacionalista.³⁷

³³ “Energy is the lifeblood of any economy”. ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 1. De maneira similar, Kim Talus opina sobre o papel central da energia na economia moderna: “The energy industries have been among the most dominant industries of the twentieth century - the lifeblood of the modern economies, fueling both industrial and private consumption. The energy industry lies behind all societal functions”. TALUS, Kim. Internationalization of energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 3-17, 2014, p. 3.

³⁴ “Energy is a fundamental element of human society and history. In fact, one way to perceive history is in terms of the evolution (and accumulation) of methods for the production and use of energy”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 368.

³⁵ “Energy use is indispensable to human life”. BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for All?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 19.

³⁶ “energy engages almost every aspect of human endeavor in modern times”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 15.

³⁷ “Until comparatively recently, energy was seen to be very much a national issue and one that required little, if any, international legal intervention”. BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 203. “Energy used to be almost exclusively a matter of national concern subject to domestic law”. ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 36. “Historically, energy supply and consumption, with the possible exception of oil exploitation, were seen by nations to be matters solely of domestic concern”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 228. “energy and renewable energy production and supply is traditionally viewed by States as a domestic issue”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 358.

Por longas décadas, a indústria da energia foi explorada exclusivamente por autoridades locais³⁸ e sujeita às leis nacionais,³⁹ comumente concebida como um assunto puramente doméstico.⁴⁰ Em alguns casos, a energia se tornou tema de segurança nacional focalizando na garantia do suprimento energético com o intuito de se evitar rupturas de abastecimento. Em outros casos, a energia foi utilizada como mecanismo político⁴¹ para atingir objetivos estratégicos⁴² em potenciais conflitos internacionais.

Ao longo da história, verificamos que “qualquer acontecimento no campo energético pode ter consequências econômicas inestimáveis”⁴³ com repercussões transnacionais. O poder político, econômico e social que o setor energético representa revela incontestável premissa do protagonismo da energia na economia local e global. Diante do seu posicionamento de destaque, a energia tem sido alvo de medidas estatais protetivas, disputas público-privadas e corridas concorrenciais.

³⁸ Em algumas jurisdições, a atividade da energia pode ser explorada por uma empresa pública ou, em outros países, o setor energético é explorado pela indústria privada. BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 199-200. “*In the 1970s and early 1980s, the international oil companies (IOCs) were gradually excluded from key producing areas in the Middle East by a succession of actions by individual states, albeit with some coordination by the Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC). In their place, the host states established public sector monopolies over the oil industry*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 6. Segundo Arghyrios Fatouros, a indústria da energia não compreende apenas uma única, mas sim um aglomerado de indústrias. “*They are in fact linked by the high degree of substitutability in terms of result, i.e. energy (particularly in the form of electricity)*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 372.

³⁹ “*Ownership of these resources [oil, gas or coal] almost always lies with the state itself. Moreover, their development is a matter of such importance for the economies of the countries concerned that the state will play a major role in it, as regulator and often as an operator, either directly or indirectly. This prominent role for the state gives investment in the energy and natural resources industries a special sensitivity*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3.

⁴⁰ “*Energy markets started as small localised markets, eventually developing into nationally segregated electricity, coal and nuclear industries, with the supply and regulation of electricity provided by large, vertically-integrated, state-owned enterprises*”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 228.

⁴¹ Sobre a importância do petróleo para a economia, Marilda Rosado de Sá Ribeiro ressalta que “o petróleo, descoberto em meados do século XIX, acabou se tornando a fonte de energia que impulsionou o desenvolvimento econômico mundial”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 1.

⁴² BELYI, Andrei V. International energy law, institutions and geopolitics. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 624-650, 2014, p. 624.

⁴³ VOLPON, Fernanda T. O Mosaico Regulatório da Governança Energética Global. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); VOLPON, Fernanda T. (Colab.). *Governança Global*. Belo Horizonte: Arraes, vol.1, p. 249-268, 2017, p. 258.

Com o decorrer dos anos verificou-se, ainda, a sua interseção com programas de ordem ambiental e redução das mudanças climáticas,⁴⁴ incrementando a sua participação para concretização de um crescimento econômico com sustentabilidade. Nesse panorama, o estudo da energia ganhou ainda maior relevância para o Direito, o que faz com que seja pertinente o progresso de novas fontes energéticas, as relações entre atores estatais e privados, bem como a repercussão dessas relações a nível internacional.

Em um contexto focalizado no combate às mudanças climáticas e na necessidade de se impulsionar gradativamente o desenvolvimento sustentável, as fontes de energia renovável configuraram valioso alicerce para a transição energética global. Os compromissos assumidos no plano internacional como, por exemplo, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima,⁴⁵ no original, denominada *United Nations Framework Convention on Climate Change* (UNFCCC) e do Protocolo de Quioto, exigiram de muitos países a adaptação de suas políticas energéticas. As fontes renováveis se consolidaram como ferramenta de substancial apoio para redução das emissões de gases de efeito estufa com especial destaque na geração de energia elétrica e no setor de transporte.

A energia renovável também apresenta outras prerrogativas. Os aspectos econômicos e sociais representam a contribuição de tais fontes para a redução da dependência energética e ampliação da população aos modernos serviços de energia, o que impulsiona o aumento do seu consumo em países que não possuem reservas de combustíveis fósseis. Além disso, as fontes renováveis permitem expandir os serviços elétricos às populações mais carentes ou, ainda, àquelas isoladas e desconectadas dos sistemas de transmissão e distribuição.

É preciso examinar, por conseguinte, o desenvolvimento de um cenário energético cada vez mais consciente dos seus reflexos no meio ambiente e, nesse sentido, entender como a energia renovável se inseriu nesse contexto de forma gradativa. Nesse passo, as fontes renováveis passaram a desempenhar um protagonismo no desenvolvimento sustentável, se tornando peça chave para alcançar o 7º objetivo da Agenda 2030 para o Desenvolvimento

⁴⁴ “considering energy law from a practice perspective, governments have identified the importance of energy and put it high on the political agenda due both to its environmental impact and its economic consequences.” HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 34.

⁴⁵ BRASIL. Decreto Nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 01 jul. 1998.

Sustentável (Agenda 2030) da Organização das Nações Unidas (ONU) adotada pela 69ª sessão da Assembleia Geral realizada em 2015.⁴⁶

1.1.1 A inserção da energia renovável no cenário energético internacional

É importante destacar que “a necessidade e a utilidade da energia são conceitos de fácil percepção, entretanto sua definição é tarefa complexa que envolve diversos aspectos”.⁴⁷ Nesse particular, a energia pode ser concebida como “a capacidade de realizar trabalho ou de produzir calor, e constitui, normalmente, o resultado da queima de um combustível”.⁴⁸ Pode-se entender a energia, ainda, como “processo de transformação que envolve tecnologia e desdobramento econômico”.⁴⁹ De todo modo, sabemos que se ter energia elétrica é preciso promover “aplicação de uma tecnologia sobre a energia primária (fonte), transformando-a em energia secundária (energia elétrica, por exemplo)”.⁵⁰

De maneira geral, os produtos energéticos primários (*energy commodities*) ou fontes primárias de energia são os recursos naturais existentes na natureza e podem ser de origem fóssil ou renovável⁵¹ que estão na sua “forma bruta”.⁵² Já os produtos energéticos secundários configuram-se como resultado da transformação dos primários⁵³ como “é o caso da produção

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/Acesso em: 11 jun. 2019>>.

⁴⁷ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 97.

⁴⁸ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 13. Nesse sentido, “Energia é a capacidade de executar um trabalho, e ‘Trabalho’ significa deslocar, rodar, transformar.” EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *ABCD Energia: Formas de Energia*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/formas-de-energia>>. Acesso em: 16 mai. 2019. Nesse sentido, Arghyrios Fatouros assume que “*in physics, energy is usually defined as the ability to do work (or to produce change). There are several kinds of energy (for instance, kinetic, mechanical or chemical) and energy assumes many forms (heat, light, electricity, chemical energy and so on)*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 367.

⁴⁹ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98. Ressalta-se que, existem diversos tipos de energia como a “*energia elástica, energia potencial gravitacional, energia química, energia elétrica, energia térmica, energia cinética*”. EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *ABCD Energia: Formas de Energia*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/formas-de-energia>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

⁵⁰ ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 98.

⁵¹ “*Energy sources may be renewable (an energy source that can be easily replenished) or non-renewable (an energy source that is used up and cannot be recreated)*”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 226.

⁵² EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *ABCD Energia: Formas de Energia*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/formas-de-energia>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

⁵³ “*Secondary energy sources, such as electricity and hydrogen, are energy carriers, because they move energy in a useable form from one place to another*”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging

de energia eléctrica a partir da queima de combustíveis ou da produção de gasolina a partir do petróleo”.⁵⁴

Assim, no caso das fontes renováveis, a eletricidade resulta de um processo em que se transforma a fonte primária de energia (solar, eólica, geotermal, etc.) em produto energético secundário (energia eléctrica). Um dos principais objetivos das políticas energéticas se concentra em incentivar o uso de fontes renováveis na geração de energia eléctrica para diversificação da matriz eléctrica local. Por essa razão, nos interessa analisar a promoção do uso de fontes renováveis na geração de eletricidade, sem nos concentrarmos em outras atividades como aquecimento ou transporte.

Historicamente, o primeiro evento internacional, cujo tema principal compreendia a exploração de fontes renováveis de energia, ocorreu em 1961 em Roma, Itália, denominada “Conferência das Nações Unidas sobre Novas Fontes de Energia”.⁵⁵ Trata-se de um evento patrocinado pela ONU especialmente focado na energia solar, geotermal e eólica como novos recursos energéticos capazes de mitigar a incerteza do abastecimento e distribuição de energia para o futuro.

Destaca-se que tal conferência se configurou como a primeira vez na história que os Estados se congregavam coletivamente para discutir o futuro energético. A partir da Conferência das Nações Unidas sobre Novas Fontes de Energia, o tema das renováveis como instrumento das questões relativas ao abastecimento energético foi internacionalizado.⁵⁶

Posteriormente, a Declaração de Estocolmo, adotada no âmbito da Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de junho de 1972,⁵⁷ estabeleceu um plano de ação para que fossem analisadas as fontes de energia, novas tecnologias e padrões de consumo que estabelecessem um desenvolvimento mais efetivo dos

Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 226.

⁵⁴ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, p. 13.

⁵⁵ ROWLANDS, Ian H. Renewable energy and international politics. In: DAUVERGNE, Peter (Ed.). *Handbook of Global Environmental Politics*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 78-94, 2005, p. 80.

⁵⁶ “In 1961 it had sponsored a major conference on the subject in Rome. Events since then had emphasized the urgency of removing the dangerous uncertainty about the supply and distribution of energy. The decision to convene the present Conference was a recognition of that urgency. For the first time in history, nations were getting together to initiate a collective effort to master future energy supplies and diversify their base so as to provide a solid foundation for economic progress”. UNITED NATIONS. General Assembly A/CONF.100/11. *Report of the United Nations conference on new and renewable sources of energy*, 1981. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/25034/files/A_CONF-100_11-EN.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019. p. 52.

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e o meio ambiente*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio ambiente/>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

recursos energéticos a nível global.⁵⁸ A partir desse momento, passou a se reconhecer a dimensão internacional do impacto ambiental ocasionado pelo uso da energia.⁵⁹

A primeira medida intergovernamental que expressamente mencionou a energia renovável foi a Conferência da ONU sobre novas e renováveis fontes de energia realizada em Nairobi, Quênia,⁶⁰ durante o mês de agosto de 1981.⁶¹ Nesta conferência, adotou-se o programa de desenvolvimento e uso de fontes de energia novas e renováveis incentivando que sejam adotadas medidas nacionais e internacionais, inclusive quanto à conscientização da necessidade de se criar um órgão intergovernamental junto à ONU para este tema.⁶²

Com isso, a partir da década de 1980, a energia renovável passou a efetivamente integrar a agenda internacional, se consolidando como ferramenta para alcançar o progresso econômico com sustentabilidade.⁶³ Nesse sentido, destaca-se a contribuição do Relatório Brundtland,⁶⁴ denominação utilizada para fazer referência ao Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio

⁵⁸ UNITED NATIONS. General Assembly A/CONF.48/14/. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, 1972. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1>. Acesso em 30 mai. 2019. p. 19.

⁵⁹ "This message has been brought home to the international community in spectacular fashion in recent times by a series of oil tanker disasters and, in respect of nuclear energy, by the Chernobyl and Three Mile Island incidents". LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. Energy, international environmental law and sustainable development, In: LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. *Energy Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 34-77, 2006, p. 36.

⁶⁰ UNITED NATIONS. A/RES/36/193. *United Nations Conference on New and Renewable Sources of Energy*, 1981. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r193.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁶¹ "The first intergovernmental action specifically addressing renewable energy was the UN Conference on New and Renewable Sources of Energy in Nairobi in August 1981". WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 376.

⁶² "Stresses that there should be an intergovernmental body in the United Nations specifically concerned with new and renewable sources of energy and entrusted, inter alia, with guiding and monitoring the implementation of the Nairobi Programme of Action". UNITED NATIONS. A/RES/36/193. *United Nations Conference on New and Renewable Sources of Energy*, 1981. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r193.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁶³ "Whereas fossil fuels are those that are depletable and release carbon dioxide emissions to the atmosphere, sustainable energy resources are associated with energy produced and used in ways that support human development over the long term in all of its social, economic, and environmental dimensions". MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373-396, 2018, p. 375.

⁶⁴ "Relatório Brundtland" se refere ao Relatório da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento intitulado "Our Common Future". UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019. Destaca-se, ainda, que o desenvolvimento sustentável apresenta "três dimensões": "a econômica, a social e a ambiental". Não há, contudo, um consenso internacional a respeito do seu conteúdo, permanecendo a existência do debate sobre a sua natureza jurídica e seu papel. "Ideas about the use of international resources or environmental protection have since the 1990s been expressed in principles such as 'equitable utilisation' or 'sustainable development' that are wide enough to cover contrasting environmental and economic interests". KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 46-63, 2012, p. 49.

Ambiente e o Desenvolvimento intitulado “*Our Common Future*”⁶⁵ de 1987, o qual estabeleceu que o desenvolvimento sustentável é aquele que satisfaz as necessidades da sociedade contemporânea sem comprometer a habilidade de futuras gerações em satisfazer as suas próprias necessidades.⁶⁶ Tal definição apresenta dois elementos relevantes: (i) a ‘necessidade’, essencialmente inerente à população mais pobre - a quem as autoridades locais deveriam conceder maior prioridade - e (ii) a limitação imposta pela tecnologia e organização social sobre a habilidade de o meio ambiente satisfazer as necessidades da humanidade no presente e futuro.

A convergência dos temas ‘energia’ e ‘meio ambiente’ se evidenciou, especialmente, no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio 92),⁶⁷ momento em que a negociação da ‘Agenda 21’⁶⁸ vislumbrou, inicialmente, um capítulo

⁶⁵ UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019. “*The strongest influence on States’ renewable energy policies arguably is the concept of sustainable development, which has achieved significant international importance since the Brundtland Commission’s Report was released in 1987, defining it as ‘development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs’*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 376.

⁶⁶ “*Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It contains within it two key concepts: the concept of ‘needs’, in particular the essential needs of the world’s poor, to which overriding priority should be given; and the idea of limitations imposed by the state of technology and social organization on the environment’s ability to meet present and future needs*”. UNITED NATIONS. *Our Common Future*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 41.

⁶⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU*, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>>. Acesso em: 20 mai. 2019. “*The Rio Declaration does not expressly refer to energy or renewable energy. However, it may have an indirect impact on the development of the international law on renewable energy through its promotion of the principle of sustainable development*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 373. “*The Rio Declaration links long-term economic progress with environmental protection. Its relevance to this discourse is the provision that specifically encourages States to create new international partnerships with diverse stakeholders to adopt and transfer expertise and technologies on renewable sources and systems*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 383.

⁶⁸ Destaca-se que o Ministério do Meio Ambiente (MMA) no Brasil denomina a agenda elaborada no âmbito da ONU como ‘Agenda 21 Global’, enquanto que a ONU a denomina de ‘Agenda 21’, terminologia internacionalmente aceita e adotada nesta tese de doutorado. “A Organização das Nações Unidas – ONU realizou, no Rio de Janeiro, em 1992, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD). A CNUMAD é mais conhecida como Rio 92, referência à cidade que a abrigou, e também como “Cúpula da Terra” por ter mediado acordos entre os Chefes de Estado presentes. No âmbito da Rio 92, 179 países acordaram e assinaram a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado num documento de 40 capítulos, que constitui a mais abrangente tentativa já realizada de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, denominado “desenvolvimento sustentável”. O termo ‘Agenda 21’ foi usado no sentido de intenções, desejo de mudança para esse novo modelo de desenvolvimento para o século XXI. A Agenda 21 pode ser definida como um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica”. BRASIL.

sobre energia (capítulo 9). Ocorre, contudo, que a negociação da Agenda 21 na Rio 92 resultou em limitadas soluções energéticas sustentáveis.⁶⁹ No mesmo ano, a Assembleia Geral da ONU criou um comitê sobre desenvolvimento e uso de novas e renováveis fontes de energia, o qual sofreu, em 1998, uma fusão com o Comitê sobre Recursos Energéticos e Naturais para o Desenvolvimento.⁷⁰

Em 2002, a Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável⁷¹ ratificou o comprometimento com a sustentabilidade, afirmando a necessidade de mudança dos

Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Global*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

⁶⁹ BRADBROOK, Adrian. Energy and law: Searching for new directions. In: STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Eds.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*. Adelaide: University of Adelaide Press, p.13-34, 2016, p. 14. “*Agenda 21, another instrument developed at the 1992 Rio Conference, calls on States to encourage the environmentally sound use of new and renewable sources of energy by promoting research, development, and transfer of renewable energy systems, overcoming barriers to their development and use, coordinating energy plans regionally and sub-regionally, and building capacity for the development, introduction, and promotion of new and renewable sources of energy*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 374. “*Financing energy for sustainable development is a crucial element of the challenges posed by the implementation of Agenda 21. Although it was considered crucial for development, energy for sustainable development was not explicitly addressed at the Rio Conference. However, energy, in relation to the environment and development, has been specifically treated in Agenda 21, in chapters 9 (‘Atmosphere’), 14 (‘Agriculture and Rural Development’), and 7 (‘Human Settlements’)*”. GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 222. A promoção do desenvolvimento sustentável se tornou uma das áreas do programa previsto no Capítulo 9 da Agenda 21 Global. Como parte desse objetivo, o “Desenvolvimento, eficiência e consumo da energia” se configurou como um dos seus principais objetivos, almejando-se “reduzir os efeitos adversos do setor da energia sobre a atmosfera mediante a promoção de políticas ou programas, conforme apropriado, para aumentar a contribuição dos sistemas energéticos ambientalmente seguros e saudáveis e com uma relação eficaz de custo e efeito, particularmente os novos e renováveis, por meio da produção, transmissão, distribuição e uso da energia menos poluente e mais eficiente”. Neste momento, inicia-se um movimento de percepção da relevância da energia renovável para a promoção do desenvolvimento sustentável. BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Global - Capítulo 9. Proteção da Atmosfera*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap09.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 3. Parte-se da concepção de que não é possível alcançar o desenvolvimento sustentável sem energia sustentável. Nesse sentido “*Sustainable development is not possible without sustainable energy*”. UNITED NATIONS. *Sustainable Energy for All: Energy powers opportunity. It transforms lives, economies, & our planet*. Disponível em: <<https://www.un.org/millenniumgoals/pdf/SEFA.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 1.

⁷⁰ Tedd Mose classifica os instrumentos e conferências internacionais que envolvem o tema da energia em “hard law” e “soft law”: “(i) *three examples of hard law instruments of international renewable energy governance: the Statute of the International Renewable Energy Agency (IRENA Statute); the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC); and the Energy Charter Treaty (ECT) and (ii) some soft law mechanisms of renewable energy governance, namely: the International Energy Charter; the Rio Declaration on Environment and Development; the Johannesburg Declaration; and the Sustainable Energy for All Initiative*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 374-375.

⁷¹ UNITED NATIONS. General Assembly. A/CONF.199/20, *Report of the World Summit on Sustainable Development, 2002*. Disponível em: <<https://undocs.org/A/CONF.199/20>>. Acesso em: 30 mai. 2019. “*This Declaration was made under the auspices of the World Summit on Sustainable Development in Johannesburg in 2002 and included a Plan of Implementation. It is lauded for containing the most extensive provisions supporting technology transfer and the development, implementation, and commercialization of renewable energy. Moreover,*

padrões no consumo e de produção nas atividades da sociedade contemporânea. Nesse documento, a inserção da energia renovável no centro da agenda internacional foi registrada.⁷² Além disso, propôs-se o aumento da participação das fontes renováveis na matriz energética global, reconhecendo o papel que as metas e políticas regulatórias nacionais desempenham para gerar um desenvolvimento mais sustentável.⁷³

Em 2004, a ONU estabeleceu o mecanismo de colaboração entre agências denominado “UN-Energy”⁷⁴ com foco no acesso à energia, energia renovável e eficiência energética.⁷⁵ Nessa

the Declaration aggregates issues related to global renewable energy such as energy security, climate change, economic growth, and sustainable development for the first time The Declaration and its Johannesburg Plan of Implementation are recognized as the most extensive soft law instruments in not only supporting renewable energy development but also in the international promotion of domestic energy policy”. MOSE, Tedd Moya. *Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy*. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 383-384. “*The outcomes of CSD-9 and the WSSD Johannesburg Plan of Implementation (Johannesburg Plan) on energy for sustainable development have focused attention on certain key energy issues as well as options and strategies to address them*”. GURURAJA, Jayarao. *Financing Energy for Sustainable Development*. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 222.

⁷² “*Changing unsustainable patterns of consumption and production*”. UNITED NATIONS. General Assembly. A/CONF.199/20, *Report of the World Summit on Sustainable Development*, 2002. Disponível em: <<https://undocs.org/A/CONF.199/20>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 13. Nesse sentido, Sybille Roehrkasten reforça “*this summit placed renewable energy on the international agenda and also induced both governments to engage in global renewable energy governance*”. ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 23.

⁷³ “*With a sense of urgency, substantially increase the global share of renewable energy sources with the objective of increasing its contribution to total energy supply, recognizing the role of national and voluntary regional targets as well as initiatives, where they exist, and ensuring that energy policies are supportive to developing countries’ efforts to eradicate poverty, and regularly evaluate available data to review progress to this end*”. UNITED NATIONS. General Assembly. A/CONF.199/20, *Report of the World Summit on Sustainable Development*, 2002. Disponível em: <<https://undocs.org/A/CONF.199/20>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 16. Destaca-se, no Direito Brasileiro, a ideia de ‘desenvolvimento sustentável’ extraída da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1-DF, j. 01.09.2005, que declarou como “princípio do desenvolvimento sustentável” possui caráter “ eminentemente constitucional”, que “encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1-DF. Tribunal Pleno, julgamento 01 set. 2005. DJe 03 fev. 2006. Ver também, Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42, j. 28.02.2018, que proporciona um histórico acerca do ‘desenvolvimento sustentável’. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42. Plenário, julgamento 28 fev. 2018. DJe 03 fev. 2006. No desenvolvimento do conceito do referido princípio, afirma-se que se encontra, conforme expõe André Rodrigues Cyrino, na justa necessidade de se obter o equilíbrio entre “preservação do meio ambiente” e “princípio da livre iniciativa e o princípio do desenvolvimento econômico”. CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Ed. Processo, 2018, p. 131.

⁷⁴ “*UN-Energy, the United Nations’ mechanism for inter-agency collaboration in the field of energy, was established in 2004 as a subsidiary of the Chief Executive Board, reporting to the High-Level Committee on Programmes, to help ensure coherence in the United Nations system’s multidisciplinary response to the World Summit on Sustainable Development (WSSD), and to support countries in their transition to sustainable energy*”. UNITED NATIONS. UN-Energy. *Mission and Activities*. Disponível em: <<https://www.un-energy.org/mission-and-activities/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁷⁵ “*Further, UN-Energy was established in 2004 to promote collaboration in relation to energy development with a focus on access to energy, renewable energy, and energy efficiency. UN-Energy is not a separate UN agency in itself, rather it is an ‘inter-agency mechanism’ working to coordinate other UN bodies and international*

esteira, em 2011, o programa “*Sustainable Energy for All*”⁷⁶ criado pela ONU determinou três marcos principais: (i) assegurar acesso universal aos serviços de energia; (ii) dobrar a taxa global de eficiência energética; e (iii) duplicar a participação da energia renovável na matriz energética global.⁷⁷

A Assembleia Geral da ONU designou, ainda, que 2012 seria o “*International Year of Sustainable Energy*”,⁷⁸ reiterando os princípios da Rio 92 e da Agenda 21 e enfatizando a necessidade de investimento para ampliar o acesso à energia limpa. Do mesmo modo, determinou-se que a década de 2012 a 2024 deveria ser considerada como a “*Decade of Sustainable Energy for All*”,⁷⁹ reiterando a importância da energia renovável para o desenvolvimento sustentável.⁸⁰

É preciso citar que, no cenário internacional contemporâneo, a Agenda 2030 tornou-se o marco internacional para o progresso da energia renovável⁸¹ na transição energética e no desenvolvimento sustentável. Em outras palavras, a ONU atribui à energia um papel central

organizations, including the Food and Agriculture Organisation (FAO), UNEP, and UN Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO)”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 377.

⁷⁶ “The UN Secretary-General’s SE4ALL initiative is focused on the cooperation and collaboration of States, international organizations, the private sector, and civil society on the goals of enabling access to modern energy services, doubling the rate of energy efficiency, and doubling the share of renewable energy in the global energy mix to thirty-three per cent by 2030. (...)The initiative is focused on developing countries. Eighty-one developing countries have voluntarily joined and undergone assessments to determine the main challenges for, and opportunities to achieving the goals. However, action is dependent on State governments to design and implement reforms to attract new investments and financial support. As such, SE4ALL ‘envisages bottom-up domestic action to achieve top- down overarching international goals’”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 374-375. “In 2012, the SE4ALL recognised energy as a key driver for sustainable development. It focuses on the cooperation and collaboration of States, international organizations, the private sector, and civil society, inter alia, for doubling the share of renewable energy in the global energy mix to 33 per cent by 2030. One of its core objectives is to create supportive mechanisms to overcome the barriers to any practical implementation of sustainable energy.” MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 384.

⁷⁷ REDGWELL, Catherine. International Regulation of Energy Activities. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 13-136, 2016, p. 16.

⁷⁸ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/65/151*, 2011. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/151>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 1.

⁷⁹ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/67/215*, 2012. Disponível em: <<https://undocs.org/en/A/RES/67/215>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 1.

⁸⁰ REDGWELL, Catherine. International Regulation of Energy Activities. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 13-136, 2016, p. 16.

⁸¹ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/69/315*, 2012. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/69/315>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 1.

para que os objetivos de desenvolvimento sustentável sejam alcançados,⁸² evidenciando a relação intrínseca entre a energia e outras metas estabelecidas nesta agenda.⁸³

Revela-se, portanto, que os antecedentes históricos não tão recentes⁸⁴ compreendem uma miríade de eventos internacionais e medidas governamentais e intergovernamentais focalizados na promoção da energia renovável, encorajando uma verdadeira transição energética. Para uma melhor compreensão do que consiste esse processo, é preciso discorrer sobre a aceção de energia renovável e quais são as fontes energéticas inseridas neste conceito.

1.1.2 A definição de fontes renováveis de energia no Direito Internacional e Interno

As fontes primárias de energia se distinguem em duas categorias: (a) convencionais e (b) renováveis.⁸⁵ As primeiras consistem essencialmente em recursos naturais cuja origem são precipuamente fósseis e passíveis de esgotamento,⁸⁶ incluindo diversos tipos de carvão e hidrocarbonetos, como petróleo e gás natural.⁸⁷

⁸² “Sustainable development involves promoting the integration of social, economic, and environmental considerations for the benefit of future generations, all three of which are facilitated by a shift away from energy policies based on finite fossil fuel resources to renewable energy. Sustainable development is linked with the concept of ‘green growth’, which involves a model of economic growth that aims to simultaneously achieve poverty reduction, job creation, environmental sustainability, and resource security”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 376.

⁸³ UNITED NATIONS. General Assembly *Resolution A/73/267*, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019. p. 2.

⁸⁴ José Ignacio Morales Plaza destaca que o desenvolvimento sustentável não constitui um tema novo, mas se cobra maior atuação dos Estados para sua persecução no plano internacional. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 15.

⁸⁵ “Renewable energies, unlike the ones listed, are available in infinite supply, as they have natural forces that continuously replenish them”. LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: Yearbook of European Law, vol. 35, n. 1, p. 621–666, 2016, p. 621-622. “Renewable energy derives from naturally regenerative or practically inexhaustible resources.” ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 23. “renewable, ‘green’ or ‘clean’ energy (i.e. generated from naturally replenished resources such as solar or wind)”. ESPA, Ilaria; DURAN, Marín. Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program. Oxford: *Journal of International Economic Law*, vol. 21, issue 3, p. 621–653, 2018, p. 622.

⁸⁶ “As their appellation suggests, they consist of fossilized matter (plants and indeed entire forests) present in the soil and subsoil in various forms”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 369.

⁸⁷ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 369.

As fontes renováveis, por outro lado, não dependem do uso exaustivo dos recursos disponíveis na natureza⁸⁸ e possuem um impacto contaminante quase nulo e reversível.⁸⁹ A sua produção envolve, normalmente, a aplicação de métodos e instrumentos focalizados no aproveitamento dos recursos naturais como vento, água, sol, ondas e até a energia interna do planeta.⁹⁰ Como a energia em si não pode ser considerada como renovável, utiliza-se a terminologia das renováveis relacionada às fontes (sol, vento, água, entre outras), as quais podem, de fato, se regenerar.⁹¹

Preocupamo-nos em estudar as fontes primárias de energia cuja gênese se configura como renovável, particularmente, a energia solar. Segundo o estatuto da Agência Internacional para Energia Renovável, no original, denominada *International Renewable Energy Agency* (IRENA),⁹² a energia renovável compreende todas as formas de geração de energia a partir de fontes renováveis que utilizam mecanismos sustentáveis, incluindo, *inter alia*, a bioenergia

⁸⁸ José Ignacio Morales Plaza conceitua a energia renovável como aquela “*que se obtiene de fuentes naturales inagotables, bien por la inagotable disponibilidad del recurso o bien porque son capaces de regenerarse por medios naturales*”. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 16.

⁸⁹ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Programa de Doctorado) – Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España, p. 39.

⁹⁰ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 370. Pode-se verificar certa ironia quanto ao fato de que, parte da energia concebida como renovável pela regulação mais recente está entre um dos métodos historicamente tradicionais utilizados para produção energética como é o caso da energia mecânica produzida pelo vento e água. “*After animal energy, the most ancient method for the production of energy is the utilization of the mechanical energy derived from harnessing natural phenomena, such as the wind (for the motion of boats and windmills) and water (water mills, water wheels etc.)*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 368. Arghyrios Fatouros afirma que “*the burning of wood, coal and other combustible substances has provided light and heat since time immemorial*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 369.

⁹¹ “*La energía, en cualquiera de sus formas, no puede crearse ni destruirse, sólo se puede alterar, mutando su forma de manifestación; aunque la energía no se pierde, sí se degrada en un proceso irreversible*”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Programa de Doctorado) – Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España, p. 39.

⁹² Adota-se a denominação em português utilizada pelo Ministério das Relações Exteriores para a versão em inglês de ‘*International Renewable Energy Agency*’ na Nota 10 publicada no dia 19 jan. 2018. BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Brasil dá início a processo de adesão à IRENA*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

(*biomassa*), energia geotérmica,⁹³ energia hidráulica,⁹⁴ térmica oceânica, energia proveniente das ondas e da maré, energia solar e energia eólica.⁹⁵

É importante citar que a literatura internacional faz referência à aceção de energia renovável proposta pelo estatuto da IRENA,⁹⁶ que se consolidou como conceito mais aceito na esfera doutrinária.

No Direito da União Europeia, a definição proposta pela mais recente Diretiva 2019/944 de 05 de junho de 2019,⁹⁷ em linha com a última Diretiva 2018/2001, de 11 de dezembro de

⁹³ De acordo com a Diretiva 2018/2001, a “energia geotérmica”: a energia armazenada sob a forma de calor debaixo da superfície sólida da Terra”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Artigo 2º, §3º. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 nov. 2019, p. 21.

⁹⁴ A energia hidráulica também é conhecida como energia hidrica, hidrelétrica ou hidroeletricidade. Segundo a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL): “A energia hidrelétrica é gerada pelo aproveitamento do fluxo das águas em uma usina na qual as obras civis – que envolvem tanto a construção quanto o desvio do rio e a formação do reservatório – são tão ou mais importantes que os equipamentos instalados”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 53. “A hidroeletricidade é proveniente da energia da água dos rios que flui de elevações mais altas para mais baixas”. BRASIL. Câmara do Deputados: Conselho de altos estudos e avaliação tecnológica. *Energias Renováveis: Riqueza Sustentável ao alcance da Sociedade*, 2012. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/acamara/estruturaadm/altosestudios/pdf/energias-renovaveis-riqueza-sustentavel-ao-alcance-da-sociedade>>.

Acesso em: 16 mai. 2019.

⁹⁵ “Article III. In this Statute the term “renewable energy” means all forms of energy produced from renewable sources in a sustainable manner, which include, inter alia: 1. bioenergy; 2. geothermal energy; 3. hydropower; 4. ocean energy, including inter alia tidal, wave and ocean thermal energy; 5. solar energy; and 6. wind energy”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Statue of IRENA*, 2009. Disponível em: <https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/IRENA_FC_Statute_signed_in_Bonn_26_01_2009_incl_declaration_on_further_authentic_versions.pdf?la=en&hash=635C494208DD405EA8CD2BDB04414FEC40F55F1>. Acesso em: 14 abr. 2018.

⁹⁶ A definição proposta por Martijn Wilder e Lauren Drake se coaduna com o disposto no estatuto da Agência Internacional de Energia Renovável, no original denominada *International Renewable Energy Agency* (IRENA): “Renewable energy includes all forms of energy produced from renewable sources in a sustainable manner, including bioenergy, geothermal energy, hydropower, ocean energy (including tidal, wave, and ocean thermal energy), solar energy, and wind energy”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 361. Nesse mesmo sentido, Alexandra Wawryk apresenta a definição de energia renovável “well-known renewable energy sources include hydro-electric power, wave, tide, ocean, wind, solar and geothermal energy”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 226. Rafael Leal-Arcas e Stephen Minas também seguem a definição adotada pelo estatuto da IRENA: “They include solar, wind (onshore or offshore), wave, hydro, tidal, geothermal, and biomass sources.” LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: Yearbook of European Law, vol. 35, n. 1, p. 621–666, 2016, p. 622. Sybille Roehrkasten define fontes renováveis como “that originates from direct and indirect solar radiation (such as photovoltaics, wind energy, hydropower and biomass), tidal energy and geothermics.” ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 23.

⁹⁷ EUROPEAN UNION LAW. *Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/EU*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0944>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

2018, relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis, estabelece que as renováveis são todas fontes de energia que não são fósseis, exemplificando-as a partir de um rol não-exaustivo que inclui a “energia eólica, solar (térmica e fotovoltaica) e geotérmica, energia ambiente, das marés, das ondas e outras formas de energia oceânica, hidráulica, de biomassa, de gases dos aterros, de gases das instalações de tratamento de águas residuais, e biogás”.⁹⁸

Como a definição inserida nas referidas diretivas não remete ao direito interno dos Estados-Membros, o Tribunal de Justiça da União Europeia entende que se criou um conceito autónomo de fontes renováveis de energia, parte do Direito da União Europeia, a ser interpretado de maneira uniforme em todos Estados-Membros.⁹⁹

De maneira análoga à definição inserida no estatuto da IRENA, a Empresa de Pesquisa Energética (EPE)¹⁰⁰ no Brasil define as fontes renováveis como “hídrica (energia da água dos rios), solar (energia do sol), eólica (energia do vento), biomassa (energia de matéria orgânica), geotérmica (energia do interior da Terra), oceânica (energia das marés e das ondas) e hidrogénio (energia química da molécula de hidrogénio)”.¹⁰¹

No âmbito do Direito Administrativo espanhol, nenhuma das leis que regulam o setor elétrico (*Ley 54/1997* de 27 de novembro de 1997 e *Ley 24/2013* de 26 de dezembro de 2013), tampouco os seus decretos estabeleceram uma definição de fontes renováveis de energia.

Desse modo, faz-se necessário recorrer ao rol exemplificativo introduzido pelo *Real Decreto* 413/2014 de 06 de junho de 2014. Tal decreto regulamentou a atividade de geração de energia elétrica beneficiada do regime de remuneração especial e propôs, no seu artigo 2º, as fontes renováveis são aquelas “não consumíveis, biomassa, energia procedente de resíduos não

⁹⁸ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Artigo 2º, §1º. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 nov. 2019, p. 21.

⁹⁹ “A este respecto, es preciso observar que la Directiva 2009/28 (LCEur 2009, 780) no remite a los Derechos nacionales en lo que respecta al significado de los términos «energía hidráulica» en cuanto se refieren a una energía procedente de fuentes renovables, en el sentido de esta Directiva. De ello se deduce que, a efectos de la aplicación de dicha Directiva, debe considerarse que esos términos designan un concepto autónomo del Derecho de la Unión, que ha de interpretarse de manera uniforme en el territorio de todos los Estados miembros”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Sentencia del Tribunal de Justicia TJCE/2017/68*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=188523&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=18568>>. Acesso em: 19 fev. 2020.

¹⁰⁰ A Empresa de Pesquisa Energética foi criada pela Lei 10.847, de 15 de março de 2004. BRASIL. Lei 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

¹⁰¹ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *ABCDEnergia: Fontes de Energia*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/fontes-de-energia>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

renováveis, e a energia a partir do tratamento e redução dos resíduos das atividades agrícolas, pecuária e serviços”.¹⁰²

A *Ley 2/2007* da Andaluzia, de 27 de março de 2007 que incentivou o desenvolvimento das energias renováveis e a economia energética na região, propõe uma definição. Segundo o artigo 2º da *Ley 2/2007*, tratam-se de fontes de energia primária com carácter renovável, qualificadas como inesgotáveis ou que apresentam uma capacidade de regeneração a curto prazo e permite sua utilização ao longo do tempo de maneira previsível. A referida lei inclui a energia solar, eólica, hidráulica, biomassa, geotérmica, energia das marés e ondas e energética térmica no rol de fontes renováveis de energia.¹⁰³

Nesse contexto, é preciso pontuar que, nas definições positivadas tanto no Direito Internacional como no Nacional, não se insere a energia nuclear que, apesar de limpa, não se caracteriza como renovável.¹⁰⁴ Por essa razão, entendemos pela relevância em apresentar as justificativas que levaram à exclusão da energia nuclear do rol de fontes renováveis de energia.

a) a exclusão da energia nuclear

Em que pese a energia nuclear ser considerada como fonte de energia limpa, pois emite “baixos volumes de gás carbônico (CO₂), principal responsável pelo efeito estufa e, em

¹⁰² “energías renovables no consumibles, biomasa, energía procedente de residuos no renovables, y la obtenida a partir del tratamiento y reducción de los residuos de los sectores agrícola, ganadero y de servicios”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Programa de Doctorado) – Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Sevilla, España, p. 41.

¹⁰³ “Fuentes energéticas primarias de carácter renovable: aquellas fuentes no agotables o que presentan una capacidad de regeneración tal a corto plazo que permite su utilización en el tiempo de manera predecible. A los efectos de esta Ley se distinguen como tales las siguientes: solar, eólica, hidráulica, biomasa, geotérmica, mareomotriz, energía de las olas y energía térmica del ambiente”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía*. Artículo 2º. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/05/07/pdfs/A19568-19578.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. 1

¹⁰⁴ Destaca-se que, atualmente, a participação da energia gerada a partir de plantas nucleares representa aproximadamente dez por cento da matriz energética global, o que a posiciona, em 2017, como a segunda fonte limpa para produção de eletricidade após a hidrelétrica. A Agência Internacional de Energia destaca “*the geography changes as generation in China overtakes the United States and the European Union before 2030. Some two-thirds of today’s nuclear fleet in advanced economies is more than 30 years old. Decisions to extend, or shut down, this capacity will have significant implications for energy security, investment and emissions*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018: Executive Summary*, 2018. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/download/summary/190?fileName=English-WEO-2018-ES.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2019. “*Electricity generated from nuclear, the second-largest source of low-carbon electricity after hydro power, has stagnated over the past two decades, with its share of generation declining from 17% in 2000 to 10% in 2017*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019. p.292.

consequência, pelo aquecimento global”,¹⁰⁵ tanto a posição da doutrina internacional, como da IRENA é no sentido de excluir esta fonte no rol de renováveis.¹⁰⁶

A definição de renováveis inclui a aceção de fontes consideradas como recursos que não são esgotáveis, que se regeneram, se renovam e se encontram disponíveis na natureza ao longo prazo. Nesse particular, são fontes de energia que não dependem da disponibilidade de

¹⁰⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 119.

¹⁰⁶ “*Nuclear energy provides access to clean, reliable and affordable energy, mitigating the negative impacts of climate change*”. INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY. *Energy*. Disponível em: <<https://www.iaea.org/topics/energy>>. Acesso em: 06 jun. 2019. Alexandra Wawryk esclarece que a energia nuclear não se trata de energia renovável “*Non-renewable energy sources include the fossil fuels — oil, natural gas, and coal — and uranium (used to make nuclear energy)*”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 226. Nesse mesmo sentido, Rafael Leal-Arcas e Stephen Minas ressaltam que “*Renewable energy comes from sustainable sources of energy, as opposed to conventional sources of energy such as oil, natural gas, coal, and uranium.*” LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: Yearbook of European Law, vol. 35, n. 1, p. 621-666, 2016, p. 621. Sybille Roehrkasten divide as fontes de energia em (i) combustíveis fósseis (carvão, petróleo e gás natural); (ii) combustíveis nucleares (urânio, deutério e lítio); e (iii) energia renovável (derivada direta e indiretamente da radiação solar (termo solar, fotovoltaicas, biomassa, eólica, hidrelétrica, energia das ondas e das correntes marítimas), energia das marés, geotérmica). ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 24. Interessante observação que Ted Moya Mose faz em sua contribuição, notadamente, que a energia nuclear pode ser inserida na definição de recursos energéticos sustentáveis, não se incluindo, contudo, na definição de energia renovável “*sustainable energy resources are associated with energy produced and used in ways that support human development over the long term in all of its social, economic, and environmental dimensions. This definition may include other low-carbon sources of energy like nuclear power. Renewable energy, on the other hand, refers only to primary energies that are regarded as inexhaustible in terms of human (time) dimensions. These energies form the focus of this article and are solar, geothermal, wind, tidal, and (in some cases) hydropower*”. MOSE, Tedd Moya. *Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy*. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373-396, 2018, p. 375-276. Energia nuclear, segundo Arghyrios Fatouros, envolve explosões controladas da separação de núcleos de átomos para provocar calor e, assim, outras formas de energia. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 369. A ANEEL tenta simplificar a explicação quanto à “a maior aplicação do átomo de urânio é em usinas térmicas para a geração de energia elétrica – as chamadas usinas termonucleares. De uma maneira muito simplificada, neste caso o núcleo do átomo é submetido a um processo de fissão (divisão) para gerar a energia. Se a energia é liberada lentamente, manifesta-se sob a forma de calor. Se é liberada rapidamente, manifesta-se como luz. Nas usinas termonucleares ela é liberada lentamente e aquece a água existente no interior dos reatores a fim de produzir o vapor que movimenta as turbinas. As usinas termonucleares são dotadas de uma estrutura chamada vaso de pressão, que contém a água de refrigeração do núcleo do reator (onde fica o combustível nuclear). Essa água, altamente radioativa, circula quente por um gerador de vapor, em circuito fechado, chamado de circuito primário. Esse circuito primário aquece uma outra corrente de água que passa pelo gerador (circuito secundário) e se transforma em vapor, acionando a turbina para a geração de energia elétrica. Os dois circuitos não têm comunicação entre si. Pesquisadores buscam obter energia também a partir da fusão do núcleo de vários átomos. Até agora, porém, essa tecnologia não é usada em escala comercial.” AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 118.

reservas naturais como ocorre com o minério urânio, principal matéria-prima para a produção da energia nuclear,¹⁰⁷ que é uma fonte esgotável e, por essa razão, não renovável.¹⁰⁸

A energia nuclear também não se caracteriza como renovável do ponto de vista ambiental, haja vista os riscos ambientais associados ao seu uso, especialmente atrelados à armazenagem e descarte do lixo radioativo. A potencialidade para eventuais acidentes nucleares torna um risco não só ambiental, como para toda a comunidade que vive em torno de tais instalações.¹⁰⁹

Na Alemanha, por exemplo, o impacto gerado pelo desastre ocorrido com a japonesa *Fukushima Daiichi* fez o governo alemão repensar a estratégia energética com relação às plantas nucleares, provocando a desativação de várias plantas existentes na Alemanha.¹¹⁰

É preciso reconhecer, de todo modo, que a energia nuclear se consolidou como um ramo singular no Direito da Energia. Nessa conjuntura, foram assinadas convenções, padrões técnicos e códigos de conduta, sobretudo, sob os auspícios da Agência Internacional de Energia Atômica, no original, denominada *International Atomic Energy Agency* (IAEA)¹¹¹ e Agência de Energia Nuclear da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).¹¹²

¹⁰⁷ Segundo a ANEEL, além do minério de urânio, também há outro combustível utilizado pelas centrais nucleares. “Existem também as fontes secundárias, compostas por: material obtido com a desativação de artefatos bélicos; estoques civis e militares; reprocessamento do urânio já utilizado e sobra do material usado no processo de enriquecimento”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 122

¹⁰⁸ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Fontes de Energia*. Disponível em: <www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/fontes-de-energia>. Acesso em: 19 fev. 2020.

¹⁰⁹ WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 245-246. Nesse sentido, Rafael Leal-Arcas e Andrew Filis esclarecem “while nuclear energy is an alternative energy source, it is far from environmentally friendly. As the disasters at the nuclear power plants of Chernobyl (Ukraine) in 1986 and Fukushima Daiichi (Japan) in 2011 tragically testify, nuclear energy poses nigh-apocalyptic consequences for the environment”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain legal aspects of the multilateral trade system and the promotion of renewable energy. In: LIM, C. L.; MERCURIO, Bryan. (Eds.), *International Economic Law after the Global Crisis: A Tale of Fragmented Disciplines*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 482-518, 2015, p. 489.

¹¹⁰ JURCA, Anna Milena. *The Energiewende: Germany's Transition to an Economy Fueled by Renewables*. Georgetown: *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 141, p. 141-178, 2014, p. 141.

¹¹¹ INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY. *Energy*. Disponível em: <<https://www.iaea.org/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹¹² NUCLEAR ENERGY AGENCY. *About us*. Disponível em: <<https://www.oecd-nea.org/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

O Tratado Euratom¹¹³ tornou-se o principal instrumento internacional com objetivo de assegurar o uso seguro e sustentável da energia nuclear.¹¹⁴ Assim, criou-se um corpo normativo especialmente aplicável à regulação das atividades nucleares por ser uma fonte de energia singular, que deve ser individualmente regulada.

b) a inclusão da energia hídrica

Com relação ao rol de fontes renováveis, há outro aspecto relevante. No âmbito da doutrina internacional, há um dissenso com relação à inclusão da energia ‘hídrica (energia da água dos rios)’ em tal definição. “Apesar de as usinas hidrelétricas utilizarem fonte limpa e renovável, o impacto ambiental causado pelos grandes empreendimentos hidrelétricos é severo”.¹¹⁵

Tal controvérsia se embasa nos impactos ambientais gerados em virtude da construção de hidrelétricas, que afetam a biodiversidade em seu entorno com os reservatórios de água necessários para a produção da energia elétrica, assim como altera, em muitos casos, o curso das águas onde será o empreendimento. Além disso, não se pode deixar de citar os reflexos sociais repercutidos pelas instalações hidrelétricas que atingem a população local em torno da construção.¹¹⁶

Não há posição doutrinária unânime que se oponha à inclusão da energia gerada pelas hidrelétricas no rol de renováveis. É preciso mencionar que há referência na doutrina minoritária, especialmente em contribuições publicadas nos anos 2000, que opinavam pela exclusão das hidrelétricas de larga escala no âmbito da definição de energia renovável.¹¹⁷

¹¹³ “Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica. Foram assinados dois tratados em 25 de março de 1957 – o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (CEE) e o Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atômica (CEEA ou EURATOM)”. UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Euratom*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/euratom-treaty>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

¹¹⁴ WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 238-239.

¹¹⁵ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 228.

¹¹⁶ “*Construction of dams for large hydro-electricity projects can have devastating impacts on indigenous peoples, who may need to be relocated away from their traditional lands*”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 247.

¹¹⁷ Em posição minoritária, a definição apresentada por Eric Martinot, entretanto, faz referência expressa à mini-hidrelétrica na definição de energia renovável: “*The term ‘renewable energy’ refers to solar, wind, biomass,*

No caso da definição proposta pelas duas principais organizações internacionais no setor de energia (IRENA¹¹⁸ e IEA¹¹⁹), estas incluem a energia gerada pelas hidrelétricas como fontes renováveis. Nesse mesmo sentido, citamos a definição proposta pela EPE, no Brasil.

Desta sorte, entendemos que o posicionamento a ser seguido atualmente reflete o rol proposto pela IRENA que inclui a energia hídrica como fonte renovável. É possível que esse conceito seja, todavia, alterado no futuro, ao longo do desenvolvimento do estudo jurídico de tais fontes.

c) a energia solar fotovoltaica e concentrada

O estudo do Direito da Energia Renovável e, em especial, da regulação que objetiva promover a fonte solar deve tratar, primeiramente, do seu conceito e das tecnologias que utilizam tal fonte para produzir eletricidade. Em uma perspectiva comparativista, cita-se que a doutrina espanhola a define como “energia contida na radiação solar, que mediante os dispositivos apropriados, se pode transformar em energia térmica, elétrica, biológica ou química”.¹²⁰

Na Espanha, algumas leis se encarregaram de definir a energia solar como, por exemplo, a *Ley 1/2007* de 15 de fevereiro, de Castilla-La Mancha que propõe ser a “radiação eletromagnética que chega à terra procedente do sol e que mediante os dispositivos apropriados

geothermal and mini-hydro technology applications; large-scale hydropower is excluded”. MARTINOT, Eric. Renewable energy investment by the World Bank. *Stockholm Environment Institute Boston, Energy Policy* nº 29, 2001, p. 689. Richard Ottinger *et al* também excluem hidrelétricas em larga escala da definição de fontes renováveis “*Small hydropower, wind, biomass, geothermal, and solar photovoltaic installations are the most established and widely used types of renewable energy*”. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 183. Em seu texto explicativo sobre as hidrelétricas, IRENA faz uma ressalva sobre o menor impacto ambiental causado pelas hidrelétricas de menor escala, porém não exclui as de larga escala do rol de renováveis “*Hydropower without dams and reservoirs means producing at a smaller scale, typically from a facility designed to operate in a river without interfering in its flow. For this reason, many consider small-scale hydro a more environmentally-friendly option*”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Hydropower*. Disponível em: <<https://www.irena.org/hydropower>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

¹¹⁸ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Hydropower*. Disponível em: <<https://www.irena.org/hydropower>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

¹¹⁹ “*Hydropower remains the largest low-carbon source of electricity throughout the period, contributing 15% of global generation in 2040*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019. p. 342.

¹²⁰ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 148.

pode se transformar em energia do tipo térmico, elétrico, biológico ou químico”.¹²¹ De maneira similar estabeleceu a *Ley 2/2007*, de 27 de março de Andaluzia.¹²²

Assim, a energia solar pode ser utilizada de forma passiva para a iluminação natural ou obtenção de calor para aquecimento de ambientes, sendo denominado ‘energia solar térmica passiva’.¹²³ A energia solar também pode ser utilizada para o aquecimento de água por meio do “aproveitamento térmico para aquecimento de fluidos com o uso de coletores ou concentradores solares”.¹²⁴

Por outro lado, também é possível gerar eletricidade a partir da energia gerada pela luz solar em forma de ondas eletromagnéticas¹²⁵ por meio de duas tecnologias: (i) solar fotovoltaica no original, denominada *photovoltaic* (PV); e (ii) solar concentrada, no original, denominada *concentrated solar power* (CSP).¹²⁶ Quando as radiações solares se transformam em energia elétrica se alude à energia solar fotovoltaica, enquanto aquela que se destina a aquecer um fluido térmico se refere à energia solar concentrada.¹²⁷

Por energia solar fotovoltaica, deve-se entender a energia elétrica que se produz a partir da transformação direta da radiação solar em eletricidade por meio de módulos conhecidos

¹²¹ “Energía solar: radiación electromagnética que llega a la tierra procedente del sol, que mediante los dispositivos apropiados se puede transformar en energía de tipo térmico, eléctrico, biológico o químico”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha*. Artículo 2º. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-9936>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. 1.

¹²² “Energía solar: energía contenida en la radiación solar, que mediante los dispositivos apropiados se puede transformar en energía de tipo térmico, eléctrico, biológico o químico”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía*. Artículo 2º. Disponível em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/05/07/pdfs/A19568-19578.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. 1

¹²³ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 43.

¹²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 29.

¹²⁵ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 44.

¹²⁶ “The electricity from solar energy can be directly generated through two technologies: the photovoltaic (EFV) and the photo thermal (solar thermal or CSP)”. SILVA, Solange Teles da; DUTRA, Carolina; GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Solar Energy and the Dawn of ‘Solar Cities’ in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, p. 183-212, 2018, p. 184.

¹²⁷ “La energía solar térmica utiliza elementos mecánicos para su captación como los llamados paneles solares y se considera energía solar de baja temperatura. Este tipo de energía se utiliza en edificios, instalaciones industriales y agropecuarias con diversas aplicaciones tales como calentar el agua, para la calefacción de invernaderos, para calentar el agua en piscifactorías, para refrigeración solar, etc”. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 148.

como painéis fotovoltaicos,¹²⁸ a qual pode ser classificada conforme o destino da eletricidade produzida: geração distribuída na rede de transmissão ou acumulação para o próprio consumo.

Assim, a energia solar fotovoltaica é obtida por meio do uso de placas fotovoltaicas¹²⁹ ou como define a *Ley 1/2007* de 15 de fevereiro, de Castilla-La Mancha na Espanha, por meio das radiações eletromagnéticas solares mediante a sua transformação direta em energia elétrica.¹³⁰

Nesse sentido, também se configura a definição proposta pela ANEEL, que ressalta que a “conversão direta da energia solar em energia elétrica ocorre pelos efeitos da radiação (calor e luz) sobre determinados materiais, particularmente os semicondutores. Entre esses, destacam-se os efeitos termoelétrico e fotovoltaico”.¹³¹

Outro aspecto relevante é que os sistemas fotovoltaicos podem ser conectados à rede elétrica de distribuição mediante um conversor de corrente (*on-grid*) e, por assim ser, não contam com sistema de baterias, já que toda energia elétrica é injetada na rede. Trata-se, nesse caso, de empreendimentos de dimensão comercial para obter economias de escala com maior produção.¹³²

Por outro lado, o sistema *off-grid* são autônomos e utilizam baterias que as eximem de ter necessidade de acesso à rede elétrica.¹³³ Normalmente, *off-grid* são construídos para apenas

¹²⁸ “Por energía fotovoltaica debe entenderse aquella que se produce como consecuencia de la transformación directa de la radiación solar en electricidad a través de unos módulos conocidos como paneles fotovoltaicos”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 44.

¹²⁹ “Photovoltaics (PV), also called solar cells, are electronic devices that convert sunlight directly into electricity. The modern solar cell is likely an image most people would recognise – they are in the panels installed on houses and in calculators. They were invented in 1954 at Bell Telephone Laboratories in the United States”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. Solar Energy. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹³⁰ “Energía solar fotovoltaica: es la obtenida en las radiaciones electromagnéticas solares mediante su transformación directa en energía eléctrica”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha*. Artículo 2º. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-9936>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. 1.

¹³¹ “Além das condições atmosféricas (nebulosidade, umidade relativa do ar etc.), a disponibilidade de radiação solar, também denominada energia total incidente sobre a superfície terrestre, depende da latitude local e da posição no tempo (hora do dia e dia do ano). Isso se deve à inclinação do eixo imaginário em torno do qual a Terra gira diariamente (movimento de rotação) e à trajetória elíptica que a Terra descreve ao redor do Sol (translação ou revolução)”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 30.

¹³² RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 50.

¹³³ *Off-grid* é definido pela Agência Internacional de Energia como “stand-alone systems that are not connected to any grid”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2017 Special Report: Energy Access*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/weo-2017-special-report-energy-access-outlook>>. Acesso em: 05 out. 2019, p. 130.

um beneficiário que pode ser uma residência, fábrica ou estabelecimento empresarial e são muito utilizados para beneficiar áreas remotas. Com o sistema de armazenamento, permite-se que a energia produzida durante o dia possa ser utilizada a qualquer momento de acordo com a demanda.¹³⁴ Os sistemas *off-grid* possuem grande valor para ampliação do acesso à energia, em especial, em regiões onde não há sistema de transmissão e distribuição.

A CSP utiliza, por sua vez, várias configurações de espelhos para concentrar os raios solares, que aquecem um fluido e criam um vapor para movimentar uma turbina e gerar eletricidade.¹³⁵ “Estes sistemas focam a radiação solar direta por meio de dispositivos ópticos para um receptor, transformando a radiação em calor de alta temperatura, apto à produção de vapor”.¹³⁶ A ANEEL detalha o funcionamento da energia solar concentrada como

A superfície refletora (espelho) dos concentradores tem forma parabólica ou esférica, de modo que os raios solares que nela incidem sejam refletidos para uma superfície bem menor, denominada foco, onde se localiza o material a ser aquecido. Os sistemas parabólicos de alta concentração atingem temperaturas bastante elevadas e índices de eficiência que variam de 14% a 22% de aproveitamento da energia solar incidente, podendo ser utilizada para a geração de vapor e, conseqüentemente, de energia elétrica.¹³⁷

A CSP é utilizada para gerar energia elétrica em empreendimentos de larga-escala com finalidade comercial. Uma das principais vantagens deste tipo de instalação em relação à fotovoltaica se refere ao fato de que a CSP pode ser equipada com sal fundido no qual se armazena o calor, permitindo a eletricidade ser gerada após o pôr do sol.¹³⁸

Em que pese o potencial para exploração comercial da energia solar no Brasil, posto que a “maior parte do território brasileiro está localizada relativamente próxima da linha do

¹³⁴ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 51.

¹³⁵ “*Concentrated solar power (CSP), uses mirrors to concentrate solar rays. These rays heat fluid, which creates steam to drive a turbine and generate electricity*”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹³⁶ BEZERRA, Pedro Henrique Silva. *Energia solar concentrada: simulação do desempenho de heliostatos de pequeno porte*. 2017. 208 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Agrônomicas, Universidade Estadual Paulista, Botucatu, p. 166.

¹³⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 36.

¹³⁸ “*Concentrated solar power (CSP), uses mirrors to concentrate solar rays. These rays heat fluid, which creates steam to drive a turbine and generate electricity. CSP is used to generate electricity in large-scale power plants. A CSP power plant usually features a field of mirrors that redirect rays to a tall thin tower. One of the main advantages of a CSP power plant over a solar PV power plant is that it can be equipped with molten salts in which heat can be stored, allowing electricity to be generated after the sun has set*”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019. “*CSP with thermal energy storage allows for more use of other renewable energy sources that provide variable or intermittent generation (such as wind and solar photovoltaic)*”. US DEPARTMENT OF ENERGY. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*. Disponível em: <<https://www.energy.gov/sites/prod/files/2014/10/f18/CSP-report-final-web.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019. p. 3.

Equador”,¹³⁹ a tecnologia fotovoltaica é a única existente, não havendo nenhuma usina geradora de energia solar concentrada. Os empreendimentos de energia solar se concentram nos Estados Unidos¹⁴⁰ e na Espanha.

Em 2011, o Departamento de Energia dos Estados Unidos lançou um programa de pesquisa sobre energia solar denominado “*DOE’s SunShot Initiative*”.¹⁴¹ Tal projeto tinha por finalidade fomentar o desenvolvimento da energia solar no território norte-americano para que se tornasse um sistema de geração de eletricidade competitivo até 2020. Com isso, buscou-se ampliar a disponibilidade de investimentos, principalmente por meio dos financiamentos públicos para desenvolvimento tecnológico, redução dos custos dos materiais, assim como avançar no método de construção de mecanismos para captação da energia solar.¹⁴²

Como resultado do programa *Sun Shot*, a energia solar se ampliou no território norte-americano desde 2014, não apenas com a difusão da energia solar fotovoltaica residencial, mas também com o crescimento de novas plantas de CSP. Registra-se a construção de cinco importantes projetos nos Estados Unidos: *Solana*, *Genesis Solar*, *Ivanpah Solar Electric Generating System*, *Crescent Dunes* e *Mojave Solar One*.¹⁴³

Na Europa, a Espanha se destacou pela exploração da energia solar, tanto fotovoltaica como concentrada. Com relação à energia solar concentrada, a Espanha é um dos países que contam com a maior concentração de projetos com uso desta tecnologia no mundo. O

¹³⁹ Como “a maioria da população brasileira e das atividades socioeconômicas do País se concentra em regiões mais distantes do Equador. Em Porto Alegre, capital brasileira mais meridional (cerca de 30° S), a duração solar do dia varia de 10 horas e 13 minutos a 13 horas e 47 minutos, aproximadamente, entre 21 de junho e 22 de dezembro, respectivamente. Desse modo, para maximizar o aproveitamento da radiação solar, pode-se ajustar a posição do coletor ou painel solar de acordo com a latitude local e o período do ano em que se requer mais energia. No Hemisfério Sul, por exemplo, um sistema de captação solar fixo deve ser orientado para o Norte, com ângulo de inclinação similar ao da latitude local”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 30.

¹⁴⁰ “Entre meados e final dos anos 1980, foram instalados nove sistemas parabólicos no sul da Califórnia, EUA, com tamanhos que variam entre 14 MW e 80 MW, totalizando 354 MW de potência instalada”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008, p. 36.

¹⁴¹ “*The SunShot Initiative drives research, manufacturing, and market solutions to make the abundant solar energy resources in the United States more affordable and accessible for Americans* Department of Energy. *Since the SunShot Initiative was announced in February 2011, the office has funded more than 350 projects in the following areas: Photovoltaics (PV), Concentrating solar power (CSP), Balance of systems costs (soft costs), Systems integration, Technology to Market*”. UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Department of Energy (DOE) Solar Energy Technologies Office*. Disponível em: <<http://energy.gov/eere/sunshot/about>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁴² UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Department of Energy*. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*. Disponível em: <http://energy.gov/sites/prod/files/2014/05/f15/2014_csp_report.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 2.

¹⁴³ UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Department of Energy*. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*. Disponível em: <http://energy.gov/sites/prod/files/2014/05/f15/2014_csp_report.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 2.

desenvolvimento desta fonte de energia no território espanhol se deu pela acentuada disponibilidade de incidência solar e, especialmente, pelo incentivo financeiro implementado pelos regimes de remuneração dispostos em atos normativos publicados, principalmente, em 2007.¹⁴⁴

Por fim, considerando que a geração energética com uso de fontes renováveis produz baixos volumes de gás carbônico e, por conseguinte, reduz os impactos ao meio ambiente, a energia renovável se tornou um instrumento central na persecução do processo para transição energética global.

1.1.3 A participação da energia renovável na transição energética global

O conceito de transição energética (*Energy Transition* ou *Energiewende*¹⁴⁵) compreende o processo de transmutação do consumo dos combustíveis fósseis em prol do uso de fontes renováveis com objetivo de combater as mudanças climáticas.¹⁴⁶ Assim, o cerne deste movimento se concentra na redução dos impactos ambientais, mas também compreende a eficiência energética, ampliação do acesso aos serviços de energia, bem como a redução da dependência econômica, se transformando em um processo multifacetado.

A transição energética¹⁴⁷ tem se destacado nas últimas décadas em razão dos seus inúmeros reflexos positivos, *inter alia*, a (i) ampliação do acesso aos serviços de energia às

¹⁴⁴ “España ha sido uno de los líderes mundiales en la promoción del uso de energías renovables y de la cogeneración para la producción de energía eléctrica. La intensidad de su empleo deriva de un generoso programa de primas o subvenciones a favor de la energía generada con las instalaciones correspondientes”. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 2.

¹⁴⁵ “Chancellor Merkel appointed an ethics committee to find a social consensus regarding the nuclear phase-out and to compile proposals for the transition to renewable energies. Due to these events the German term “Energiewende” (“Energy Transition”) became once again the heart of the public and political debate in Germany. The term describes the fundamental transition from non-sustainable energy sources like nuclear or coal to sustainable sources like solar power, biomass or wind—a transition that has wide-reaching consequences for every part of society”. KAISER, Jonas; RHOMBERG, Markus; MAIREDER, Axel; SCHLOGL, Stephan. *Energiewende’s Lone Warriors: A Hyperlink Network Analysis of the German Energy Transition Discourse. Media and Communication*, vol. 4, Issue 4, p. 18-29, 2016, p. 18.

¹⁴⁶ MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena. Examining Different Aspects of the Energy Transition. In: MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena (Ed.). *Energy Transitions: Regulatory and Policy Trends*. Cambridge: Intersentia, vol. 5, p. 1-8, 2018, p. 1.

¹⁴⁷ “The ‘global energy transition’ is a phrase heard increasingly, not just in countries that have committed to it explicitly, such as Germany, which targets 80% of its electricity from renewable energy by 2050, or Denmark, which targets 100% by 2035. Many subnational jurisdictions have ambitious targets for renewables as well, such as California (50% by 2030), Scotland (100% by 2020), and South Australia (33% by 2020). More than 160 countries globally have future targets for renewable energy”. MARTINOT, Eric. *Grid Integration of Renewable Energy: Flexibility, Innovation, and Experience*. Palo Alto: *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 41, p. 223-251, 2016, p. 224.

populações mais carentes; (ii) a promoção da segurança energética; (iii) a proteção ao meio ambiente e redução da emissão de gases de efeito estufa; e (iv) a redução da dependência do consumo de combustíveis fósseis. Com isso, é possível destacar que os seus benefícios variam da proteção ao meio ambiente ao desenvolvimento econômico e social.¹⁴⁸

A transição energética apresenta fundamentos de ordem ambiental, econômica e social e se configura como processo complexo que merece ser analisado em todas suas facetas. Nesse contexto, as fontes renováveis de energia se transformam em principal instrumento para concretização deste processo, o que faz com que seja necessário o seu desenvolvimento para que se insira progressivamente na matriz energética global.

O processo de transição energética é tão complexo que pode ser descrito como um dos maiores projetos de infraestrutura desde o período de reconstrução pós-Segunda Guerra Mundial.¹⁴⁹ Na Alemanha, denominou-se “*Energiewende*”¹⁵⁰ dominante no debate acadêmico e político daquele país desde a década de 1980.¹⁵¹

¹⁴⁸ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 405. “*Energy from renewable sources holds great promise for meeting the energy and development needs of countries throughout the world, without the negative external impacts of fossil fuels*”. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. *Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities*. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 183.

¹⁴⁹ “*The Energiewende has been described as the biggest infrastructure project since post-Second World War reconstruction*”. BOSSELMANN, Klaus. Germany’s ‘Energiewende’: what can environmental law scholarship learn from it?. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 11-29, 2016, p. 12. Segundo Anna Milena Jurca, “*The world’s fifth-largest economy is currently implementing the largest and most profound energy infrastructure project in the world. The Energiewende (‘energy transition’) will transform Germany from a primarily coal-fueled industrial economy to a society fueled by renewables*”. JURCA, Anna Milena. *The Energiewende: Germany’s Transition to an Economy Fueled by Renewables*. Georgetown: *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 141, p. 141-178, 2014, p. 141.

¹⁵⁰ O termo passou a ser incorporado no vocabulário internacional e sinaliza o que pode ser visto como uma transição da era do combustível fóssil para a era das fontes renováveis e sustentabilidade. “*The combination of phasing out nuclear power, saving energy and shifting to renewable energy became known as the energy transition or Energiewende*”. BOSSELMANN, Klaus. Germany’s ‘Energiewende’: what can environmental law scholarship learn from it?. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 11-29, 2016, p. 12.

¹⁵¹ Klaus Bosselmann afirma que, em 1980, um estudo denominado “*Energiewende-Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran*” de Florentin Krause, Hartmut Bossel e Karl-Friedrick Müller-Reißmann foi publicado na Alemanha. Nessa diretriz, orientou-se para uma modernização ecológica em direção a uma sociedade sustentável. BOSSELMANN, Klaus. Germany’s ‘Energiewende’: what can environmental law scholarship learn from it?. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 11-29, 2016, p. 12. Nesse sentido, “*The history of the Energiewende spans more than thirty-five years. While Germany’s efforts to phase out nuclear energy in reaction to the Fukushima nuclear disaster drew international attention, the origins of the transformation are rooted in the country’s historic energy infrastructure*”. JURCA, Anna Milena. *The Energiewende: Germany’s Transition to an Economy Fueled by Renewables*. *The Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 141, p. 141-178, 2014, p. 144. Segundo Jonas Kaiser *et al*, a terminologia ‘Energiewende’ foi alcinhada em 1980 no âmbito do estudo do “*Öko-Institut Wuppertal*” e, assim, explica que “*it was originally coined by the German Institute for*

Na perspectiva da indústria energética alemã, a transição energética consiste no alinhamento da gradual supressão da energia nuclear e dos combustíveis fósseis em direção ao protagonismo da energia renovável na matriz energética nacional, almejando a segurança energética e a descabornização.¹⁵²

O marco legislativo da “*Energiewende*” na Alemanha se estabeleceu em 2011, após a aprovação de uma lei pelo parlamento alemão que estabeleceu a redução dos gases de efeito estufa no patamar de 95% como meta para 2050. Ademais, o referido instrumento normativo

Applied Ecology (“*Öko-Institut Wuppertal*”) in 1980. It found its way into the political debate no later than in 2002, when the Social Democrats and the Greens formed a coalition government. The term lost its political grip in the following years, and required a window of opportunity in 2011 provided by the Fukushima disaster to bring the issue back on the top of the public and political agenda”. KAISER, Jonas; RHOMBERG, Markus; MAIREDER, Axel; SCHLOGL, Stephan. *Energiewende’s Lone Warriors: A Hyperlink Network Analysis of the German Energy Transition Discourse*. *Media and Communication*, vol. 4, Issue 4, Pages 18-29, 2016, p. 20. Desse modo, o *Öko-Institut e.V.* afirma que o “*Wir haben bereits im Jahr 1980 in einer ersten Studie gezeigt, wie eine Energieversorgung ohne Uran und Erdöl aussehen kann. Die Studie beschrieb erstmals die Eckpfeiler einer alternativen Energiezukunft – damals spielte die Kohle noch eine Rolle im Energiemix. Zugleich arbeiteten die Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler des Öko-Instituts – zum damaligen Zeitpunkt visionär – die große Rolle der erneuerbaren Energien und der Energieeffizienz für eine nachhaltige Energieproduktion und -nutzung heraus. Die Studie prägte damit den Begriff „Energiewende“, der so im vergangenen Jahr 35 Jahre alt wurde*”. OKO-INSTITUT E.V. *Halbzeit Energiewende Jahresbericht des Öko-Instituts 2015*, 2016. Disponível em: <<https://www.oeko.de/oekodoc/2499/2016-029-de.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019. p. 2. De maneira mais explicativa, Sarah Debor esclarece que o estudo promovido pelo *Öko-Institut e.V.* foi elaborado por Krause et al. em 1981 e se tornou o primeiro estudo científico a utilizar o termo ‘*Energiewende*’ na Alemanha, mas que, segundo a autora, trata-se de um movimento que já vinha ocorrendo desde a década de 1970. “*The phrase Energiewende was already introduced in the 1980s, in the course of discussing alternatives to nuclear power production in Germany. In 1981, the Institute for Applied Ecology (Öko-Institut e.V.) published an energy system study in which a national energy scenario without nuclear power and fossil fuels is outlined (Krause et al. 1981). This study, which was titled Energie-Wende, Wachstum und Wohlstand ohne Erdöl und Uran (Energy transition, growth and prosperity without petroleum or uranium), became the scientific cornerstone for one of the four energy system scenarios that were discussed during the German Parliament’s inquiry commission on future nuclear power policy from 1979 to 1983 (Bartosch et al. 2014, p. 16; Deutscher Bundestag 2015). The roots of the Energiewende, however, actually go back to the 1970s (Morris and Pehnt 2015, pp. 55ff.), when two oil crises demonstrated the consequences of Germany’s strong dependence on fossil fuel imports. At the same time, the government’s plans for increasing national production of nuclear power were severely questioned through social protests against the construction of new nuclear power plants in places like Wyhl, Brokdorf, Kalkar and Gorleben (Bartosch et al. 2014, p. 13; Morris and Pehnt 2015, pp. 58ff). Nuclear power was strongly criticized for its high risks and potential damage it can bring to the environment and humanity*”. DEBOR, Sarah. *Multiplying Mighty Davids? The influence of energy cooperatives on Germany’s energy transition*. Cham: Springer International Publishing AG, Contributions to Economics, 2018, p. 21-22. Na Alemanha, o movimento mais recente “*ending a debate of several decades, the German Parliament passed legislation in 2011 to reduce greenhouse gases up to 95 per cent by 2050 and increase renewable energy to a 60 per cent share by 2050*”. BOSSELMANN, Klaus. Germany’s ‘*Energiewende*’: what can environmental law scholarship learn from it?. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 11-29, 2016, p. 12.

¹⁵² “*Decarbonisation in this sense means the phasing out of fossil fuels emitting carbon dioxide as a main source of energy supply. Although not called for by strategies for combating climate change, some states are planning or already have in place policies for an exit from nuclear energy as well. This development is closely linked to the incident at the Fukushima Power Plant in Japan in March 2011, which called into question political consensus on the risk assessment of nuclear energy*”. HESELHAUS, Sebastian. *Energy Transition Law and Economics*. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, p. 19 - 41, 2018, p. 20.

determinava que 60% da matriz energética nacional deveria consistir de fontes renováveis.¹⁵³ A reformulação legislativa resultou da preocupação do governo alemão com o desastre envolvendo a usina japonesa *Fukushima Daiichi*, o que fez com que algumas licenças anteriormente concedidas às plantas nucleares fossem revogadas, determinando a desativação de oito dos dezessete empreendimentos existentes na Alemanha.¹⁵⁴

No cenário europeu, o desenvolvimento da energia renovável em prol da sustentabilidade resultou de ações em diferentes níveis. Trata-se de um movimento iniciado em 1986 com a Resolução do Conselho nº C241/01.¹⁵⁵ A nível nacional, os Estados vêm adotando medidas normativas de maneira descompassada, sendo que alguns foram mais bem-sucedidos em sua política energética, enquanto outros ainda se encontram distantes da diversificação da matriz energética.

Atualmente, a “União da Energia” (*Energy Union*) centraliza o processo de transição energética no plano europeu¹⁵⁶ com objetivo de estabelecer “energia segura, sustentável, competitiva e a preços acessíveis”¹⁵⁷ para os seus consumidores. Com a finalidade de atingir

¹⁵³ BOSSELMANN, Klaus. Germany’s ‘Energiewende’: what can environmental law scholarship learn from it?. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 11-29, 2016, p. 12.

¹⁵⁴ “The transformation gained international attention after March 11, 2011 when the Japanese nuclear power plant Fukushima Daiichi was damaged by an earthquake and subsequent tsunami. Within four days of the Japanese nuclear accident, the German government issued a moratorium on the country’s eight oldest nuclear plants, withdrew licenses that were extended just four months earlier, and ordered that the plants be taken off the grid. At the time, Germany operated seventeen nuclear plants, accounting for 17.2% of the country’s electricity in 2011. Just a few months earlier, in December 2010, the German government had extended the licenses for all seventeen nuclear plants. The decision to withdraw these license extensions was expected in light of the public debate. However, the decision was made on a thin legal basis because the plants were in compliance with regulations and not yet written off by their owners. While the Energiewende gained international media attention after the German decision to shut down nearly half its nuclear power plants, this irreversible massive infrastructure project was in full swing well before the tsunami hit Fukushima”. JURCA, Anna Milena. *The Energiewende: Germany’s Transition to an Economy Fueled by Renewables*. Georgetown: *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 141, p. 141-178, 2014, p. 141.

¹⁵⁵ EUROPEAN UNION LAW. OJ C241, 25.9.1986. *Resolução do Conselho de 16 de setembro de 1986 relativa a novos objetivos comunitários de política energética para 1995 e à convergência das políticas dos Estados-membros*, 1986. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925(01))>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁵⁶ “At the European Union (EU) level, this development is also reflected in the Energy Union, established in 2015 with a view to achieve in a cost-effective way ‘a fundamental transformation of Europe’s energy system’”. MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena. Examining Different Aspects of the Energy Transition. In: MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena (Ed.). *Energy Transitions: Regulatory and Policy Trends*. Cambridge: Intersentia, vol. 5, p. 1-8, 2018, p. 1.

¹⁵⁷ “O objetivo de uma União da Energia resiliente, dotada de uma política ambiciosa em matéria de clima como preocupação central, é oferecer aos consumidores da UE – particulares e empresas – energia segura, sustentável, competitiva e a preços acessíveis. A realização deste objetivo obrigará a uma transformação profunda do sistema energético europeu”. COMISSÃO EUROPEIA. Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee, the committee of the regions and the european investment bank. *A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change*

seus objetivos, a União Europeia defende que “será necessário abandonar uma economia alimentada pelos combustíveis fósseis, uma economia onde a energia assenta numa abordagem centralizada, pelo lado da oferta, baseada em tecnologias obsoletas e em modelos de negócio desatualizados”.¹⁵⁸

No Brasil, a transição energética é concebida em um contexto de mudanças climáticas, volatilidade de preço do petróleo e constantes conflitos geopolíticos relacionados aos combustíveis fósseis. A Empresa de Pesquisa Energética identifica uma mudança no padrão de consumo de energia com objetivo de alcançar a segurança energética, bem como a redução na emissão de gases de efeito estufa.¹⁵⁹ Assim, a perspectiva da “transição do petróleo para fontes de energia limpas” se caracteriza como fator considerado invariante no âmbito do Plano Nacional de Energia (PNE) para 2050 e se encontra presente em “todos os cenários formulados”.¹⁶⁰

Nesse contexto, é preciso destacar que o Brasil se comprometeu oficialmente, após a aprovação pelo Congresso Nacional e ratificação do Acordo de Paris em 2016, com a redução das emissões de gases de efeito estufa por meio das Pretendidas Contribuições Nacionalmente Determinadas, no original, denominadas *Nationally Determined Contributions* (NDCs).¹⁶¹ Segundo o Itamaraty, o primeiro compromisso do Brasil compreende a redução nas emissões até 2025 em 37% abaixo dos índices registrados em 2005. Como contribuição indicativa subsequente, o Brasil reduziria em 43% até 2030.¹⁶²

Para atingir tais objetivos, registra-se o comprometimento do governo brasileiro em envidar esforços para a persecução da transição energética baseada em “fontes renováveis e

Policy, 2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015DC0080>>. Acesso em: 10 jun. 2019. p. 2.

¹⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee, the committee of the regions and the european investment bank. *A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*, 2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015DC0080>>. Acesso em: 10 jun. 2019. p. 2.

¹⁵⁹ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. EPE participa do Ciclo de Debates para Transição Energética. Apresentação diretor José Mauro Coelho sobre transição energética de 25 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/imprensa/noticias/epe-participa-do-ciclo-de-debates-para-transicao-energetica>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹⁶⁰ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Plano Nacional de Energia*. Nota Técnica DEA 05/13 Termo Referência (TDR) para elaboração do PNE 2050. Disponível em: <<http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 04 ago. 2019. p. 14-15.

¹⁶¹ MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE. *Acordo de Paris*. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁶² ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

descarbonização da economia mundial até o final deste século, no contexto do desenvolvimento sustentável e do acesso aos meios financeiros e tecnológicos necessários para essa transição”.¹⁶³

Diante do panorama global e nacional, a transição energética se tornou um multifacetado processo de transformação, que compreende não só a conscientização social e ambiental, mas também possui um viés econômico que deve ser analisado por distintos ângulos.¹⁶⁴ No que tange o aspecto ambiental, é inegável a contribuição para redução dos impactos gerados pelas mudanças climáticas.¹⁶⁵ Já a esfera social compreende a democratização do acesso aos serviços de energia como instrumento de redução da pobreza.

O viés econômico da transição energética compreende diversos fatores. O primeiro deles envolve a eliminação do vínculo com o suprimento dos combustíveis fósseis, já que muitos países ainda são dependentes da importação para garantir o abastecimento interno.

Em segundo lugar, verifica-se a necessidade de capital (local e estrangeiro) para executar os projetos de energia renovável, já que demandam volumosos recursos e conhecimento técnico específico para sua implementação. É preciso ressaltar que, até o momento, os empreendimentos com uso de renováveis ainda são economicamente menos vantajosos do que aqueles que utilizam combustíveis fósseis¹⁶⁶ e, por essa razão, demandam a implementação de mecanismos de apoio por parte dos Estados.

¹⁶³ “O Brasil pretende adotar medidas adicionais que são consistentes com a meta de temperatura de 2°C, em particular: (...) iii) no setor da energia, alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030, incluindo: - expandir o uso de fontes renováveis, além da energia hídrica, na matriz total de energia para uma participação de 28% a 33% até 2030; - expandir o uso doméstico de fontes de energia não fóssil, aumentando a parcela de energias renováveis (além da energia hídrica) no fornecimento de energia elétrica para ao menos 23% até 2030, inclusive pelo aumento da participação de eólica, biomassa e solar; - alcançar 10% de ganhos de eficiência no setor elétrico até 2030”. ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹⁶⁴ Nesse sentido, destaca-se a proposta do Relatório de Brundtland a respeito da compreensão do desenvolvimento sustentável, o que compreende “três dimensões”: “a econômica, a social e a ambiental”. Não há, contudo, um consenso internacional a respeito do seu conteúdo, permanecendo a existência do debate sobre a sua natureza jurídica e seu papel. UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019. p. 41.

¹⁶⁵ “*Confronted as we are by climate change and resource depletion, thinking about energy transitions and environmental justice has become an important concern that reaches into the deepest realms of the global ecological and existential crisis through which humankind is living*”. MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy Governance: a key challenge in the era of globalization*. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p.1-7, 2016, p. 2.

¹⁶⁶ “*Currently, relying on renewable energy is more expensive than relying on fossil fuels or on nuclear power from plants already in operation*”. HESELHAUS, Sebastian. *Energy Transition Law and Economics*. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, p. 19-41, 2018, p. 20.

O terceiro aspecto envolve a capacidade de geração de empregos e movimentação da economia atualmente representada pela indústria da energia renovável. Há um crescimento contínuo de alocação de capital estrangeiro em tal setor com reflexos no desenvolvimento social.¹⁶⁷

É bem verdade que a transição energética se concretizará a longo-prazo, já que é um processo que demanda adaptação do espaço normativo internacional e estruturação do marco regulatório nacional direcionado para a promoção das renováveis¹⁶⁸ a partir de programas de incentivos do governo, como subsídios, alocação de metas¹⁶⁹ e atração dos investimentos privados.¹⁷⁰

O Direito Internacional precisará se harmonizar com a complexidade que a transição energética impõe conciliando princípios e acordos internacionais às recentes alterações legislativas insurgidas a nível regional e nacional. Nesse particular, há que se analisar os esforços normativos desempenhados pelos Estados individualmente em prol da promoção da energia renovável e quais os instrumentos de proteção dos investimentos estrangeiros em energia se encontram positivados no Direito Internacional.

Por fim, não se pode negar que o processo multifacetado da transição energética envolve diferentes particularidades, sendo intrinsecamente conectado com o meio ambiente, a economia e o desenvolvimento social, pilares do desenvolvimento sustentável como se destaca na Declaração de Johannesburgo sobre o Desenvolvimento Sustentável de 2002.¹⁷¹ A análise de tais interseções apresenta significativa relevância para a compreensão mais aprofundada do

¹⁶⁷ “policy-makers are increasingly recognizing the potential impacts investment in the renewable energy sector can have on national economic development by driving social, political, and economic growth and providing co-benefits such as job creation”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 358.

¹⁶⁸ “To spur rapid development of renewable energy, a paradigm shift is needed from the policies currently dominating energy markets”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 389.

¹⁶⁹ OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 192.

¹⁷⁰ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*, 2018. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 25.

¹⁷¹ “Accordingly, we assume a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development - economic development, social development and environmental protection - at the local, national, regional and global levels”. UNITED NATIONS. General Assembly. A/CONF.199/20, *Report of the World Summit on Sustainable Development*, 2002. Disponível em: <<https://undocs.org/A/CONF.199/20>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 1

movimento global para promoção da energia renovável e transformação do cenário energético nos próximos anos.

1.1.4 As fontes renováveis de energia como instrumento para combate às mudanças climáticas

A relação intrínseca entre energia e meio ambiente se denota diante dos impactos gerados “a partir da exploração e extração, seguido pelo processamento e transporte até a distribuição, consumo e descarte dos recursos naturais utilizados” para produção energética.¹⁷² Eis, pois, que tais processos se encontram indissociavelmente interconectados¹⁷³ a partir de uma sobreposição de fenômenos como (i) a emissão de gases de efeito estufa e a consequente poluição do ar;¹⁷⁴ (ii) as mudanças climáticas; e (iii) os desastres ambientais.¹⁷⁵

Ressalta-se que o “esgotamento dos recursos naturais e os impactos negativos da degradação ambiental, incluindo a desertificação, secas, a degradação dos solos, a escassez de água doce e a perda de biodiversidade acrescentam e exacerbam a lista de desafios que a humanidade enfrenta”.¹⁷⁶ Nesse contexto, assinala-se que “as mudanças climáticas são apontadas como um dos principais fenômenos resultantes da atuação do homem no planeta,

¹⁷² “Energy and the environment are physically linked in the natural fuel cycle. From exploration and extraction through processing and transportation and then to distribution, consumption, and disposal of the natural resources that are used to produce energy, environmental consequences follow”. HEFFRON, Raphael J.; RÖNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 44. (tradução nossa)

¹⁷³ “The exploitation of energy is inextricably entwined with issues of environmental protection, with numerous issues of planning and environment protection and conservation law relevant to the industry”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 245.

¹⁷⁴ “O caráter transfronteiriço da poluição tem reforçado a necessidade da utilização de processos de integração, como mecanismos para garantir a tutela do meio ambiente. Isso porque o Estado, ao tornar-se membro de uma organização regional, está impedido de adotar medida contrária ao seu posicionamento anterior, garantindo a contínua evolução do regime jurídico regional: trata-se do princípio do *estoppel*, ou da proibição de *venire contra factum próprio*, com fundamento no art. 45 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 36.

¹⁷⁵ “Other major international environmental impacts associated in whole or in part with energy use and production include acid rain, climate change and the dumping of radioactive wastes. To a lesser extent one can also add the depletion of the ozone layer and desertification. As a result of these developments, energy is now very much a part of international environmental law”. LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. Energy, international environmental law and sustainable development, In: LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. *Energy Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 34-77, 2006, p. 36.

¹⁷⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

chamando pela necessidade de urgente conscientização e cumprimento dos tratados ambientais internacionais sobre o tema”.¹⁷⁷

Não se pode deixar de ressaltar que os impactos ambientais¹⁷⁸ ultrapassam as fronteiras geográficas, transnacionalizando o tema no seu aspecto jurídico. Certo é que “a regulamentação internacional do meio ambiente sofre as consequências do fenômeno denominado mundialização, ou globalização, em primeiro lugar pela própria natureza dos fenômenos físicos, que não conhecem fronteiras entre Estados”.¹⁷⁹

A perspectiva internacional dos impactos ambientais gerados pelo setor energético se fez presente no Relatório Brundtland, estabelecendo uma agenda para mudança do *status quo*. Naquele momento, o debate internacional tratava de como satisfazer as necessidades da sociedade contemporânea sem comprometer as gerações futuras, permitindo que estas satisfaçam suas próprias necessidades.¹⁸⁰

A relação entre ‘meio ambiente’ e ‘energia’ convergiram no plano internacional no âmbito da Rio 92,¹⁸¹ ao se propor negociações sobre a energia na ‘Agenda 21’,¹⁸² em que algumas soluções de sustentabilidade foram debatidas.¹⁸³ Nesse particular, a

¹⁷⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 35-36.

¹⁷⁸ “*The production and use of energy has an unavoidable impact on the environment. Energy, in any of its forms, is necessary for most activities in modern life and is used in most everyday contexts as well as in production processes. In both cases, it affects the environment. Whether through the operation of factories or through the use of automobiles and other vehicles, it contributes significantly to environmental problems*”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 404.

¹⁷⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 35.

¹⁸⁰ Na opinião de Flavia da Costa Limmer o “Relatório Nosso Futuro Comum evidenciou a próxima relação entre economia e meio ambiente. A ECO-92, por seu turno, consolidou o desenvolvimento sustentável, conferindo a este força política e relevância. Durante sua realização foram assinados emblemáticos documentos, como as convenções-quadro sobre biodiversidade e mudanças climáticas, além da Agenda 21, um protocolo de compromissos que os Estados deverão adotar com o objetivo de garantir a sustentabilidade plena ao final do século 21. Porém, apesar de sua relevância, a Agenda 21 não possui valor jurídico, sendo apenas compromissória. Logo cada Nação poderá cumprir suas metas em um ritmo próprio. Por esta razão a Rio+10 ou Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável realizada em Johannesburgo em 2002 foi considerada um fracasso, pois se percebeu que a maioria dos países ainda não havia implementado políticas públicas centradas na sustentabilidade”. LIMMER, Flavia da Costa. *Princípios Constitucionais do Direito Ambiental e suas relações com o setor de Petróleo e Gás*. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, v. 5, n.1, p. 171-188, 2018, p. 175.

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU*, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meio-ambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

¹⁸² BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Global*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

¹⁸³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Global - Capítulo 9. Proteção da Atmosfera*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap09.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 3.

internacionalização da transição energética passa a se fundamentar em determinadas premissas, dentre elas, a proteção ambiental.

Ao assegurar os padrões de produção e consumo sustentável - conceito inicialmente proposto pela Declaração de Johannesburgo-¹⁸⁴ a Agenda 2030 da ONU estabeleceu como parte do décimo segundo objetivo, a necessidade de se “assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis”.¹⁸⁵ A meta 12.4 determina que é preciso “alcançar o manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e todos os resíduos” e, assim, “minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente”.¹⁸⁶ Desse modo, é preciso reconhecer que “a mudança do padrão de energia é de vital importância para o funcionamento de todo o domínio produtivo”.¹⁸⁷

Com relação à emissão de gases de efeito estufa, a Agência Internacional de Energia, no original, denominada, *International Energy Agency* (IEA)¹⁸⁸ sustenta que a energia se consolidou como principal fator contributivo para a poluição do ar, cuja contaminação contribui para variados riscos à saúde.

Em 2018, as estatísticas elaboradas pela IEA projetaram que 2,9 milhões de mortes prematuras teriam sido provocadas pela poluição do ar a nível externo e 2,6 milhões a nível doméstico, totalizando 5,5 milhões de mortes prematuras por ano.¹⁸⁹ Esta agência estima, ainda, que tal número possa alcançar 4 milhões, caso nenhuma medida preventiva seja tomada.¹⁹⁰ Se

¹⁸⁴ “*Changing unsustainable patterns of consumption and production*”. UNITED NATIONS. General Assembly. A/CONF.199/20, *Report of the World Summit on Sustainable Development*, 2002. Disponível em: <<https://undocs.org/A/CONF.199/20>>.

¹⁸⁵ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/69/315*, 2012. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/69/315>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 1.

¹⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

¹⁸⁷ BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Investimento Estrangeiro Direito, Arbitragem Internacional e Energia: *Andante ma non troppo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 779-799, 2014, p. 780

¹⁸⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *About*. Disponível em: <<https://www.iea.org/>>. Acesso em: 21 mai. 2019.

¹⁸⁹ “*Premature deaths linked to air pollution now amount to 2.9 million from outdoor air pollution, and a further 2.6 million from household pollution*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 103.

¹⁹⁰ “*Energy is also the principal source of air pollution linked to severe human health impacts. Today, premature deaths from outdoor air pollution are estimated at around 3 million a year, and are set to rise to more than 4 million if no further action is taken*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *A new approach to energy and sustainable development - the Sustainable Development Scenario*. Disponível em: <<https://www.iea.org/newsroom/news/2017/november/a-new-approach-to-energy-and-sustainable-development-the-sustainable-development.html>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

as projeções da IEA para 2040 se concretizarem, haverá 6 milhões de mortes prematuras em virtude da poluição do ar.¹⁹¹

a) a redução da emissão de gases de efeito estufa

Diante dos impactos das atividades do setor energético ao meio ambiente e à saúde humana, o uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica se tornou estratégia adotada pelos países para redução da emissão de gases de efeito estufa.¹⁹² A contribuição de Adrian Bradbrook destaca a magnitude dos impactos ambientais especialmente vinculados às mudanças climáticas derivados da produção e do consumo da energia.¹⁹³

Nesse contexto, a UNFCCC se consolidou como “principal fórum internacional e intergovernamental para negociar a resposta global à mudança climática”.¹⁹⁴ E, assim, a energia renovável se tornou instrumento utilizado pelos Estados-partes no âmbito do Protocolo de Quioto,¹⁹⁵ complementar à UNFCCC, como mecanismo de redução das emissões de gases de efeito estufa.¹⁹⁶

¹⁹¹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 47.

¹⁹² BERGMANN, Ariel; HANLEY, Nick; WRIGHT, Robert. Valuing the attributes of renewable energy investments, *Energy Policy*, n. 34, p. 1004-1014, 2006, p. 1004.

¹⁹³ “In recent years, the major global environmental concern has been climate change, to which energy production and consumption is the major contributing factor”. BRADBROOK, Adrian. Energy and law - Searching for new directions. STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Eds.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*, Adelaide: University of Adelaide Press, p.13-34, 2016, p. 15.

¹⁹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 11 jun. 2019. “The preamble of the UNFCCC was the first multilateral treaty to declare that anthropogenic greenhouse gas emissions cause global warming. No express provision in the UNFCCC touches on renewable energy. However, the upsurge of interest in renewable energy is closely linked to climate change law and the role of States in mitigating adverse effects of climate change”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 382.

¹⁹⁵ BRASIL. Ministério Meio Ambiente. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto.html>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁹⁶ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 365. “It is important to note, however, that Canada withdrew from the Kyoto Protocol in November 2012, the United States has never ratified it and Russia and Japan have not signed up to the second commitment period. This compromises the overall reductions expected of developed economies”. LYSTER, Rosemary. Renewable Energy in the Context of Climate Change and Global Energy Resources. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 83-110, 2014, p. 86.

Conforme preconizou o artigo 2(1)(a)(iv) do Protocolo de Quioto,¹⁹⁷ os Estados-partes deverão elaborar políticas e medidas nacionais para a pesquisa, promoção, desenvolvimento e aumento do uso de fontes renováveis e alternativas de energia.¹⁹⁸ Do mesmo modo, o Acordo de Paris, celebrado em 2015 no âmbito da UNFCCC, reconhece a necessidade de criar “padrões sustentáveis de consumo e produção” como mecanismo de combate às mudanças climáticas.¹⁹⁹

Na luta contra a degradação ambiental e poluição do ar, a Agenda 2030 da ONU sustenta que “a natureza global da mudança do clima requer a maior cooperação internacional possível visando acelerar a redução das emissões globais de gases de efeito de estufa e abordar a adaptação aos impactos negativos das mudanças climáticas”.²⁰⁰

Desse modo, o uso de fontes renováveis de energia se consolidou como ferramenta auxiliadora no combate às mudanças climáticas e redução dos impactos ambientais ocasionados pelas emissões de gases de efeito estufa,²⁰¹ reconhecendo que

¹⁹⁷ BRASIL. Ministério Meio Ambiente. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto.html>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁹⁸ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 364.

¹⁹⁹ BRASIL. Decreto Nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 jun. 2017. “*The preambular paragraphs of the Paris Agreement mention the promotion of universal access to sustainable energy ‘through the enhanced deployment of renewable energy’. This has led to ‘significant public and political support for the steps needed to monitor and enforce the transition to a lower carbon economy’*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 382.

²⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. “*The purpose of the Protocol, adopted in 1997, was to provide for specific measures for the gradual reduction over time of emissions of six so-called “greenhouse gases”, particularly carbon dioxide, methane, nitrous oxide and three other ones (HFC (hydrofluorocarbons), PFC (perfluorocarbons) and sulphur hexafluoride). These gases are produced in particular, although not solely, during the energy production process. All countries, developed as well as developing, are involved in the process. The Protocol provides quantitative goals for the reduction of emissions, namely a reduction by 8 per cent between 2008 and 2012 and allocates the reduction among the contracting parties, in particular the developed ones, since there was an effort to avoid imposing too heavy a burden on developing countries. To make implementation easier various devices are used, such as the possibility of buying and selling “rights to pollute”. In spite of such efforts to temper the impact of the necessary measures, final adoption and implementation of the Protocol has faced serious difficulties, since its implementation involves extensive and costly adjustments in the entire industrial structure of the countries involved. Many important States, including in particular the United States, have been reluctant to act, thus inducing others to delay action, as well. A recent conference in Bali, Indonesia, in late 2007 sought to gather support for the Protocol, with limited success*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 406.

²⁰¹ “*the renewable energy sector is now seen as a fundamental component of global efforts to promote energy security and access, and to climate policy scenarios for achieving the 2°C global climate policy target under the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.;

a mudança climática é um dos maiores desafios do nosso tempo e seus efeitos negativos minam a capacidade de todos os países de alcançar o desenvolvimento sustentável. Os aumentos na temperatura global, o aumento do nível do mar, a acidificação dos oceanos e outros impactos das mudanças climáticas estão afetando seriamente as zonas costeiras e os países costeiros de baixa altitude, incluindo muitos países menos desenvolvidos e os pequenos Estados insulares em desenvolvimento. A sobrevivência de muitas sociedades, bem como dos sistemas biológicos do planeta, está em risco.²⁰²

b) contribuição ao desenvolvimento sustentável

Parece-nos que há um consenso no plano acadêmico e político-regulatório no sentido de que a redução das mudanças climáticas, a manutenção do ar limpo, o acesso universal aos serviços de energia, assim como a segurança energética global contribuem para o desenvolvimento sustentável.²⁰³ Acredita-se que a energia renovável possa ser utilizada como instrumento principal para alcançar tais objetivos e, desse modo, a sustentabilidade.²⁰⁴

A demanda global por energia primária revela, contudo, que os combustíveis fósseis ainda são predominantes, totalizando 79,5% em 2016,²⁰⁵ o que impulsiona as emissões de CO₂ relacionadas ao consumo energético.²⁰⁶ Constata-se, assim, que a participação dos combustíveis fósseis não se modificou nos últimos 25 anos e o petróleo, carvão e gás permaneceram como combustíveis centrais na matriz energética global (Figura 1).

Figura 1 - Demanda global por energia primária (Mtoe)²⁰⁷

TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 358-359.

²⁰² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

²⁰³ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook, 2017*. Disponível em: <<http://www.iea.org/access2017/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

²⁰⁴ BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for All?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 31.

²⁰⁵ RENEWABLE ENERGY POLCIY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 30.

²⁰⁶ “After plateauing for three years, global energy-related CO₂ emissions rose in 2017 by more than 500 million tonnes (Mt). In the New Policies Scenario, total energy-related CO₂ emissions continue to rise, going up by 10% to 36 gigatonnes (Gt) in 2040. Most of the growth comes from gas and oil, reflecting the trends in demand, but coal (with 39% of the total) remains the largest source of emissions in 2040, followed by oil (33%) and gas (27%).” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 46.

²⁰⁷ Mtoe: Megatonelada equivalente de petróleo.

			New Policies		Current Policies		Sustainable Development	
	2000	2017	2025	2040	2025	2040	2025	2040
Coal	2 308	3 750	3 768	3 809	3 998	4 769	3 045	1 597
Oil	3 665	4 435	4 754	4 894	4 902	5 570	4 334	3 156
Gas	2 071	3 107	3 539	4 436	3 616	4 804	3 454	3 433
Nuclear	675	688	805	971	803	951	861	1 293
Renewables	662	1 334	1 855	3 014	1 798	2 642	2 056	4 159
Hydro	225	353	415	531	413	514	431	601
Modern bioenergy	377	727	924	1 260	906	1 181	976	1 427
Other	60	254	516	1 223	479	948	648	2 132
Solid biomass	646	658	666	591	666	591	396	77
Total	10 027	13 972	15 388	17 715	15 782	19 328	14 146	13 715
<i>Fossil fuel share</i>	<i>80%</i>	<i>81%</i>	<i>78%</i>	<i>74%</i>	<i>79%</i>	<i>78%</i>	<i>77%</i>	<i>60%</i>
CO₂ emissions (Gt)	23.1	32.6	33.9	35.9	35.5	42.5	29.5	17.6

Notes: Mtoe = million tonnes of oil equivalent; Gt = gigatonnes. Solid biomass includes its traditional use in three-stone fires and in improved cookstoves.

Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY.²⁰⁸

Os impactos ambientais incluem, outrossim, os possíveis desastres ambientais que podem ocorrer no âmbito da exploração,²⁰⁹ processamento, transporte,²¹⁰ distribuição e descarte de tais recursos naturais.²¹¹ Deve-se recordar que os acidentes envolvendo o transporte de combustíveis já resultaram em efeitos catastróficos ao meio ambiente.²¹²

²⁰⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 38.

²⁰⁹ "The high seas are also used increasingly for energy exploration and production, particularly offshore oil and gas. This has given rise to significant developments in international law relating to boundary disputes, pipelines and artificial islands, and the abandonment of offshore installations". LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. Energy, international environmental law and sustainable development, In: LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. *Energy Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 34-77, 2006, p. 36.

²¹⁰ "Energy transportation of fossil fuels is largely the domain of large ocean-going tankers, some of which have foundered, causing severe environmental damage to adjacent coastal States". LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. Energy, international environmental law and sustainable development, In: LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. *Energy Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 34-77, 2006, p. 35.

²¹¹ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 44.

²¹² "The wreck of the tanker Torrey Canyon in 1967, when a considerable amount of crude oil was spilt into the North Sea, was in fact a major factor in the sensibilization of public opinion to the dangers confronting the environment. Later accidents with oil tankers and, to a lesser extent, with pipelines have confirmed the importance of the problem. But the non-accidental impact of energy is clearly even more important. The side-effects of energy production processes, in addition to atmospheric or sea pollution, involve emissions of many kinds which affect the local environment as well as the environment of the whole planet. It has taken considerable time, however, for the realization of this impact to become an important issue in world affairs". FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 405.

Com isso, o transporte também se tornou um tema de preocupação do Direito Internacional e motivador para a consecução da transição energética,²¹³ especialmente relacionado ao petróleo.

Arghyrios Fatouros sintetiza em lista não-exaustiva as diversas consequências para o meio ambiente que podem resultar das atividades de uma sociedade focalizada na produção e consumo de fontes energéticas tradicionais. O rol compreende a (i) exaustão de tais recursos; (ii) poluição do ar e dos lençóis freáticos; (iii) emissão de gases de efeito estufa; e (iv) poluição dos mares em desastres de derramamento de petróleo e eventual vazamentos de forma gradual.²¹⁴

Há que se mencionar, contudo, que as externalidades negativas relacionadas à exploração e consumo dos combustíveis fósseis não são contabilizadas no preço da energia. Os riscos dos projetos envolvendo tais fontes de energia são subdimensionados, inexistindo qualquer obrigação legal de se agregar tais custos no valor final da energia elétrica produzida.²¹⁵

O paradoxo reside, portanto, no fato de que a exploração de combustíveis fósseis com custos subdimensionados concorre com empreendimentos que utilizam energia renovável altamente precificados e requerem investimentos maciços, inviabilizando, por vezes, a realização de tais projetos.

Mesmo assim, a promoção da energia renovável se abaliza em uma miríade de efeitos positivos que justificam os mecanismos estatais de apoio e os compromissos internacionais para o seu desenvolvimento. Cada um desses elementos positivos dialoga com os demais, demonstrando que se encontra no cerne do processo de transição energética. Desse modo, além dos efeitos contributivos à proteção do meio ambiente, a energia renovável também apresenta

²¹³ BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 203. “*With such a large contribution, it is unrealistic to imagine that the problem could ever be resolved without addressing fully and adequately the problem of emissions from energy use and production*”. BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 204.

²¹⁴ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 405.

²¹⁵ “*The negative externalities (including the costs of pollution and greenhouse gas emissions) of traditional energy sources are not considered in their price. This is because the risks of conventional power projects are often underestimated and there is no obligation of conventional energy use providers to internalize the full costs of their actions*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 381. Tedd Mose afirma que “*The energy mix will have more sustainable energy when law and policy solutions integrate the true cost of fossil fuels, which will make them more expensive, while making renewable energy less expensive*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373-396, 2018, p. 390.

substratos de ordem econômica e social que repercutem especialmente em países com alta dependência energética externa.²¹⁶

1.1.5 Os fundamentos econômicos e sociais para promoção da energia renovável

Inobstante a materialidade dos benefícios ambientais que há por um lado, entende-se que há, por outro lado, motivação de ordem econômica e social inerente à transição energética e à promoção da energia renovável. Assim, não se fundamenta em um movimento inteiramente ambientalista, mas também apresentam aspectos econômicos e sociais que influenciam as políticas energéticas nacionais.

As justificativas econômicas que motivam os Estados a investirem em fontes renováveis de energia se encontram fundamentadas na (i) disponibilidade de recursos naturais,²¹⁷ determinando a (in)dependência externa e o padrão de sujeição à variabilidade ocasional do mercado de energia; e (ii) necessidade de investimentos (público e privado, nacional e estrangeiro) para consecução do processo de transição energética.

a) a disponibilidade de recursos naturais e a demanda energética

A predominância dos aspectos geológicos e consequente disponibilidade de recursos naturais se consolidou como determinante para orientar a política energética de qualquer país. Do ponto de vista estritamente econômico, o desenvolvimento das renováveis contribuiu para a redução da dependência externa dos combustíveis fósseis.

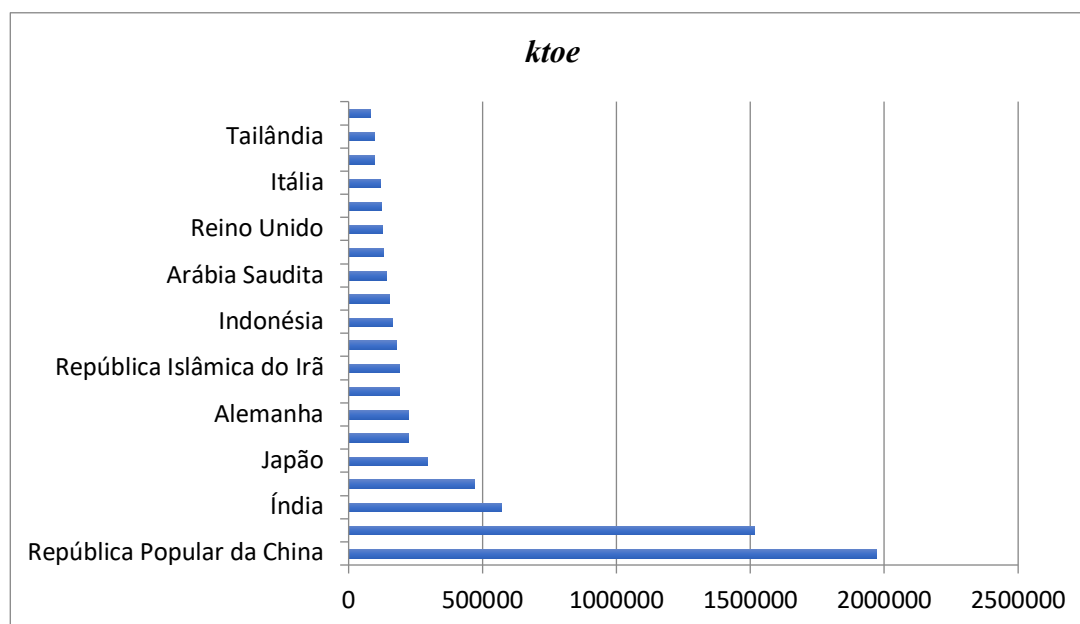
Nesse sentido, examinamos os exemplos da China e Estados Unidos, principais consumidores de energia no mundo. Ao observar o panorama dos 20 maiores países consumidores, a demanda por energia desses países representa aproximadamente um terço do total global (Figura 2).²¹⁸

²¹⁶ “*The promotion of energy efficiency and the development and use of renewable energy sources may be understood in fact, not only as measures with a definite economic value of their own, but also as measures for the protection of the environment*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 405.

²¹⁷ TALUS, Kim. Internationalization of energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 3-17, 2014, p. 3.

²¹⁸ As estatísticas da Agência Internacional de Energia disponibilizadas no *World Energy Balances 2018* referem-se ao consumo global de energia - na denominação original, *Total Final Consumption (TFC)* - de todas as fontes energéticas. Pode-se verificar neste balanço que a demanda energética da República Popular da China foi de 1969366 ktoe em 2016, e 1515035 ktoe dos Estados Unidos da América, posicionando esses países em primeiro e segundo lugar, respectivamente, no volume de consumo total de energia no mundo. Considerando que o balanço

Figura 2 - Panorama dos 20 maiores consumidores de energia (ktoe)



Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY²¹⁹

Em se tratando do principal consumidor de energia na atualidade,²²⁰ a China adotou inúmeras políticas para promoção da energia renovável visando a redução da sua dependência externa de combustíveis fósseis e combate às mudanças climáticas. Nessa diretriz, o governo chinês passou a realizar investimentos em projetos com uso de fontes renováveis, adotando incentivos para a concretização de empreendimentos focalizados em energia solar.²²¹

No relatório publicado pelo *Renewable Energy Policy Network* (REN21)²²² em 2018, os investimentos realizados pela China representavam 45% do total global em renováveis. Em seguida, a Europa (15%) e os Estados Unidos (14%) estavam na lista de maiores investidores.²²³

global representou 9075271 ktoe, o valor da soma do consumo da China e dos Estados alcançou o total de 3484401 ktoe e, assim, representa 38% do consumo global. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA World Energy Balances 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-balances-2018>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

²¹⁹ O gráfico foi elaborado pela autora com os dados obtidos no relatório da Agência Internacional de Energia. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA World Energy Balances 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-balances-2018>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

²²⁰ “China is now the world’s largest energy consumer and India will be the principal driver of energy consumption within Asia from 2020”. DOWNIE, Christian. *Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform?* Oxford: *International Affairs*, 91, vol. 4, p. 799-812, 2015, p. 801.

²²¹ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2015: Global Status Report*. Disponível em: <http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN12-GSR2015_Onlinebook_low1.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019, p. 81.

²²² Adota-se a terminologia original, dado que não há uma tradução oficial para a referida organização.

²²³ A estimativa de 45% exclui os investimentos em hidrelétricas com produção acima de 50MW. “China accounted for a record 45% of global investment in renewables (excluding hydropower larger than 50 MW), up from 35% in 2016, followed by Europe (15%), the United States (14%) and Asia-Oceania (excluding China and India, 11%)”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019, p. 24.

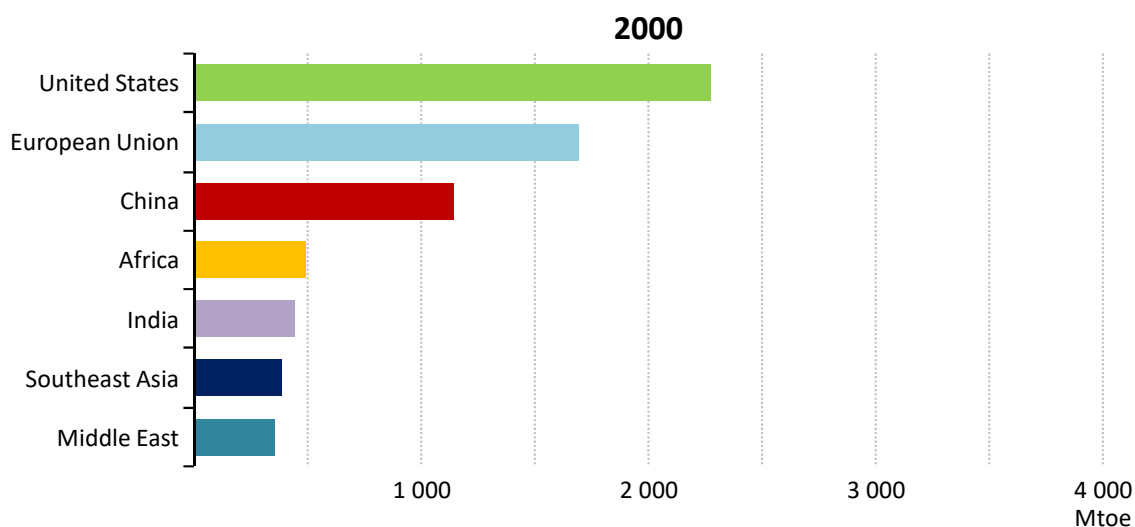
Além disso, a China permaneceu em 2018 como o mercado que atraiu mais investimentos em energia em todo o mundo.²²⁴

Com o crescimento populacional, a demanda energética se intensificará no futuro próximo e, por conseguinte, os Estados precisarão se reestruturar para atender ao consumo crescente com uso de fontes de energia que impactem cada vez menos no meio ambiente.

Nos prognósticos realizados pela IEA, a demanda de energia primária global sofrerá uma expansão de 25% entre 2017 e 2040. Nesse patamar de crescimento, caso não haja efetivo aprimoramento das políticas de eficiência energética, a demanda poderá se tornar duas vezes maior do que o previsto.

Outra dimensão importante é a mudança no panorama geográfico de consumo. Em 2000, mais de 40% da demanda global estava concentrada na Europa e América do Norte e, aproximadamente 20% nos países em desenvolvimento na Ásia (Figura 3). Tal quadro já se se reestruturou em 2017 (Figura 4), momento em que a China passou a figurar no topo da lista dos países que mais consomem energia no mundo.

Figura 3 - Panorama da demanda energética global em 2000

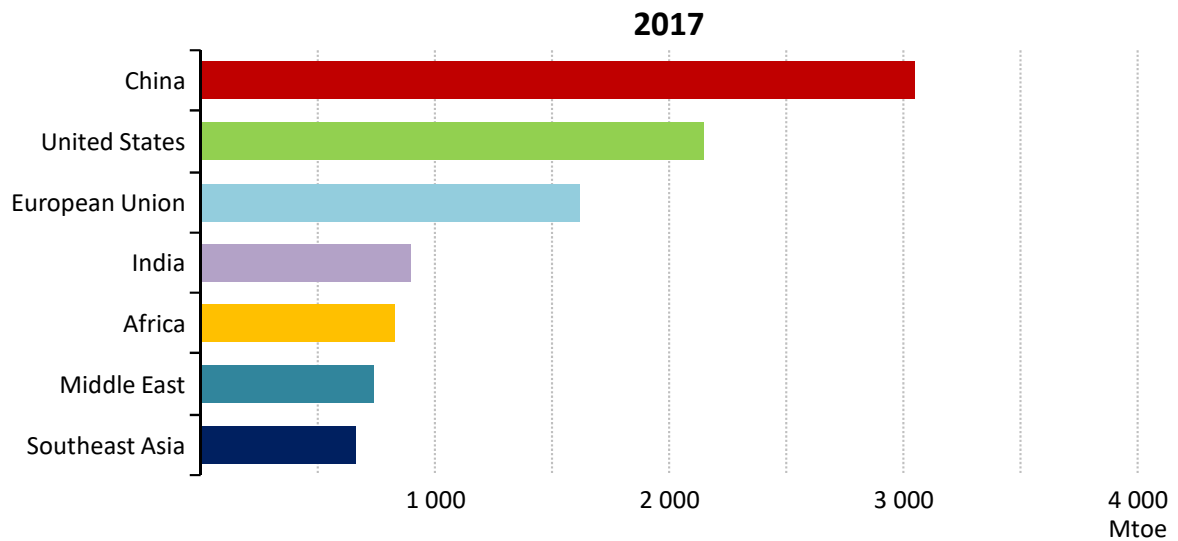


Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY²²⁵

²²⁴ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 6

²²⁵ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018: Presentation*. Disponível em: <<https://www.iea.org/media/presentations/WEO2018-Presentation.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 3.

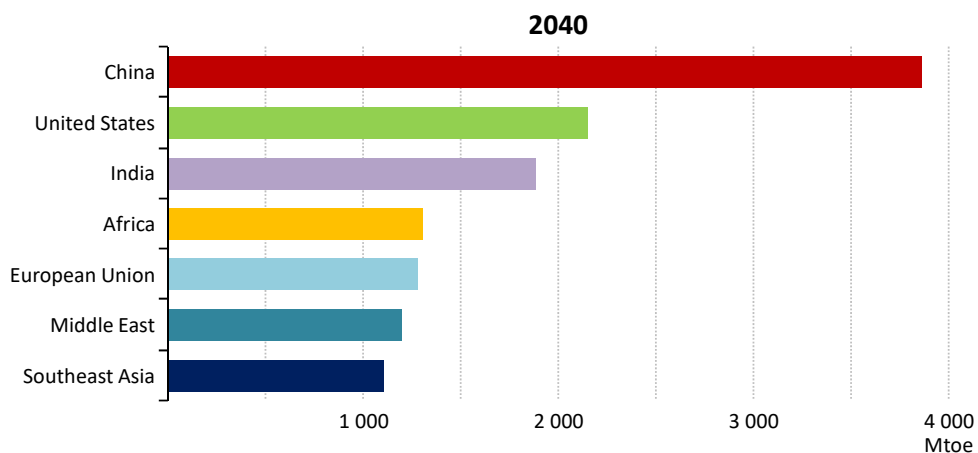
Figura 4 - Panorama da demanda energética global em 2017



Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY²²⁶

Para 2040, as projeções da IEA (Figura 5) preveem um cenário consideravelmente diverso, demonstrando os possíveis resultados positivos da política energética implementada no âmbito da União Europeia que se orienta, entre outros aspectos, para um consumo consciente baseado na eficiência energética. Assim, estima-se que a União Europeia apresentaria uma redução em 20% na demanda, enquanto os Estados Unidos permaneceriam estáveis em termos percentuais e a China lideraria o consumo global.²²⁷

Figura 5 - Panorama da demanda energética global em 2040



²²⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018: Presentation*. Disponível em: <<https://www.iea.org/media/presentations/WEO2018-Presentation.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 4.

²²⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 41.

Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY²²⁸

Os dados estatísticos sobre a demanda energética contribuem para a orientação de novas políticas no setor, por meio de medidas focalizadas na eficiência energética e redução do consumo de energia. Do mesmo modo, é preciso recorrer às novas tecnologias para promover o uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica, no aquecimento e no transporte, assim como priorizar o acesso da eletricidade produzida com uso de tais fontes à rede elétrica.

Por fim, todos esses contribuem para a redução da dependência econômica e da sujeição à variabilidade ocasional do mercado de energia dos países não detentores de reservas de combustíveis fósseis.²²⁹ As fontes renováveis contribuem ativamente para a transição de um cenário de dependência de fontes tradicionais de energia para a independência com uso recursos renováveis com objetivo de reduzir os impactos ao meio ambiente e apresentar efeitos contributivos para o desenvolvimento.

b) o aspecto econômico da transição energética

É preciso reconhecer que a tecnologia da energia renovável vem evoluindo para se tornar economicamente mais atraente, possibilitando a geração de eletricidade a menor custo e estabilidade a longo-prazo.²³⁰ A transição energética apresenta aspectos econômicos relacionados (i) às novas instalações com uso de fontes renováveis; (ii) à redução na importação de combustíveis fósseis por países desprovidos de reservas naturais e; (iii) à segurança energética.

Após a entrada em vigor da UNFCCC e do Protocolo de Quioto, os Estados-Partes iniciaram a implementação das metas assumidas no plano internacional. A utilização de fontes renováveis na geração de energia elétrica se consagrou, então, como meio para efetivar tais compromissos internacionais.

E, assim, a União Europeia adotou a Diretiva 2001/77/CE para promover a produção de eletricidade com uso de fontes renováveis de modo a contribuir para o cumprimento dos objetivos de redução da emissão de gases de efeito estufa, dando cumprimento aos compromisso

²²⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018: Presentation*. Disponível em: <<https://www.iea.org/media/presentations/WEO2018-Presentation.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 5.

²²⁹ “*These natural resources are unevenly distributed among states across the globe and, once extracted, are subject to occasional, sometimes dramatic, swings in price*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 3.

²³⁰ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019, p. 27.

internacionais assumidos.²³¹ Esta diretiva reconheceu e autorizou os Estados-Membros a implementar os regimes de apoio, que consistem em incentivos financeiros para que investidores sejam atraídos para projetos de energia renovável. Com a captação de investimentos para o território destes países, novos empreendimentos são construídos, o que gira a economia e gera oportunidades de emprego na região onde se encontra a instalação. Trata-se de um dos efeitos econômicos atrelados aos projetos de energia renovável e à transição energética.

A substituição da importação de combustíveis fósseis por renováveis que são recursos energéticos disponíveis no território de países que não possuíam reservas de fontes convencionais também é um aspecto econômico que estimula o desenvolvimento de tais projetos. Nesse caso, a redução dos custos relativos às importações favorece o uso de renováveis, mesmo que em um momento inicial haja uma carga financeira com incentivos concedidos para impulsionar o setor.

A redução das importações também se conecta com outro aspecto de alta importância que é a segurança energética. Com a volatilidade do mercado de combustíveis fósseis, em especial, o de petróleo, qualquer acontecimento no cenário internacional pode impactar fortemente os preços, repercutindo em toda a economia dos países importadores. O uso de renováveis também contribui para o planejamento interno, permitindo um aprovisionamento mais garantido que responda à demanda energética futura.

Outro aspecto econômico relevante remete ao movimento iniciado nos anos 2000 para o incentivo dos investimentos em renováveis no âmbito das empresas privadas com objetivo de alcançar metas internas de responsabilidade social corporativa.²³² As iniciativas privadas que contribuem para o desenvolvimento da energia renovável e variam da celebração de contratos de compra e venda de energia elétrica, no original, denominados *power purchase agreements* (PPA), até os certificados de energia elétrica renovável, no original, *renewable energy certificates* (RECs) e garantias de origem (GO).²³³ Há, ainda, os tipos de investimentos

²³¹ “O aumento da utilização de electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis constitui uma parte substancial do pacote de medidas necessário ao cumprimento do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas relativa às alterações climáticas e de qualquer pacote de medidas destinadas ao cumprimento de compromissos ulteriores”. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

²³² RENEWABLE ENERGY POLCIY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 27.

²³³ RENEWABLE ENERGY POLCIY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 27.

realizados pelas transnacionais para um sistema de geração de energia objetivando o consumo próprio.²³⁴ Tais iniciativas se consolidam como mecanismos de fator econômico motivados pelo progresso do desenvolvimento da energia renovável.

c) ampliação do acesso aos serviços de energia

A energia é essencial para a concretização das atividades da sociedade contemporânea porquanto ampliar o acesso aos ‘serviços de energia’²³⁵ é um passo necessário no caminho para redução da pobreza e desigualdades sociais.²³⁶ Os ‘serviços de energia’ compreendem o ‘acesso

²³⁴ “AkzoNobel, DSM, Google and Philips formed a unique partnership to jointly sign two power purchase agreements (PPAs) in 2016 to create two wind power projects – Krammer and Bouwdokken – in Zeeland, the Netherlands. Together, these two wind parks have a total capacity exceeding 140 MW, enough to power some 128,800 EU households. The consortium represents a potentially replicable model for multiple renewable energy buyers to aggregate their electricity demand under a single PPA deal”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 16. “In October 2016 and January 2017, the companies signed two long-term power purchase agreements (PPAs) that enabled construction of two Dutch wind farm projects – Krammer and Bouwdokken. These wind farms, both of which are located in the southwest of the Netherlands, have a total capacity of over 140 MW, enough to power approximately 140,000 households. It is the first time that a group of multinationals in the Netherlands have teamed up to negotiate long-term PPAs directly with project developers, bypassing the involvement of an energy utility company. (...) AkzoNobel Specialty Chemicals, which already sources some 45% of its energy from renewable sources, will use the green energy chiefly to produce chlorine, caustic soda and ‘green’ hydrogen at its site in Rotterdam, all essential raw materials in the chemical industry. DSM uses the renewable energy as an addition to its commitment to purchase electricity from renewable sources to manufacture products in health, nutrition and materials and create solutions that nourish, protect and improve performance. Google will supply its datacenter in the Netherlands with energy from the grid on which the wind farms are producing electricity”. AKZONOBEL. *AkzoNobel Specialty Chemicals, DSM, Google and Philips receive first power from new Dutch wind farm Bouwdokken*, 2018. Disponível em: <<https://www.akzonobel.com/en/for-media/media-releases-and-features/akzonobel-specialty-chemicals-dsm-google-and-philips-receive>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

²³⁵ Na definição proposta pela IEA no relatório de Acesso à Energia emitido em 2017, o acesso aos serviços de energia inclui (i) o acesso das famílias a um nível mínimo de eletricidade; (ii) o acesso das famílias a combustíveis e fogões de cozinha e aquecimento mais seguros e sustentáveis do que os fogões tradicionais de biomassa; (iii) acesso que possibilite atividade econômica produtiva; assim como (iv) o acesso a serviços públicos. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy Access Outlook 2017*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/download/direct/274>>. Acesso em: 20 fev. 2020. O Banco Mundial define acesso aos serviços de energia como a habilidade do consumidor final em utilizar os serviços que exigem um aparelho de energia ou abastecimento energético adequado, citando, em rol não exaustivo, como eletricidade, serviços de cozinha, circulação de ar, refrigeração, carregamento de celular, aquecimento, comunicação entretenimento, computação, entre outros. WORLD BANK GROUP. *Beyond Connections: Energy Access Redefined*. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/24368/Beyond0connect0d000technical0repo rt.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

²³⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Energy Access Outlook 2017*. Disponível em: <https://webstore.iea.org/download/direct/274?fileName=WEO2017SpecialReport_EnergyAccessOutlook.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020, p. 11. O Banco Mundial ressalta que “Today, more than one billion people live without electricity, which is only a slight improvement since 2012. Another 3 billion cook or heat their homes with polluting fuels like wood or other biomass, resulting in indoor and outdoor air pollution that causes about 4.3 million deaths each year. At this rate, the world will only reach 92% electrification by 2030, leaving many in the dark and unable to seize economic and social opportunities that can help them lead better lives”. WORLD BANK GROUP. *Energy & Mining*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/topic/energy>>. Acesso em: 12 jun. 2019. Segundo os

à eletricidade’ e o ‘acesso às instalações de cozinha com uso de energia limpa’ que são os dois principais pilares atrelados ao ‘acesso à energia’, conceito construído por organizações internacionais no setor de energia.²³⁷ A meta nº 1 do Objetivo no 7 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável trata dos acesso aos serviços de energia, que se configurou como um dos escopos para a transição energética global.²³⁸

Atualmente, uma parcela da população ainda se encontra marginalizada quanto aos serviços básicos como energia elétrica e combustíveis para aquecimento e cozinha. Em 2016, a IEA registrou que 1,1 bilhão de pessoas não possuía acesso à eletricidade para suas atividades diárias, sendo que esse número decresceu em 0,6 bilhão em 16 anos. Tal decréscimo foi resultado da expansão do sistema de transmissão e do consumo de combustíveis fósseis.²³⁹ No que tange os serviços energéticos para alimentação (*clean cooking facilities*), a IEA aponta que 2,8 bilhão de pessoas não possuíam acesso a combustíveis limpos. Conseqüentemente, utiliza-se biomassa, querosene ou carvão.²⁴⁰ A maior parte da população mais carente de tais serviços se concentra nos países em desenvolvimento da Ásia (1,9 bilhão de pessoas) e na África-Subsaariana (850 milhões de pessoas).

É importante destacar a região que se encontra mais defasada com relação aos serviços de energia é a África-subsaariana, que contava com uma população de 1,06 bilhão em 2017.²⁴¹

dados da *Renewable Energy Policy Network*, o número de pessoas sem acesso à eletricidade seria 1,06 bilhão. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 24.

²³⁷ Nesse sentido, cabe destacar a definição dos dois pilares mencionados “*Access to electricity corresponds to initial access of a household to sufficient electricity for a basic bundle of services with the level of service being capable of growing over time. Access to clean cooking facilities, on its turn, is conceived as the access to and the primary use of modern fuels and technologies for cooking facilities without damaging human health and allowing the maintenance of a sustainable environment with energy efficiency*”. VOLPON, Fernanda Torres; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Access to Modern Energy Services for the Promotion of Sustainable Development. In: LEAL FILHO, Walter et al. (Eds.), *Affordable and Clean Energy*. Basel: Springer Nature Switzerland AG, Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals, 2020, p. 1-12.

²³⁸ “7.1 By 2030, ensure universal access to affordable, reliable and modern energy services”. UNITED NATIONS. *Sustainable Development Goals*. Disponível em: <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/energy/>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

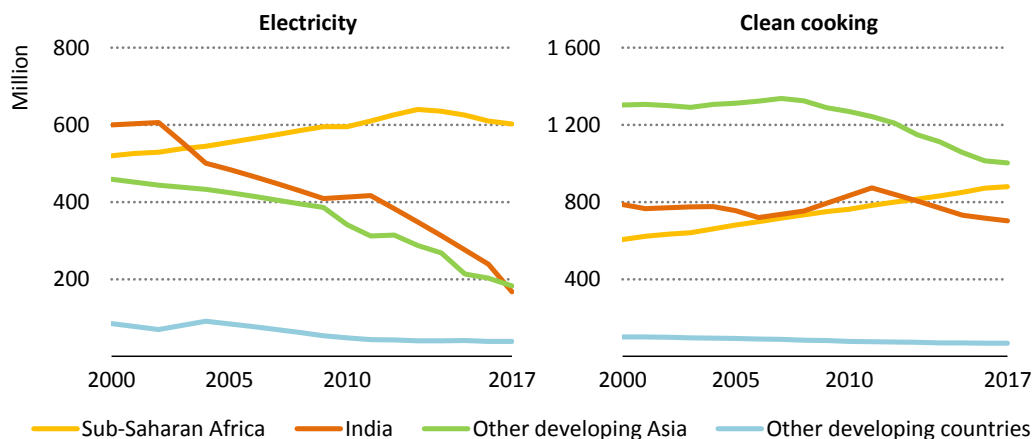
²³⁹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019. p. 98.

²⁴⁰ “*Developing Asia is home to around 65% of the global population without access, with 1.7 billion people lacking clean cooking facilities. Five-times more people lack clean cooking access than electricity in this region. However, the latest data shows promising signs, with 525 million people gaining access since 2011, compared with only 250 million between 2000 and 2011. In India and China, access rates have reached 47% and 70% respectively*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019. p. 98.

²⁴¹ “*Total population is based on the de facto definition of population, which counts all residents regardless of legal status or citizenship. The values shown are midyear estimates. Sub-Saharan Africa: Angola; Benin; Botswana; Burkina Faso; Burundi; Cabo Verde; Cameroon; Central African Republic; Chad; Comoros; Congo Rep.; Dem. Rep. Congo; Cote d'Ivoire; Equatorial Guinea; Eritrea; Eswatini; Ethiopia; Gabon; The Gambia, Ghana; Guinea; Guinea-Bissau; Kenya; Lesotho; Liberia; Madagascar; Malawi; Mali; Mauritania; Mauritius;*

Tal região permanece, ainda, com menor acesso, já que apenas 17% da população detém combustível com fontes limpas para cozinha e alimentação (Figura 6).

Figura 6 - População sem acesso aos serviços de energia em 2017



Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY.²⁴²

A contínua ampliação do acesso à população na Ásia indica que, até 2030, 99% dos indivíduos teria acesso aos serviços de energia nesta região. Na Índia e Indonésia, 100% da população seria beneficiada com a ampliação dos serviços a partir de meados de 2020. No caso da África-subsaariana, 600 milhões de pessoas continuariam sem acesso em 2030 por duas razões (i) crescimento populacional; e (ii) desigual progresso na região.²⁴³

Desta análise, parece-nos que a transição energética ainda não avança na velocidade necessária²⁴⁴ e apresenta particular heterogeneidade. Releva-se, por conseguinte, a importância que medidas estatais mais efetivas sejam adotadas para a ampliação do acesso à energia. No caso da China, por exemplo, a importância da energia renovável, em especial, energia solar, não está somente relacionada ao aspecto econômico da redução da dependência externa, mas também proporciona energia acessível à população rural que possui limitado alcance às redes

Mozambique; Namibia; Niger; Nigeria; Rwanda; Sao tome and Principe; Senegal; Seychelles; Sierra Leone; Somalia; South Africa; South Sudan; Sudan; Tanzania; Togo; Uganda; Zambia; Zimbabwe”. WORLD BANK. *Sub-Saharan Africa*. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/region/sub-saharan-africa>>. Acesso em 16 jun. 2019.

²⁴² INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 96.

²⁴³ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 100.

²⁴⁴ Nesse sentido, o relatório global de energia renovável constata duas realidades “*This year’s Renewables 2018 Global Status Report (GSR) reveals two realities: one in which a revolution in the power sector is driving rapid change towards a renewable energy future, and another in which the overall transition is not advancing with the speed needed*”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019. p. 15.

elétricas,²⁴⁵ o que configura um desenvolvimento social relacionado aos benefícios econômicos gerados pela transição energética.

Considerando que o acesso à energia se torna elemento indispensável para o crescimento econômico sustentável e o bem-estar social, concluímos que a energia renovável pode fomentar o desenvolvimento econômico em países menos desenvolvidos.²⁴⁶

d) atração de capital para concretização do processo de transição energética

A necessidade em tornar a eletricidade e outros serviços que utilizam fontes renováveis de energia economicamente mais atrativos requer a promoção de investimentos como elemento fundamental para consecução do processo de transição energética. Além dos investimentos públicos realizados pelos próprios governos, os Estados precisam atrair recursos de entidades privadas, instituições financeiras multilaterais e induzir investidores estrangeiros a alocar seu capital no mercado energético. Assim, os Estados desempenham um papel relevante por meio de políticas energéticas que assegurem um ambiente estável ao capital estrangeiro.

O desenvolvimento tecnológico, os investimentos, a política regulatória energética e, especialmente, a segurança jurídica, compõem um quadro complexo de fatores para concretização da transição energética.

O relatório global de ‘*Investimentos em Energia*’, no original, denominado *World Energy Investment (WEI)*,²⁴⁷ anualmente elaborado pela IEA apresenta um estudo mais detalhado dos riscos enfrentados pelos investidores.²⁴⁸ Em que pese a significativa expansão das fontes renováveis de energia, a Assembleia da ONU já se manifestou sobre o reduzido

²⁴⁵ LIMAO, Wang; HONGQIANG, Li; SHENGKUI, Cheng. A Study of the Ecological Effects of Solar Energy Development in Tibet. Berna: *Mountain Research and Development*, vol. 32, n.º. 1, Water Resources in the UpperIndus Basin and Beyond, 2012, p. 83.

²⁴⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 54.

²⁴⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

²⁴⁸ A metodologia de pesquisa e elaboração de dados estatísticos no WEI 2019 é elaborado e apresentada pela IEA: “*In WEI 2019, investment is defined as ongoing capital spending on assets. For some sectors, such as power generation, this investment is spread out evenly from the year in which a new plant or upgrade of an existing one begins its construction to the year in which it becomes operational. For other sources, such as upstream oil and gas and liquefied natural gas (LNG) projects, investment reflects the capital spending incurred over time as production from a new source ramps up or to maintain output from an existing asset.(...) By default, investment data are given in year 2018, US dollars, adjusted using country-level gross domestic product (GDP) deflators and 2018 exchange rates*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019: Methodology Annex & Glossary of Key Terms*. Disponível em: <<https://www.iea.org/media/publications/wei/WEI2019-Methodology-Annex.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019. p. 2.

progresso para eficiência energética face as metas globais estabelecidas, além do fato de que o financiamento e os investimentos estão sendo menos significativos do que o setor carece.²⁴⁹

Os dados do relatório WEI 2019 revelam que, em 2018, o volume global de investimento em energia se estabilizou no montante de 1,8 trilhões de dólares após três anos de declínio. No entanto, houve um acréscimo nos gastos públicos com abastecimento energético (petróleo, gás e carvão). Aproximadamente 35% do total de investimentos, ou seja, 620 bilhões de dólares, foi direcionado para a energia limpa.²⁵⁰

Há uma tendência de crescimento de investimentos em *upstream* em combustíveis fósseis em detrimento das renováveis. O WEI 2019 conclui que esta reorientação pode ter sido ocasionada pela concentração dos investimentos norte-americanos direcionados para este setor.²⁵¹ Consequentemente, os investimentos em energia ainda se desalinham com os objetivos estabelecidos no Acordo de Paris e na Agenda 2030 da ONU.²⁵²

Outro aspecto dos dados da IEA é a tendência de relação entre nível de receita (*income*) e investimento em energia, em que os investimentos se concentram nos países e regiões com maior receita. Em 2018, 90% dos investimentos em energia foram alocados nos países com alto ou médio-alto nível de receita (*high and upper-middle income*). Os países *high-income*, que possuem 15% da população mundial, contaram com 40% dos investimentos em energia e os *lower-middle* e *lower-income* 15% dos investimentos, muito embora possuam 40% da

²⁴⁹ “Although power generation using renewable energy is expanding rapidly, little progress has been made on integrating renewable energy into end-use applications. Meanwhile, the current rate of improvement in energy efficiency is less than what is needed to meet the global target. Financial flows, including public and private investments in energy, are also falling short”. UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/73/267 - Ensuring access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all*, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019. p. 2.

²⁵⁰ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 34.

²⁵¹ “The United States has been responsible for most of the growth in energy supply investment this decade, with increases in both oil and gas, supported by more spending on shale, and in the power sector.” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 21.

²⁵² “Today’s investment trends are misaligned with where the world appears to be heading. Notably, approvals of new conventional oil and gas projects fall short of what would be needed to meet continued robust demand growth”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019. p. 6. “After three flat years, global energy-related carbon dioxide (CO₂) emissions rose by 1.6% in 2017 and the early data suggest continued growth in 2018, far from a trajectory consistent with climate goals. Energy-related air pollution continues to result in millions of premature deaths each year”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018: Executive Summary*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/download/summary/190?fileName=English-WEO-2018-ES.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2019. p. 1. “the world is still a long way from meeting its environmental objectives, both in terms of climate and air quality”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 16 jun. 2019. p. 3.

população mundial.²⁵³ A tendência para concentração dos investimentos tende a se estabilizar nos próximos anos e se justifica por diferentes circunstâncias como, por exemplo, segurança dos investimentos em países com sistemas financeiros mais desenvolvidos.²⁵⁴

Outro aspecto de igual relevância no que tange os investimentos em energia é sua origem (pública ou privada). Atualmente, computa-se que 70% dos 42 trilhões de dólares de investimentos cumulativos entre 2018 e 2040 serão direta ou indiretamente provenientes de autoridades estatais. No caso da contribuição indireta, seria o resultado dos incentivos financeiros estatais e apenas 30% seriam investimentos privados.²⁵⁵

Em síntese, a regulação estatal desempenha papel fundamental na formação de um quadro jurídico e regulatório capaz de concretizar a transição energética, estimulando maior participação das fontes renováveis e redução dos subsídios aos combustíveis fósseis.²⁵⁶ Além disso, deve-se promover o progresso tecnológico e investir em infraestrutura de transmissão e distribuição de energia elétrica.²⁵⁷

Este cenário, contudo, apresenta uma ambivalência na política energética. Ao mesmo tempo que o Estado possui o mandato de incentivar o investimento em tecnologias mais eficientes e limpas, deve também assegurar que um abastecimento energético seguro e robusto.²⁵⁸ Nesse contexto, os investimentos figuram, atualmente, como ferramenta chave para

²⁵³ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 24.

²⁵⁴ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 24.

²⁵⁵ “Government policies and preferences will play a crucial role in shaping where we go from here. More than 70% of the \$42 trillion in investment in energy supply in the New Policies Scenario, across all domains, is either conducted by state-directed entities or responds to a full or partial revenue guarantee put in place by governments. Only just over a quarter comes from private enterprises responding to prices set on competitive markets”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 36.

²⁵⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 38. “Some government subsidies that benefit conventional energy sources actually put renewable energy projects to a greater disadvantage. Such subsidies include direct budgetary transfers, tax incentives, research and development (R&D) contribution, liability insurance, leases, rights of way on land, guarantees to mitigate project financing and fuel price risks, and local building codes. Finally, much of the basic renewable energy technology is not protected by intellectual property rights, which can lead to under-investment in the industry. However, where patents do exist, they can restrict developing countries from accessing new technologies at a low cost”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 382.

²⁵⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 6.

²⁵⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 52.

o desenvolvimento da energia renovável, servindo como instrumento viabilizador de projetos e das pesquisas científicas neste setor.

1.2 O protagonismo dos investimentos para o desenvolvimento da energia renovável

Na contribuição de Marilda Rosado de Sá Ribeiro, afirma-se que o crescimento do fluxo de investimentos estrangeiros ocasionado pela intensa interação entre os indivíduos “dão a tônica da sociedade contemporânea”.²⁵⁹ Com isso, “a globalização acelera os processos econômicos e sociais, notadamente os financeiros”²⁶⁰ e resulta em “consequente perda da importância das delimitações fronteiriças dos Estados e das suas leis, quando a matéria se relaciona com a temática dos investimentos, produção, oferta, procura e financiamentos”.²⁶¹

Os investimentos estrangeiros adquiriram um papel central nas atividades econômicas estatais e internacionais como instrumento de desenvolvimento da energia renovável no panorama da transição energética global.²⁶² Com efeito, mobilizar os recursos financeiros necessários para desenvolver projetos com uso de fontes renováveis se caracteriza como essencial para alcançar os objetivos da agenda de desenvolvimento sustentável.²⁶³

Nesse particular, tanto se faz necessário que o governo realize projetos utilizando fontes de recursos públicos como também “o investimento privado é considerado um dos principais ‘drivers’ do crescimento sustentável e os auxílios públicos um ‘driver’ desse investimento privado”.²⁶⁴

²⁵⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 97.

²⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 264.

²⁶¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 97. Diogo de Figueiredo Moreira Neto faz interessante observação a respeito de que “a globalização, paradoxalmente, tanto enfraquece, como fortalece o Estado”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 268.

²⁶² “Foreign investment is vital for the diffusion of renewable energy technologies across countries. It also helps to develop domestic generation capacities for electricity from renewable energy sources (RES).” MATTEOTTI, Sofya; PAYOSOVA, Tetyana. The Role of Fair and Equitable Treatment Standard: Regulatory Coherence for Trade and Investment in Renewable Energy. In: COTTIER, Thomas; ESPA, Ilaria (Eds.). *International Trade in Sustainable Electricity: Regulatory Challenges in International Economic Law*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 428-456, 2017, p. 428.

²⁶³ “Thus, the challenges of financing energy for sustainable development are a part of a broader set of challenges confronting national and international players in translating the agreements reached at CSD-9 and the Johannesburg Plan into concrete actions”. GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 223.

²⁶⁴ TAVARES DA SILVA, Suzana. O Uso de Recursos Renováveis na Energia. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). *Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética: desafios actuales en*

Ocorre que, muitos países, especialmente aqueles em desenvolvimento, não possuem o capital necessário para investir na própria infraestrutura local e nos projetos de energia renovável.²⁶⁵ Com isso, é preciso reconhecer a relevância que o investimento privado assume nesse cenário, acentuando a importância em estruturar um marco regulatório efetivo para a promoção dos investimentos estrangeiros.²⁶⁶ Nesse panorama, emerge a necessidade de examinar o conjunto de barreiras estruturais e comerciais que se impõem aos projetos de energia

materia de sostenibilidad ambiental y energética. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p. 73-96, 2017, p. 78.

²⁶⁵ “As the role of the private sector in mobilizing investments for the energy sector increases, the challenge for developing countries is to establish appropriate legal, regulatory, and policy frameworks and build institutional capacity to deal with investment issues in an expeditious and transparent manner”. GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 223.

²⁶⁶ Com relação à definição de investimento estrangeiro direto, a contribuição de Ely Caetano Xavier Junior proporciona um esclarecimento acerca da inexistência de uma “definição jurídico-econômica uniforme para referido conceito [investimentos estrangeiros diretos]” e, em razão desta ausência, “acaba por prevalecer a definição existente no acordo de investimento aplicável ao caso em particular”. Segundo Ely Caetano Xavier Junior, “os acordos internacionais de investimentos parecem ter uma preferência pela definição baseada em ativos, que consiste na apresentação de um conjunto não exaustivo de direitos que podem ser considerados investimentos, normalmente antecedido por uma cláusula geral determinando que quaisquer ativos são considerados investimentos para fins do referido acordo”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 40. Na doutrina internacional no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos não há, tampouco, definição uníssona de investimento estrangeiro direto. Na opinião de Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer, o investimento estrangeiro direto deve envolver “(a) the transfer of funds, (b) a longer term project, (c) the purpose of regular income, (d) the participation of the person transferring the funds, at least to some extent, in the management of the project, and (e) a business risk. These elements distinguish foreign direct investment from a portfolio investment (no element of personal management), from an ordinary transaction for purposes of sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction”. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 60. De maneira semelhante, Patrick Juillard destaca os elementos caracterizadores do investimento “Et l’investissement, parce qu’il est réalisé pour en retirer un profit, suppose le mouvement: la libre circulation des investissements est nécessaire en vue de la diminution des coûts de production, et l’abaissement des coûts de production est nécessaire en vue de l’augmentation des profits d’exploitation.” JUIILLARD, Patrick. *L’évolution des sources du droit des investissements*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, vol. 250, p. 9-216, 1994, p. 24. Destaca-se que o elemento de estrangeidade que determina se o investimento deve ser considerado como estrangeiro reside na nacionalidade do investidor, determinando o arcabouço jurídico que lhe é aplicável e o tribunal internacional competente, se houver. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 46. No setor de energia, segundo Peter Cameron, o investimento pode ser analisado sob o amparo do seu aspecto jurídico, mas também do ponto de vista extralegal. As principais características do investimento em energia são “large size and the sunk nature of the investment, at least at the outset; the long period that is usually required before there is a recovery of the investment and a reasonable return on it; the direct or indirect participation or significant influence of the state or some of its agencies and in many cases a lack of host state credibility with respect to non-interference in the performance of long-term contracts”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 24. Karla Closs Fonseca afirma que o investimento estrangeiro direto é uma das principais fontes de financiamento externo dos países em desenvolvimento. FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 33.

renovável,²⁶⁷ como forma de contribuir para sua superação e democratização do uso de tais fontes na produção energética.

1.2.1 As barreiras estruturais para os projetos de energia renovável

Em rol aberto, há uma gama de desafios peculiares aos projetos de energia renovável²⁶⁸ que se caracterizam como (i) elevado custo do *know-how* e material tecnológico; (ii) altas despesas com a construção dos empreendimentos que utilizam fontes renováveis para geração de energia elétrica em larga-escala; (iii) a ausência de infraestrutura adequada para transmissão e distribuição da energia elétrica produzida; (iv) os riscos políticos atrelados à regulação local; e (v) a disponibilidade dos financiamentos públicos e privados.²⁶⁹

Trata-se de um panorama que limita a concretização de empreendimentos de geração de energia renovável, tornando necessário a estruturação de um arquétipo reticulado de boa governança, pesquisa e desenvolvimento científico-tecnológico, conscientização político e social e, principalmente, um marco regulatório robusto e confiável para reverter tal quadro.

a) elevado custo do know-how e inovação tecnológica

Um dos principais obstáculos que se vislumbra na gestão da energia renovável se reverbera na evolução e redução do custo da tecnologia e capacitação de profissionais tecnicamente habilitados para operar os empreendimentos com uso de fontes renováveis.²⁷⁰ Os

²⁶⁷ OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 184.

²⁶⁸ Na opinião de Rosemary Lyster, as principais barreiras ao desenvolvimento e comercialização que são impostas às tecnologias de energia renovável são: “*Yet the development and commercialisation of renewable energy technologies have faced a number of significant barriers in recent times. These may be regarded as: regulatory and policy risk; uncertainty about whether governments should support renewable energy technologies as a complementary measure where they have imposed a carbon price mechanism; concerns about energy security and the ability of renewable energy to provide baseload power and barriers to entry on conventional electricity grids; and ongoing subsidies, both direct and indirect, to the fossil fuel industry*”. LYSTER, Rosemary. Renewable Energy in the Context of Climate Change and Global Energy Resources. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. University of Adelaide Press, p. 83-110, 2014, p. 83.

²⁶⁹ “*The energy sector is not exempt from the factors that influence investment choices like: costs, benefits, revenue, profit, and availability of finance*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 388.

²⁷⁰ “*Renewable energy projects are based on evolving technologies which are expensive to develop and inherently involve high risk as they lack ‘track records’, although there are different perceptions of the risk involved between entrepreneurs and project financiers (...)* There is a lack of skilled human resources to manage renewable energy

países em desenvolvimento sofrem, notadamente, com limitação mais acentuada de conhecimento científico e técnicos capacitados.²⁷¹

O desenvolvimento tecnológico envolve diferentes particularidades quanto à perspectiva do progresso destas fontes. A pesquisa e o progresso científico podem contribuir para a redução do custo do material,²⁷² especialmente no caso de energia solar e eólica, bem como maximizar a geração de energia elétrica a partir de tais fontes.

Nesse particular cenário, defronta-se com o desafio relacionado à disponibilidade intermitente dos elementos da natureza,²⁷³ já que os raios solares ou os ventos não se encontram constantemente presentes na natureza. A limitação da capacidade de geração de energia elétrica exige inovação tecnológica como elemento necessário para superar tais obstáculos.²⁷⁴

Muito embora a IEA contabilize que, entre 2010 e 2018, a evolução tecnológica contribuiu para reduzir o custo do material fotovoltaico em 75% e, em 20%, no caso da energia

projects as the skill sets differ in detail from conventional energy technologies, and training people to operate technology and provide technical support to users is costly and may require new infrastructure, which again adds to the cost of the project". WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 381.

²⁷¹ OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 185.

²⁷² "General challenges for development of renewable energy sector include the high up-front capital costs of expensive components and, in most cases, the necessary infrastructure investment". MATTEOTTI, Sofya; PAYOSOVA, Tetyana. The Role of Fair and Equitable Treatment Standard: Regulatory Coherence for Trade and Investment in Renewable Energy. In: COTTIER, Thomas; ESPA, Ilaria (Eds.). *International Trade in Sustainable Electricity: Regulatory Challenges in International Economic Law*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 428-456, 2017, p. 428.

²⁷³ "Renewable energy technologies' inherent dependence on natural resource availability often results in intermittent energy availability. This adds to the risk of projects and produces a challenge for utility interconnections". WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 381.

²⁷⁴ "CSP with thermal energy storage allows for more use of other renewable energy sources that provide variable or intermittent generation (such as wind and solar photovoltaic)". US DEPARTMENT OF ENERGY. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*. Disponível em: <<https://www.energy.gov/sites/prod/files/2014/10/f18/CSP-report-final-web.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019. p. 3.

eólica continental,²⁷⁵ ainda existem barreiras fiscais que, por vezes, submetem os equipamentos utilizados a altos impostos, especialmente, aqueles sujeitos à importação.²⁷⁶

De todo modo, é preciso que se amplie o *know-how* com relação aos recursos tecnológicos utilizados para geração de energia elétrica com fontes renováveis, incentivando a redução dos custos de materiais empregados nesses empreendimentos por meio do desenvolvimento científico, assim como isenções fiscais concedidas pelos Estados.

b) a construção do empreendimento para geração de energia em larga-escala

Os custos relativos à construção de novos empreendimentos não permitem, ainda, que os projetos de fontes renováveis sejam economicamente competitivos com aqueles que empregam combustíveis fósseis.²⁷⁷ Em diversas normativas internacionais como, por exemplo, nas diretivas da União Europeia, destaca-se a necessidade de se reduzir o custo da geração de energia com tais fontes. Na Diretiva 2018/2001, a Comissão Europeia assume a necessidade de concentrar seus recursos para que haja uma redução no custo de capital dos projetos de energia renovável. Isto porque, no entendimento da Comissão Europeia

²⁷⁵ “Capital costs for solar PV continued to decline in 2018 and are down three-quarters since 2010. Capital costs for onshore wind are down 20% since 2010. In offshore wind, dramatic capital cost declines have not yet appeared in operating projects, but expectations of lower costs ahead, combined with better financing terms (IEA, 2018a) and increased capacity factors - with the use of more advanced turbines and sites moving further out to sea - have driven auction prices lower (IEA, 2018b). Developers have generally improved construction times for solar PV and wind. This partly reflects deployment in areas with faster timelines but also technology and project design improvements and the increased role of competitive bidding in policies. Still, barriers before and after construction – e.g. permitting, land acquisition, and the timely signing of Power Purchase Agreements (PPAs) and grid connections – persist in some markets”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019. p. 69.

²⁷⁶ OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 188.

²⁷⁷ No caso da energia solar, além das plantas solar fotovoltaica, também podem ser construídas as plantas de energia solar concentrada, no original, denominada *Concentrating Solar Power (CSP)*, que são “CSP plants are large facilities that are expensive to build, requiring large initial capital investments. Because of their high capital costs, CSP had not been economically competitive with traditional forms of power generation utilizing fossil fuels. Accordingly, Spain, like many other countries, determined that to promote the development of CSP, a regime of State subsidies was required. The evolution of Spain’s policies in this regard is at the heart of the case”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 18 set. 2019. § 96-97. “Concentrating solar power (CSP) devices concentrate energy from the sun’s rays to heat a receiver to high temperatures. This heat is then transformed into electricity – solar thermal electricity (STE)”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Concentrating solar power (CSP): *Tracking Clean Energy Process*. Disponível em: <<https://www.iea.org/tcep/power/renewables/concentratingsolarpower/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

esse custo tem um impacto significativo sobre os custos de projetos no domínio da energia renovável e da sua competitividade, bem como no desenvolvimento de infraestruturas essenciais para uma melhor utilização tecnicamente viável e economicamente acessível da energia renovável, como as infraestruturas das redes de transporte e de distribuição, as redes inteligentes e as interligações.²⁷⁸

Outro fator relevante é que, muitas vezes, os projetos de energia renovável sequer demonstram viabilidade econômica para sua concretização, dado que demandam montantes consideráveis de capital e retornos financeiros ainda não atrativos.

Os efeitos do custo da construção do empreendimento e geração de energia renovável são refletidos diretamente no valor do quilowatt-hora (*kWh*), que se torna mais oneroso quando comparado às fontes convencionais de energia.²⁷⁹ Demanda-se, assim, maior injeção de capital em relação ao valor do *kWh* porquanto a operação e manutenção, além da onerosa construção das instalações geradoras de energia elétrica com uso de fontes renováveis, tornam o custo do investimento mais elevado.²⁸⁰

Os custos do projeto, o relativo baixo retorno econômico e o risco político-regulatório também influenciam na disponibilização de empréstimos por parte das instituições financeiras privadas, especialmente, na modalidade *project finance*.²⁸¹ Isto porque, tais entidades analisam todo o ambiente do projeto a ser concretizado, o que acaba por guiar a capacidade que os investidores terão em estabelecer seu investimento e obter lucro. Não se pode deixar de mencionar que os investidores dependem de empréstimos públicos ou privados para construção ou aquisição de um empreendimento já que costumeiramente não detém o total de capital imediato para a concretização do projeto.

²⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 2.

²⁷⁹ “Renewable energy generally has relatively high transaction costs on the basis of per-kilowatt capacity compared with conventional energy plants”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 380.

²⁸⁰ Peter Cameron ressalta, na análise dos contratos envolvendo investidor estrangeiro e Estado receptor de investimentos, a primeira de suas características “the foreign investor commits large amounts of capital over a long period of time, implying a close cooperation between the state and the investor, and requiring the establishment of plant and infrastructure and the acceptance of responsibilities by the investor”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 27.

²⁸¹ “Renewable energy projects have a high capital to operations and maintenance cost ratio, which is more than twenty, as compared to approximately five to ten for conventional energy systems. This still acts as an impediment to project financing even though renewable energy projects can have a lower NPV of all costs when compared to conventional energy systems”. GURURAJA, Jayarao. *Financing Energy for Sustainable Development*. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 227.

c) a deficiência de infraestrutura adequada para transmissão e distribuição da energia elétrica produzida com uso de fontes renováveis

A precária infraestrutura impacta negativamente na viabilidade dos projetos e nos custos para geração energética em comparação com aqueles que utilizam combustíveis fósseis.²⁸² Os sistemas de transmissão e distribuição elétrica não se encontram, muitas vezes, integrados com as necessidades específicas da tecnologia de fontes renováveis, desfavorecendo tais empreendimentos que comumente se localizam distantes do centro populacional.²⁸³ Em paralelo, a infraestrutura para a geração de energia elétrica com uso de combustíveis fósseis já se encontra instalada, tendo sido, muitas vezes, implementada com recursos públicos.²⁸⁴

Outro fator impeditivo se relaciona à indisponibilidade de financiamentos oferecidos para os projetos de energia renovável de menor potencial por bancos locais que, costumeiramente, não possuem oferta de financiamento quando a geradora da energia elétrica não se encontra conectada à rede elétrica (*off-grid projects*).²⁸⁵

²⁸² “Power pricing rules apply unfavourably to renewable energy production because there is limited infrastructure for distributed generation, lower prices are given to intermittent renewable sources, and it is difficult to transmit energy from renewable sources due to their distance from population centres”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 381.

²⁸³ “Existing renewable energy infrastructure is inadequate due to underdeveloped supply chains, integration issues with renewable technology to the mainstream energy grid system due to intermittency and distributed generation as well as safety issues, and capacity limitation of the existing infrastructure”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 381.

²⁸⁴ “Other factors contributing to the price difference include the fact that fossil fuel infrastructure already exists, and was largely built with public funds, whereas plants and infrastructure for renewables must be built now, and (in privatized energy sectors) at private cost”. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 188.

²⁸⁵ “As a result, lending rates are often higher and there is a lack of seed capital for off-grid projects. Local banks lack support for off-grid projects, which results in financing gaps for these projects”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 382. *Off-grid* é definido pela IEA de Energia como “stand-alone systems that are not connected to any grid”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2017 Special Report: Energy Access*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/weo-2017-special-report-energy-access-outlook>>. Acesso em: 05 out. 2019, p. 130. Normalmente, sistemas independentes (*off-grid*) são construídos para apenas um beneficiário seja uma residência, fábrica ou estabelecimento empresarial e são muito utilizados para beneficiar áreas remotas.

d) os riscos da instabilidade política e o impacto na atração e manutenção dos investimentos em energia renovável

A consecução de projetos de energia renovável também se depara com o risco político do local onde se encontra situado o empreendimento. Potenciais alterações no marco regulatório ou, ainda, a possibilidade de expropriação direta ou indireta repercutem na decisão do investidor em estabelecer ou manter seu investimento.

As oscilações e instabilidades geradas por condutas atreladas às visões partidárias costumam afetar e reduzir os investimentos estrangeiros. Não se pode deixar de ressaltar que os empreendimentos que utilizam fontes de energia renovável se caracterizam por projetos de longo prazo, com vida útil de mais de duas décadas e que sofrem com os riscos atrelados às mudanças políticas.

De maneira geral, como ressalta Peter Cameron, os investimentos no setor energético tendem a exibir certa vulnerabilidade à interferência das autoridades locais e estatais, criando o elemento de risco político para o prospectivo investidor.²⁸⁶ Historicamente, uma série de acontecimentos repercutiram no cenário energético, como os episódios na Venezuela que impactaram fortemente o setor petrolífero local e limítrofes que dependem da exploração, produção e exportação daquele país para o seu abastecimento.²⁸⁷

No âmbito da energia renovável, é possível citar o exemplo de alguns Estados-Membros da União Europeia que procederam com alterações incidentes sobre os regimes de apoio implementados por governos anteriores com objetivo de incentivar o uso de fontes renováveis na geração de eletricidade.

Desse modo, é inegável a constatação de efeitos negativos que a instabilidade política gera para o desenvolvimento das renováveis. Novos governos devem respeitar as medidas adotadas no passado de modo a assegurar a estabilidade regulatória e repudiar atos com efeitos retroativos. E, ainda, “nos casos onde se percebe a presença de riscos políticos e instabilidade

²⁸⁶ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. xlvii.

²⁸⁷ Marilda Rosado de Sá Ribeiro faz referência aos “recentes movimentos de desapropriação no setor energético da América Latina (Bolívia, Venezuela e Argentina)”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 142. Andreas Lowenfeld faz recapitulação histórica da ‘Onda de Expropriações’ ocorrida entre 1945 e 1970, quando expropriações e nacionalizações ocorreram em diferentes setores em países da América Latina e da Europa Oriental e suas ex-colônias. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 483.

econômica, um reforço pode ser obtido no Direito Internacional”.²⁸⁸ Portanto, o Direito Internacional pode oferecer mecanismos de proteção para os investimentos estrangeiros em energia renovável suprindo, de algum modo, as insuficiências no âmbito nacional.

e) a disponibilidade dos financiamentos públicos e privados

Os investimentos na indústria da energia são dispendiosos, possuem duração de longo prazo e envolvem interesses públicos e privados. Além disso, os investidores estão sujeitos a riscos político-regulatórios que tornam os financiamentos mais custosos, especialmente, quando os projetos são localizados em países em desenvolvimento.²⁸⁹ Com isso, aos financiamentos oferecidos pelas instituições financeiras multilaterais aos projetos locais, em especial, nos países em desenvolvimento são valiosos alicerces.

O Banco Mundial, o Banco de Desenvolvimento Asiático, no original, denominado *Asian Development Bank* (ADB), a Corporação Financeira Internacional (CFI)²⁹⁰, o Banco Europeu para Reconstrução e Desenvolvimento, no original, denominado *European Bank for Reconstruction and Development* (EBRD)²⁹¹ e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID)²⁹² oferecem empréstimos, garantias, seguros e outros mecanismos de financiamento para que empreendimentos de energia renovável possam ser concretizados.

Na contribuição de Martijn Wilder e Lauren Drake, afirma-se que as instituições financeiras multilaterais se encontram mais preparadas do que bancos privados para superar os

²⁸⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

²⁸⁹ “There is also a lack of knowledge of and personnel trained in financing mechanisms to support renewable energy projects”. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. *Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities*. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 190.

²⁹⁰ CORPORACÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. *Sobre a IFC*. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/multilingual_ext_content/ifc_external_corporate_site/home_pt>. Acesso em: 12 jun. 2019.

²⁹¹ EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. Disponível em: <<https://www.ebrd.com/home>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

²⁹² BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *About*. Disponível em: <<https://www.iadb.org/pt>>. Acesso em: 12 jun. 2019. “Aims to promote regional energy integration and investments in energy infrastructure, also launched a Sustainable Energy and Climate Change Initiative in 2008 to offer US\$1 bn in loans for energy efficiency, renewable electricity and biofuels”. SOVACOOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, nº 3, p. 235-264, 2012, p. 244.

desafios dos empreendimentos de energia renovável, agregando simultaneamente múltiplos projetos em seu portfólio.²⁹³

Outros meios de financiamento dos custos de empreendimentos são os públicos, concedidos diretamente pelo Estado ou por suas agências estatais de modo a fomentar o desenvolvimento econômico local. A iniciativa dos Estados-Unidos para promoção de projetos de energia solar através do Departamento de Energia se beneficiou desses tipos de financiamento. Desse modo, o esforço normativo dos Estados se tornou instrumento para promoção dos investimentos estrangeiros em energia renovável impulsionando novos projetos.

1.2.2 A importância da estabilidade do marco regulatório nacional para a promoção dos investimentos estrangeiros em energia renovável

Nos últimos anos, verificou-se um crescimento em grau mais acentuado de programas energéticos para promoção da energia renovável. Não apenas foram estabelecidas metas para incrementar a participação de tais fontes na matriz energética nacional, como também incentivos financeiros por meio de regimes de apoio. Na União Europeia, tal modelo vem sendo fundamentalmente adotado por diretivas incorporadas nas legislações dos Estados-membros. Nesse caso, os regimes de apoio constituem mecanismos adotados a nível nacional, inexistindo um programa de apoio comunitário.

O WEI 2019 destaca, contudo, as ineficiências dos marcos regulatórios para atração de capital no setor de renováveis. Enfatizou-se que os reguladores devem compreender os riscos enfrentados pelos investidores de modo que sejam capazes de elaborar e implementar regulações mais eficazes equacionando os atuais desafios.²⁹⁴

²⁹³ “Development banks are a crucial source of long-term funding for renewable energy projects, particularly given the growing markets for renewable energy in developing countries. The World Bank, the Asian Development Bank, the International Finance Corporation, the European Bank for Reconstruction and Development, and the Inter-American Development Bank provide debt, equity, grants, insurance, and other financing support for renewable energy projects. Development banks are better equipped than private investors to overcome the relatively small scale of renewable energy projects, as they are able to aggregate multiple projects into a consolidated portfolio thereby making them more cost-effective. For example, the Asian Development Bank’s Provincial Energy Efficiency Power Plant Investment Program has been implemented in China to coordinate a number of renewable energy projects.” WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 378.

²⁹⁴ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<http://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 2.

Nesse particular, a estabilidade regulatória desempenha papel relevante na atração dos investimentos estrangeiros,²⁹⁵ como corrobora a IEA.²⁹⁶ Exige-se a coordenação da pluralidade de medidas estatais, especialmente, quanto àquelas que estabelecem subsídios e outros incentivos direcionados ao setor energético,²⁹⁷ para que se estabeleça um ambiente seguro e equilibrado²⁹⁸ e o desenvolvimento sustentável seja alcançado.²⁹⁹ Em outras palavras, “o sucesso destas políticas de *incentivo ao investimento* assenta fundamentalmente na criação de um *clima jurídico de confiança*, que seja capaz de atrair os investidores”,³⁰⁰ uma vez que os projetos se estendem por longos prazos e demandam intensamente de capital.

Para tanto, é preciso criar um mecanismo de ‘boa governança’ privilegiado pelo respeito à propriedade e à lei.³⁰¹ Tratados especificamente orientados para o setor de energia, como o ECT, apresentam contribuição inestimável e devem ser analisados e valorizados de todos os pontos de vista.

A insegurança jurídica em decorrência de alterações legislativas e de um marco regulatório instável derivada de ações estatais como a revogação de incentivos financeiros estabelecidos pelo governo local, impactam negativamente na confiança do investidor,

²⁹⁵ GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 223.

²⁹⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 21 jun. 2019, p. 28.

²⁹⁷ SILVA, Suzana Tavares da. O Uso de Recursos Renováveis na Energia. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). *Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética: desafios actuales en materia de sostenibilidad ambiental y energética*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p.73-96, 2017, p. 78.

²⁹⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 2.

²⁹⁹ “Investment made today in energy infrastructure will leave its mark for decades to come. Achieving the goals of the IEA Sustainable Development Scenario will require a combination of policy and financial know-how to increase the flow of bankable clean energy projects around the world.” INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019, p. 3.

³⁰⁰ TAVARES DA SILVA, Suzana. O Uso de Recursos Renováveis na Energia. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). *Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética: desafios actuales en materia de sostenibilidad ambiental y energética*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, p.73-96, 2017, p. 79.

³⁰¹ “The protection of foreign investors through international investment treaties is a major topic which transcends the laws pertaining to each different source of energy. The major concern has been to achieve stability by a reduction of political and regulatory risk associated with energy production in order, thereby, to protect investment and facilitate investment flows and trade.⁸⁷ The need for legal and political stability is ‘particularly acute’ in the energy sector, where projects are usually long-term and highly capital-intensive.⁸⁸ The reduction of political and regulatory risk encompasses a range of issues designed to ensure a level playing field for investors and government/ state ‘good governance’, in contrast to corruption and cronyism, and disrespect for property and the law”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 249-250.

especialmente, quando a rentabilidade do projeto investido depende da manutenção de tais benefícios.³⁰²

É importante relembrar a lição de José Augusto Fontoura Costa que o investimento estrangeiro direto “depende, na prática, da presença de múltiplas variáveis, entre as quais estão os custos transacionais e a estrutura do marco jurídico e regulatório”.³⁰³ E, mais, o autor reforça que “seja no setor que for, um bom clima dos investimentos depende de um marco regulatório adequado e, para tanto, vários Estados tem tratado de modernizar e dinamizar sua estrutura jurídica”.³⁰⁴

Nesse sentido, a revogação dos incentivos financeiros inicialmente estabelecidos para atrair os investimentos tende a impactar negativamente os investimentos estrangeiros em energia renovável.³⁰⁵ Este foi o caminho trilhado por alguns Estados-membros da União Europeia como Espanha, Itália e Chéquia.³⁰⁶ O resultado de tais medidas acabou por criar miríade de arbitragens internacionais de investimentos envolvendo empresas geradoras de energia renovável (*Renewable Energy Generation Enterprise*) no âmbito de diferentes tribunais arbitrais internacionais, o que será analisado mais adiante.³⁰⁷

1.2.3 As regras da Organização Mundial do Comércio e o desenvolvimento da energia renovável

Outro obstáculo que se impõe ao desenvolvimento de energia renovável se relaciona à compatibilidade dos regimes de apoio adotados no âmbito interno dos Estados com outros sistemas internacionais, como as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). Isto

³⁰² “*Renewable energy projects require longer-term debt financing. Due to high initial capital costs, the renewable energy project developer must usually seek longer-term debt financing arrangements to minimize the annual debt service burden on the project. Put simply, higher capital costs require longer-term loans and make renewable energy projects less attractive*”. GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 227.

³⁰³ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

³⁰⁴ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

³⁰⁵ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 382.

³⁰⁶ Destacamos a notícia acerca da mudança do nome para Chéquia. BBC. *Czech Republic to be known as ‘Czechia’*. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/world-europe-36048186>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

³⁰⁷ As controvérsias investidor-Estado envolvendo empresas geradoras de energia renovável (*Renewable Energy Generation Enterprise*) no âmbito dos tribunais arbitrais internacionais serão tratadas no capítulo 8.

porque, muitos mecanismos de incentivo e o nível de suporte que os Estados-membros poderão conceder ao setor também já se tornou objeto de escrutínio por parte da OMC.³⁰⁸

Eis, pois que, o mercado global de energia renovável pode ser afetado quando os governos se esforçam em desenvolver esta indústria de maneira discriminatória em relação aos bens importados, serviços e prestadores estrangeiros.³⁰⁹

Sendo assim, atenta-se para a necessária compatibilidade entre os incentivos à promoção da energia renovável com as disposições do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio, no original, denominado *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT) de 1947, Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio, no original, denominado *Agreement on Trade-Related Investment Measures* (TRIMS) de 1995 e os princípios gerais sobre o comércio que fazem parte do sistema normativo da OMC.³¹⁰

1.2.4 Os desafios dos investimentos estrangeiros nos projetos de energia renovável

A energia renovável se encontra no centro da transição energética.³¹¹ A sua concretização requer que o investimento em energia limpa se torne 2,5 vezes maior do que o capital atualmente investido, representando 65% do investimento mundial em energia em 2030.³¹² Desse modo, é preciso reconhecer a posição de destaque dos investimentos estrangeiros para cumprimento das metas nacionais e regionais de produção e consumo de energia renovável.

Ocorre que o processo decisório que culmina na realização do investimento estrangeiro coordena a conjectura imbricada de múltiplos fatores referentes à viabilidade econômica,

³⁰⁸ “For example, Japan and the EU have brought two separate complaints against Canada over local content requirements in the province of Ontario’s feed-in tariff scheme, with the parties disputing as to whether the scheme is a legitimate government procurement or an illegal subsidy, providing less favourable treatment to imported equipment than that accorded to like products originating in Ontario”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 253.

³⁰⁹ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 370.

³¹⁰ MOSE, Tedd Moya. *Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy*. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 380.

³¹¹ ZILLMAN, Donald; ROGGENKAMP, Martha; PADDOCK, LeRoy, GODDEN, Lee. *How Technological and Legal Innovation Are Transforming Energy Law*. In: ZILLMAN, Donald; ROGGENKAMP, Martha; PADDOCK, LeRoy, GODDEN, Lee (Eds.). *Innovation in Energy Law and Technology: Dynamic Solutions for Energy Transitions*. Oxford: Oxford University Press, p. 1-19, 2018, p.1.

³¹² INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 34.

engenharia financeira e, especialmente, materialidade do quadro normativo. Desse modo, verifica-se um binômio de interesses complementares e, em parte, antagônicos entre investidor estrangeiro e o Estado receptor do investimento.

Enquanto o investidor objetiva primordialmente a realização do lucro compatibilizado com o risco do investimento e a consequente repatriação do capital,³¹³ o Estado, de maneira geral, deseja obter parte da receita relacionada ao projeto, assim como se beneficiar da geração de empregos e do crescimento econômico, aspectos que gravitam em torno do projeto.³¹⁴

Com muito bem asseverado por Peter Cameron, a duração do projeto e a sua vida útil serão mais longos do que o mandato político das autoridades que estabeleceram os benefícios à entrada daquele investidor no território do Estado receptor. Com isso, o investidor se torna vulnerável às mudanças no quadro regulatório sempre que há mudança de governos ou, ainda, crises econômicas.³¹⁵

O risco político, portanto, pode resultar em modificações de incentivos que foram anteriormente concedidos, estabelecendo circunstâncias econômicas totalmente diversas daquelas consideradas no momento da decisão do investimento.³¹⁶ Tais mudanças podem resultar, ainda, em expropriação direta ou redução drástica do valor dos investimentos a partir de uma série atos estatais, “a expropriação paulatina”³¹⁷ (*creeping expropriation*), podendo ser “disfarçadas (*disguised*)”³¹⁸ ou se tornar “expropriações regulatórias”.³¹⁹

Os desafios impostos aos investimentos estrangeiros no setor da energia renovável não se limitam, todavia, aos riscos políticos. Como exposto, há um panorama de desafios estruturais,

³¹³ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 4.

³¹⁴ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 4.

³¹⁵ “*These may occur at some period subsequent to making the investment on terms agreed in the contract*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 4.

³¹⁶ “*For a variety of reasons, the host state may then conclude that the original bargain is obsolete and force a revision of its terms. These reasons may include: a change of government and the introduction of new policies; the discovery of natural resources in commercial quantities and commencement of development, offering the prospect of large and speedy accumulation of wealth, and the social and economic implications for the host state of operation of the pricing or tariff regimes for electricity and gas*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 5.

³¹⁷ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53.

³¹⁸ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53.

³¹⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 53.

relacionados aos aspectos científicos e tecnológicos, precariedade da infraestrutura, disponibilidade de financiamentos e, por fim, barreiras da compatibilização dos incentivos com as regras da OMC. Acentua-se o ambiente desfavorável ao investimento estrangeiro quando a alteração mal planejada da legislação local e revogação repentina dos benefícios anteriormente concedidos viola o direito do investidor a um tratamento justo e equitativo.

Conclui-se, assim, pela relevância em se construir marcos regulatórios mais eficazes e estáveis para os investimentos estrangeiros evitando, por conseguinte, a reverberação de atos que provoquem um colapso de controvérsias investidor-Estado no âmbito dos investimentos estrangeiros em energia renovável.

Nessa conjuntura, o Direito Internacional também desempenha papel fundamental, implementando medidas que possam promover os investimentos e garantir proteção aos investidores que atuem no setor de energia renovável.

2 O DIREITO INTERNACIONAL DA ENERGIA E A GOVERNANÇA ENERGÉTICA GLOBAL

2.1 O Direito Internacional da Energia em um contexto globalizado

O Direito da Energia vem sendo desenvolvido ao longo de mais de um século. Enquanto nos anos 1800 e início dos anos 1900, a regulação do carvão e do petróleo era o principal objeto de estudo, as fontes limpas passaram a integrá-lo após a Segunda Guerra Mundial.³²⁰ A árdua tarefa de determinar um conceito para o “Direito da Energia” já se configurava desafiadora pela doutrina internacional desde a década de 90.³²¹

À época, Adrian Bradbrook - um dos acadêmicos precursores em considerar o Direito da Energia como disciplina autônoma³²² - descreveu o Direito da Energia (*Energy Law*) como a “alocação dos direitos e obrigações relativos à exploração de todos os recursos energéticos entre os indivíduos, entre indivíduos e governo, entre governos e entre Estados”.³²³ Para Adrian

³²⁰ HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 191.

³²¹ “Whilst it would be virtually impossible to achieve consensus on an issue so inherently subjective as the meaning of energy law”. BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 194.

³²² “Adrian Bradbrook has been a leading international academic in the field of energy law for many years, in particular in the fields of renewable energy and energy conservation”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 223.

³²³ “the allocation of rights and duties concerning the exploitation of all energy resources between individuals, between individuals and the government, between governments and between states”. BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 194. (tradução nossa). Raphael Heffron e Kim Talus adotam uma definição de Direito da Energia como aquela disciplina que cuida do gerenciamento dos recursos energéticos. HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 191. Nesse sentido, “energy law identifies and analyses the legal issues associated with the exploitation of all the primary and secondary sources of energy”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 226. Em outro artigo científico, Raphael Heffron e Kim Talus ressaltam que a definição adotada por Adrian Bradbrook parte de uma perspectiva funcional, a qual examina o objetivo de regular a exploração dos recursos energéticos. Assim, segundo os autores, na perspectiva do conceito proposto por Adrian Bradbrook, examina-se o Direito da Energia e a regulação separadamente, a partir de cada tipo de energia e, dessa forma, existiriam múltiplos “Direitos da Energia”. Nesse sentido, “as such, it examines energy law and regulation separately in respect of each type of energy carrier. Defined in this manner, there is no “energy law”, but many “energy laws”, one for each type of energy carrier”. HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The evolution of energy law and energy jurisprudence: Insights for energy analysts and researchers. Amsterdam: Elsevier, *Energy Research & Social Science*, vol. 19, p. 1-10, 2016, p. 1.

Bradbrook, os recursos energéticos compreendiam as fontes primárias renováveis ou não, notadamente o petróleo, gás natural, carvão, urânio, energia solar, energia eólica, energia das marés, energia térmico oceânica (OTEC), energia hidráulica, biomassa, hidrogênio e energia geotérmica.³²⁴

Embora o Direito da Energia fosse visto como um assunto intrinsecamente nacional, com direcionamento para políticas regulatórias territorialistas, a ótica se modificou.³²⁵ O século XX testemunhou uma miríade de acontecimentos que influenciaram a internacionalização do Direito da Energia como as crises do petróleo,³²⁶ guerras envolvendo os países exportadores de petróleo,³²⁷ a liberalização dos mercados e a intensificação do comércio e investimentos no setor energético.

Nesse particular cenário de contraposição entre países produtores e consumidores de combustíveis fósseis, a formação e participação de duas organizações internacionais se

³²⁴ BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p.193-217, 1996, p. 194.

³²⁵ Os autores Raphael Heffron *et al* revisitaram o conceito e conteúdo da disciplina “Direito da Energia” em homenagem às duas décadas da publicação do artigo científico de Adrian Bradbrook intitulado “*Energy Law as an Academic Discipline*” e publicado em 1996. O propósito daqueles autores consistia em estabelecer um novo caminho para o estudo e prática do Direito da Energia. Tal análise se encontra em harmonia com a transição energética para maior consumo de fontes renováveis. HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 35.

³²⁶ “*These markets developed following two severe oil crises (between 1973 and 1981) and wars with an impact on the oil industry (above all the 1973 Arab-Israeli war, the Iran-Iraq war, and the Gulf wars)*. SCHILL, Stephan W. The interface between national and international energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 44-76, 2014, p. 47. Assim, “*regulation of energy issues has been regarded as a matter of domestic, rather than international law, and a matter that is exclusively for the States to resolve on an individual basis. This traditional approach has changed for a variety of reasons, largely involving international trade. First and foremost, there has been an exponential leap in the quantum of energy use worldwide, particularly in developed countries, since the end of the Second World War. This has led to increased energy trade and increased reliance in many countries on energy imports, particularly petroleum products, which in turn has led to heightened energy security concerns. These concerns were brought to world attention by the Arab oil embargo in 1973 and the subsequent oil price increases in 1979 and 1981. Although the only direct legal consequence flowing from the Organisation of Petroleum Exporting Countries’ (OPEC) strangle hold on petroleum exports was the agreement to create a strategic petroleum reserve, to guard against future world export problems, the OPEC ascendancy in the 1970s was responsible for highlighting energy security concerns worldwide and caused many countries to rethink their energy strategies*”. LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. Energy, international environmental law and sustainable development, In: LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. *Energy Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 34-77, 2006, p. 35.

³²⁷ “*The Arab-Israeli War, in October 1973, led to a major shock, the first so-called ‘energy crisis’, when the petroleum exporting Arab States first decided to reduce their oil production by over one-fourth and then declared an oil embargo against the Western States supporting Israel*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 382.

destacaram: a Organização dos Países Exportadores de Petróleo, no original, denominada *Organization of the Petroleum Exporting Countries* (OPEC)³²⁸ e a IEA.³²⁹

É preciso reconhecer, ainda, que a nova dimensão internacional do Direito da Energia reorientou o tratamento dos temas energéticos, focalizando para o desenvolvimento sustentável.³³⁰ Constitui-se, desse modo, um novo paradigma para o Direito da Energia, que deixou de ser parte do quadro normativo preponderantemente nacional para se tornar objeto particular do Direito Internacional. É possível observar uma cadeia de processos históricos que contribuíram para a internacionalização do Direito da Energia e a inserção da energia renovável neste campo de análise como anteparo do desenvolvimento sustentável.

Atualmente, o principal marco internacional para o progresso da energia renovável está estabelecido na Agenda 2030 da ONU.³³¹ Com fundamento neste documento, a energia desempenha um papel central para alcançar os objetivos de desenvolvimento sustentável e, assim, apresenta uma ligação indissociável entre a energia e outros objetivos como a erradicação da pobreza, segurança alimentar, saúde, água potável e saneamento básico, educação, prosperidade, empregabilidade e empoderamento dos jovens e mulheres.³³²

³²⁸ ORGANIZATION OF THE PETROLEUM EXPORTING COUNTRIES. *Our mission*. Disponível em: <https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/23.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019. “OPEC member countries coordinate their production and refining of oil to ensure the best return on their investments, with ministers meeting twice a year to review production quotas, reserve to production ratios and Market trends for petroleum”. SOVACOOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, n° 3, p. 235-264, 2012, p. 241.

³²⁹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. Disponível em: <<https://www.iea.org/>>. Acesso em: 21 mai. 2019. “The oil consuming countries’ reaction took the form of creating an international organization of their own, to ensure and organize their co-operation to face the current crisis and to manage longer-range arrangements for coping with future problems. They acted in the framework of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), which brought together the industrially advanced countries. The Organisation’s limited structures for dealing with energy issues had already played a role in earlier crises. In late 1974, the principal industrially advanced countries concluded an international agreement on an International Energy Program (IEP). The Agreement provided for the establishment of the International Energy Agency (IEA), an autonomous international organization, and for a series of institutional structures and measures designed to ensure the co-operation of member countries in energy matters”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 383.

³³⁰ “O conceito de desenvolvimento sustentável começa a ser formulado em 1970, com a publicação do relatório Limites do Crescimento, que ressaltava a possibilidade de escassez de recursos naturais, inclusive com a possibilidade de seu esgotamento, pela pressão causada pelos padrões de crescimento econômico estabelecidos na época”. LIMMER, Flavia Da Costa. Princípios Constitucionais do Direito Ambiental e suas relações com o setor de Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, v. 5, n.1, p. 171-188, 2018, p. 175.

³³¹ UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/69/315*, 2012. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/69/315>>. Acesso em: 30 mai. 2019. p. 1.

³³² UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/73/267*, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019. p. 2.

Enquanto se tratava de um tema regulado estritamente no seio da política nacional, o Direito da Energia se tornou interesse comum da sociedade internacional e objeto do Direito Internacional.³³³ De outra sorte, assim como ocorreu com o comércio, enquanto “a globalização aproximou os mercados”,³³⁴ as transações envolvendo a indústria da energia se expandiram e superaram as fronteiras estatais, tornando-as cada vez mais transnacionais e multidisciplinares,³³⁵ contribuindo para a internacionalização do Direito da Energia.³³⁶

Com isso, a complexidade da indústria energética passou a exigir um quadro jurídico e regulatório internacional que fosse capaz de solucionar as diversas questões relacionadas à exploração, comércio, transporte de energia e desenvolvimento sustentável.

É verdade que o próprio conteúdo do Direito da Energia não alcança uma voz uníssona na doutrina³³⁷ e, há quem afirme, em posição minoritária, “inexistir um ramo denominado Direito Internacional da Energia”.³³⁸ Em que pese este último posicionamento doutrinário,

³³³ “It has now become a common interest of the international community of States and is being progressively internationalised”. ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 36.

³³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 319-350, 2008, p. 326. “A expressão globalização foi introduzida através da economia e da política a partir da década de 1980, logo se popularizando e, no processo, adquirindo conotações emocionais e até ideológicas”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253.

³³⁵ “Energy law transcends legal boundaries, encompassing, for example, aspects of contracts, torts, property, constitutional law, administrative law, taxation law, environmental law and competition law”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 228.

³³⁶ SCHILL, Stephan W. The interface between national and international energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 44-76, 2014, p. 47.

³³⁷ “One of the reasons energy law has not followed environmental and climate change law in having its own principles is because of the lack of consensus of what energy law is. It remains an issue in energy law scholarship”. HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 47.

³³⁸ “This chapter takes the approach of identifying substantive norms of treaty and customary law which apply to energy actors and activities and does not in fact claim that a discrete sub-field of international energy law has emerged. What it does claim is that some key principles can best (though not only) be explained by reference to concerns over energy resources - the principle of permanent sovereignty over natural resources for example - and that the vast bulk of international regulation of energy actors and activities may be appropriately grouped under the ‘international energy law’ heading”. REDGWELL, Catherine. *International Regulation of Energy Activities*. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 13-136, 2016, p. 15. Ressalta-se, ainda, que a contribuição de Catherine Redgwell se concentra nas regras de Direito Internacional Público sobre os atores e atividades relacionados à energia, excluindo, desse modo, temas relativos ao Direito Internacional Privado. REDGWELL, Catherine. *International Regulation of Energy Activities*. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 13-136, 2016, p. 16.

entendemos que esta disciplina alcançou autonomia singular, devendo ser analisada por todos seus ângulos, em especial, os elementos que a compõem.

Sendo assim, é possível afirmar que o Direito Internacional da Energia se tornou um “panorama legal em que a indústria internacional de energia opera, incluindo todas as regras jurídicas, procedimentos e instituições relevantes para as transações e operações energéticas”.³³⁹ O seu arcabouço jurídico compreende não somente as regras de Direito Nacional, mas também o Direito Internacional baseado em tratados, princípios gerais do direito e os contratos próprios da indústria da energia envolvendo Estados e investidores privados³⁴⁰ e aqueles puramente privados.³⁴¹

Adrian Bradbrook destaca alguns aspectos nucleares do Direito Internacional da Energia enquanto disciplina envolvendo (i) a percepção de que a produção e o consumo da energia apresentam um impacto ambiental e não se restringem às fronteiras estatais;³⁴² (ii) o transporte de energia, especialmente, o marítimo, necessita ser regulado afim de se evitar novos desastres ambientais;³⁴³ e (iii) a magnitude do comércio de energia demanda cooperação internacional no desenvolvimento do setor de energia.

É preciso reconhecer que o Direito Internacional da Energia se encontra em evolução³⁴⁴ e exigirá esforços dos juristas para que se estabeleça como um quadro jurídico efetivamente

³³⁹ “An international legal framework for energy refers thus to the total legal environment within which the international energy industry operates, to all the legal norms, procedures and institutions relevant to energy transactions and operations”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 377. (tradução nossa)

³⁴⁰ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 378.

³⁴¹ Nesse sentido, “international energy law is thus a conglomeration of rules of custom, treaties, national and regional laws, and principles of intergovernmental and non-governmental international institutions, which together regulate the various facets of energy production, supply, consumption and trade”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 228.

³⁴² “In recent years, the major global environmental concern has been climate change, to which energy production and consumption is the major contributing factor”. BRADBROOK, Adrian. Energy and law - Searching for new directions. STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Eds.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*. Adelaide: University of Adelaide Press, p.13-34, 2016, p. 15.

³⁴³ “The majority of world trade in oil is by sea in large tankers, and these have occasioned some spectacular environmental disasters due to oil leaks as a result of groundings and sinkings”. BRADBROOK, Adrian. Energy and law - Searching for new directions. STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Eds.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*. Adelaide: University of Adelaide Press, p.13-34, 2016, p. 15.

³⁴⁴ “The overall conclusion is that whereas national laws in most countries contain comprehensive legislation regulating the production and consumption of those energy resources relevant to their jurisdictions (although not always comprehensive or effective legislation relating to the associated environmental harm), public international law in this field is in its infancy and is in need of further development”. BRADBROOK, Adrian. Energy and law - Searching for new directions. STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Eds.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*. Adelaide: University of Adelaide Press, p.13-34, 2016, p. 18. Nesse sentido, “The supply and

internacional compreendendo todas as fontes de energia, princípios (implícitos ou explícitos), normas, regras e mecanismos de solução de controvérsias.³⁴⁵ Como existem poucos princípios internacionais específicos do Direito Internacional da Energia, o julgador intérprete acabará por aplicar princípios de outros ramos do Direito em uma possível solução de controvérsias.³⁴⁶

De todo modo, a estruturação do Direito Internacional da Energia adquire relevância em todos os aspectos, especialmente, para se realizar uma efetiva transição energética,³⁴⁷ garantindo maior segurança jurídica no cenário global da energia. Nesse sentido, cabe destacar a construção doutrinária internacional para formação dos princípios do Direito Internacional da Energia que regem todas as atividades energéticas, englobando também a energia renovável.

2.1.1 Os princípios do Direito Internacional da Energia

Em um quadro de constante evolução, os princípios do Direito Internacional da Energia vão sendo aperfeiçoados para atender aos anseios políticos, sociais e econômicos atrelados ao setor energético. Ademais, os princípios do Direito Ambiental exercem influência direta na construção daqueles atrelados ao Direito da Energia.³⁴⁸ Segundo a doutrina internacional, estabelecer princípios internacionais próprios do Direito da Energia é uma etapa essencial para o desenvolvimento desta disciplina.³⁴⁹

consumption of energy, and the legal issues associated with that supply and demand, will continue to become internationalised. There are numerous legal issues that will continue to be the focus of global developments". WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 254.

³⁴⁵ *"One of several definitions of an international regime refers to a set of 'implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actors' expectations converge in a given area of international relations".* FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376-377.

³⁴⁶ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. *A treatise for energy law*. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 36.

³⁴⁷ *"This is of vital importance as globally countries are transitioning to low-carbon economies".* HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. *A treatise for energy law*. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 35.

³⁴⁸ *"Principles of international environmental law, including the principles of precaution, no harm, polluter pays, sustainable development, and common but differentiated responsibilities, have directly and indirectly influenced States' energy policies."* WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 375.

³⁴⁹ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. *A treatise for energy law*. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 35.

Raphael Heffron *et al* formulam sete princípios formadores do Direito Internacional da Energia, nomeadamente, (a) soberania permanente sobre os recursos naturais; (b) acesso aos serviços de energia modernos; (c) justiça energética; (d) uso prudente, racional e sustentável dos recursos naturais; (e) proteção do meio ambiente, saúde humana e combate à mudanças climáticas; (f) segurança energética e confiança; e (g) resiliência.³⁵⁰

a) soberania permanente sobre os recursos naturais

O conceito de soberania permanente sobre os recursos naturais, especificamente à luz do petróleo, emergiu após o fim do período colonial³⁵¹ e se conecta com a aceção de controle e jurisdição sobre todos os acontecimentos que ocorrem no território de um Estado, refletindo um princípio de soberania territorial.³⁵²

Peter Cameron afirma que a emergência da doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais marcou o princípio da mudança do poder de negociação das empresas internacionais que operavam com recursos naturais e se baseavam no Ocidente em direção a produção energética dos países no Oriente Médio, América Latina, Ásia e África.³⁵³

O princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais foi gradualmente desenvolvido pelas resoluções da Assembleia Geral da ONU desde 1952³⁵⁴ focalizando,

³⁵⁰ “Table 3. The seven principles of energy law: 1. The Principle of National Resource Sovereignty; 2. The Principle of Access to Modern Energy Services; 3. The Principle of Energy Justice; 4. The Principle of Prudent, Rational and Sustainable Use of Natural Resources; 5. Principle of the Protection of the Environment, Human Health & Combatting Climate Change 6. Energy Security and Reliability Principle; 7. Principle of Resilience.” HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 40.

³⁵¹ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 39. “The formation of the UN, the creation of the Organization of the Petroleum Exporting Countries in 1960, and the emergence of post-colonial States created a unified call for fairer redistribution of natural wealth. With these calls came the assertion of sovereignty, which has been sensationally described as ‘the most glittering and controversial notion in the history, doctrine and practice of international law’”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 376.

³⁵² FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363–446, 2008, p. 387–388.

³⁵³ “It is probably an irreversible shift and one that has continued to the present day, albeit not necessarily in a mono-linear fashion”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 28.

³⁵⁴ “This Resolution built upon one made ten years earlier, Resolution 626, which was the first Resolution to anticipate the idea of ‘permanent sovereignty over natural resources’ in its assertion that ‘the right of peoples freely to use and exploit their natural wealth and resources is inherent in their sovereignty’. Several years later, Resolution 2158 recognized that all states, but particularly those in the developing countries, have the right to secure and increase their share in the administration of enterprises fully or partly owned by foreign capital operation in their territory and to have a greater share in the advantages and profits derived from them on an

inicialmente, na atração de capital estrangeiro e fomento da confiança do investidor.³⁵⁵ Marilda Rosado de Sá Ribeiro destaca que “a gênese da doutrina da soberania permanente sobre os recursos naturais é encontrada nas discussões preliminares sobre os direitos humanos, no início da década de 1950”, pois a exploração de petróleo “em áreas offshore ultrapassaram os limites do mar territorial e da jurisdição do Estado costeiro”³⁵⁶ apenas após a 2ª Guerra Mundial.

A Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 1.803 (XVII)³⁵⁷ de 14 de dezembro de 1962 quanto à “Soberania Permanente sobre Recursos Naturais” consolidou a deferência à independência estatal para regular os mecanismos de exploração de seus recursos naturais fundamentado no conceito de soberania permanente.³⁵⁸ No âmbito de tal Resolução, trata-se de um direito permanente e inalienável que os Estados possam dispor livremente dos recursos naturais de acordo com os seus interesses nacionais.³⁵⁹

Marilda Rosado de Sá Ribeiro esclarece que o conceito da soberania permanente circunscrito na Resolução n. 1.803 (XVII) passou a ser considerado um dos princípios mais

equitable bases”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 28-29. “*The UN General Assembly first used the phrase ‘permanent sovereignty over natural resources’ in 1952. Ten years later, nationalization of foreign assets was allowed but only if appropriate compensation was given to the investor and where the seizure was for public purposes, security, or the national interest*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 376.

³⁵⁵ Arghyrios Fatouros denomina de ‘doutrina’ da soberania permanente sobre recursos e riquezas naturais. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376-377; 389.

³⁵⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 139.

³⁵⁷ UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019. “*The Resolution was passed by eighty-seven votes to two, with twelve abstentions. Those voting in favour comprised developed and developing states, including the USA; these were states in all geographical areas of the globe and at all stages of economic development. An important reason for the support of several of the OECD states was the Resolution’s imposition of a standard of international law upon any act of nationalization*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 29-30.

³⁵⁸ Andreas Lowenfeld faz importante recapitulação dos antecedentes históricos e negociações que resultaram na Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 1.803 (XVII) sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 485-490. Com relação às negociações, José Augusto Fontoura Costa observa que “durante todo o processo de negociação da que viria a ser a Resolução 1803 (XVII) as desconfianças mútuas entre países industrializados e em desenvolvimento se expressaram em diversos momentos”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 80.

³⁵⁹ “*recognition of the inalienable right of all States freely to dispose of their natural wealth and resources in accordance with their national interests, and on respect for the economic independence of States*”. UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019. p. 1.

importantes do Direito Internacional.³⁶⁰ A partir dessa visão, os Estados possuem soberania para regular as condutas e consequências das atividades exercidas no âmbito do seu território, exceto nos casos em que há proibição prevista pelo Direito Internacional.³⁶¹ Nesse sentido, o artigo 2º da Resolução da Assembleia Geral da ONU nº 3.281 (XXIX) determinou que “qualquer Estado detém e pode livremente exercer a total soberania permanente, inclusive a posse, uso e alienação, dos recursos naturais e atividades econômicas”.³⁶²

A contribuição da Peter Cameron destaca que a Resolução n. 1.803 (XVII) é mais do que afirmação de direitos, possuindo o condão de equilibrar dois elementos categóricos que são (i) o reconhecimento do direito inalienável à soberania sobre os recursos naturais; e (ii) o exercício do poder soberano com o propósito de permitir que a nacionalização, expropriação e requisição sejam realizados com o fundamento de utilidade pública e segurança sobre o interesse nacional.³⁶³

Este princípio é aplicado não apenas às relações entre Estados, mas também rege aquelas que envolvem pessoas privadas, especialmente, quanto aos investimentos realizados diretamente no território de outros Estados.³⁶⁴ No âmbito da sua aplicação, o Estado se encontra legitimado para instituir leis que regulem a exploração dos recursos naturais diretamente, como também para cancelar ou alterar condições da oferta inicial.³⁶⁵

A década de 1980 simbolizou a reiteração da soberania estatal sobre a emancipação econômica e política dos países em desenvolvimento resultando em nacionalizações em larga escala, renegociações de contratos e emergência de empresas públicas que representavam o baluarte da exploração de recursos naturais alicerçadas por financiamentos externos.³⁶⁶

³⁶⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: the case of Bolivia and Brazil. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*. p.1-20, 2009, p. 1. Marilda Rosado de Sá Ribeiro ressalta, ainda, que o conceito de soberania sobre os recursos naturais foi intensamente criticado pelos países desenvolvidos. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. *RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, 2011.

³⁶¹ BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 23.

³⁶² “Every State has and shall freely exercise full permanent sovereignty, including possession, use and disposal, over all its wealth, natural resources and economic activities”. UNITED NATIONS. *Charter of economic rights and duties of States*. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2019. p. 52.

³⁶³ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 29.

³⁶⁴ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376-388.

³⁶⁵ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376-388.

³⁶⁶ “The 1970s were the time of strong assertion of state sovereignty over economic and political emancipation of developing countries, resulting in large-scale nationalization, renegotiation, and emergence of strong state

Por fim, a importância da soberania sobre os recursos naturais é reafirmada no cenário energético³⁶⁷ não apenas para os Estados que possuem reservas de petróleo e gás, mas quanto a outros temas conexos como o abastecimento energético e a regulação do setor.³⁶⁸ Em casos de expropriação, uma ‘compensação apropriada’ deve ser concedida de acordo com o Direito Interno e Internacional,³⁶⁹ mesmo que o termo não represente a compensação total.³⁷⁰ Nesse sentido, o artigo 18.1 do ECT reconhece “a soberania estatal e direitos soberanos sobre os recursos energéticos”.³⁷¹ E, com isso, à luz do principal diploma internacional orientado para os assuntos energéticos, a soberania deve ser exercida respeitando as regras do Direito Internacional.

resource companies supported by foreign loans”. WÄLDE, Thomas. *International Energy Investment*. Washington: *Energy Law Journal*, vol. 17, p. 191-215, 1996, p. 191.

³⁶⁷ “*Permanent sovereignty over natural resources has generated incredible controversy in the energy sector. Issues such as political risk, expropriation, fair and equitable treatment of foreign investors, and compensation for wrongful or unfair action have been the subject of both academic debate and international disputes. These contests demonstrate that sovereignty over natural resources evolved from a mere political declaration to a fundamental tenet of international law with serious implications on energy investment*”. MOSE, Tedd Moya. *Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy*. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 377. A respeito da relação entre a soberania permanente e a energia renovável, Tedd Moya Mose questiona se este princípio apresentaria o mesmo critério de aplicabilidade, uma vez que as resoluções da ONU se referem genericamente à ‘recursos naturais’: “*The UN resolutions on permanent sovereignty outlined above use the expression ‘energy resources’ vaguely. This might be problematic to interpreting modern treaties like the ECT when dealing with renewable energy technologies, which rely on natural elements. This ambiguity has been a long-standing problem even at the national level, where courts have criticized domestic laws for lacking specific provisions that grant access to the sun’s rays*”. MOSE, Tedd Moya. *Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy*. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 378.

³⁶⁸ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. *A treatise for energy law*. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 40.

³⁶⁹ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376-390. “*In paragraph 4 it states also that nationalization, expropriation or requisitioning is to be accompanied by the payment of appropriate compensation to the owner ‘in accordance with the rules in force in the state taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law’*. It adds that where a dispute arises from this, the first step is to exhaust the national jurisdiction of the state taking such measures and then, if the parties agree, settlement of the dispute should be made by arbitration or international adjudication. This principle of permanent sovereignty over natural resources recently been endorsed by the International Course of Justice in the case of *Democratic Republic of Congo v Uganda*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 28.

³⁷⁰ “*‘Appropriate’ is clearly not synonymous with ‘full’ compensation however*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 29.

³⁷¹ Artigo 18. ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019. “*Essentially, this text [Article 18] added nothing to what had already been secured in international law except perhaps the grant of a level of comfort to the then newly independent states that had emerged from the dissolved Soviet bloc*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 30.

b) acesso aos serviços de energia

Segundo o relatório da ONU para avaliar o alcance do sétimo objetivo da Agenda 2030 da ONU apresentado em julho de 2018, constatou-se que, aproximadamente, “1 bilhão de pessoas vivem sem eletricidade e 3 bilhões vivem sem acesso a soluções limpas para cozinhar”.³⁷² Assim, garantir “acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos é fundamental para o desenvolvimento humano”.³⁷³

Nesse sentido, Alexandra Wawryk esclarece que, em muitos países em desenvolvimento, o acesso aos serviços de energia se tornou uma meta inserida em políticas energéticas, uma vez que significativa parte da população desses países vive em áreas rurais sem acesso aos serviços básicos para aquecimento, luz ou alimentação.³⁷⁴

Eis, pois, que a importância fundamental da ampliação do acesso aos serviços de energia ganha maior relevância quando se focaliza na erradicação da pobreza. Na atualidade, a ampliação do acesso aos serviços de energia se tornou um pressuposto para se alcançar o desenvolvimento sustentável,³⁷⁵ uma vez que pobreza e energia ainda estão intrinsicamente conectadas. É preciso disponibilizar os serviços de energia às comunidades e não apenas energia em seu estado bruto para que se tenha acesso à eletricidade e transporte.³⁷⁶

Com fundamento nessa premissa, o acesso universal aos serviços de energia se consolida como princípio do Direito Internacional da Energia em que pese não estar registrado em nenhuma convenção internacional.³⁷⁷ Trata-se de elemento de especial análise quando se

³⁷² “Approximately 1 billion people currently live without electricity, while almost 3 billion people lack access to clean-cooking solutions.” UNITED NATIONS. General Assembly Resolution A/73/267 - Ensuring access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019. p. 2. (tradução nossa).

³⁷³ “Access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all is fundamental to human development.” UNITED NATIONS. General Assembly. A/73/267 - Ensuring access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019. p. 2.

³⁷⁴ WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 248.

³⁷⁵ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 41.

³⁷⁶ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 41.

³⁷⁷ Alexandra Wawryk destaca, ainda, que há quem defenda que o acesso aos serviços de energia deve ser considerado como direito humano implícito dado que uma miríade de direitos humanos expressamente previstos dependem de tais serviços. “Although there are no binding international commitments in public international law in relation to universal access to energy services, and access to modern energy services is not recognised as an

pressupõe que o desenvolvimento da energia renovável serve como instrumento para ampliar o acesso à energia, especialmente, em áreas rurais.³⁷⁸

c) justiça energética

O princípio da justiça energética reside no pressuposto de um movimento ético, moral e filosófico desenvolvido no final do século XX e início do século XXI. É preciso orientar os projetos de energia para que as partes menos favorecidas não sejam constantemente prejudicadas e que os governantes examinem novos projetos sem pressão de terceiros interessados, o que poderia ocasionar decisões administrativas mal orientadas.³⁷⁹

Na perspectiva internacional, por um lado, relaciona-se com o direito da população de países em desenvolvimento em se desvencilhar da pobreza por meio do acesso universal aos serviços de energia e evitar danos ao meio ambiente provocados pela exploração dos recursos naturais. No âmbito local, por outro lado, é importante assegurar a acessibilidade ao abastecimento energético à população mais desfavorecida desobrigando o deslocamento populacional em virtude de grandes projetos para geração de energia como ocorre nos empreendimentos para usinas hidrelétricas.³⁸⁰

Deve-se incentivar, assim, a participação de todos os segmentos da sociedade em igualdade no processo decisório de desenvolvimento energético, dotando essa fase de transparência e equilíbrio entre os interesses dos *stakeholders* envolvidos.

express human right in any international human rights instrument, it has been argued that 'access to energy services should be an implied human right given that many express rights (such as the right to education and the right to an adequate standard of living, to name but a few) cannot be achieved without access to energy services'. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 248.

³⁷⁸ *"This issue of universal access to energy services will continue to receive growing legal attention through the possible development of a framework for access to energy services as a human right; increasing national and international action to expand access to energy, promote energy efficiency and invest in renewable energy in developing countries, which must be underpinned by law; and by a myriad of issues related to the provision of baseload power and transmission of electricity"*. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 248.

³⁷⁹ *"The denial of distributional justice has tended to occur in the past in relation to governmental decision concerning, for example, the siting of wind generators, coal plant projects and nuclear power plants. It is argued that all segments of society should benefit and suffer equally from such decision-making"*. HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. *A treatise for energy law*. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 42.

³⁸⁰ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. *A treatise for energy law*. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 42.

A relevância deste princípio se destaca, em particular, pela influência dos aspectos políticos em torno do setor energético,³⁸¹ os quais podem se caracterizar como impróprios do ponto de vista decisório. Busca-se direcionar o setor e as resoluções a ele conectadas para além da ótica tradicional do governo e indústria referente à segurança energética, desenvolvimento econômico e tecnologia para se considerar a moralidade no processo deliberativo.³⁸²

d) uso prudente, racional e sustentável dos recursos naturais

O uso sustentável dos recursos naturais, em especial, dos combustíveis fósseis, se consolidou como uma inquietação da sociedade contemporânea.³⁸³ Por se tratar de fontes não-renováveis, a exploração desses recursos deve ser realizada de modo a evitar a sua futura exaustão, resguardando o benefício de exploração pelas próximas gerações.³⁸⁴

Com base nessa premissa, a aceção de ‘uso sustentável’ foi adotada em diferentes convenções internacionais, seja a partir de uma referência direta à terminologia tradicional ou, ainda, por meio de nomenclaturas alternativas como “conservação”,³⁸⁵ “gestão sustentável”,³⁸⁶ “uso ótimo, eficiente e racional” ou “redução e eliminação dos padrões insustentáveis de produção e consumo”.³⁸⁷

³⁸¹ “*decisions may be taken without full disclosure of all relevant issues to affected parties, and bias and political pressure from powerful vested interests may be unfairly influential when proposed energy developments are assessed*”. HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 42.

³⁸² HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 42.

³⁸³ “*In modern times the main driver of economic growth has been, and continues to be, energy supplied from fossil fuels, whether they are oil, gas or coal*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.3.

³⁸⁴ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 43.

³⁸⁵ “*conservation of their living resources*”. UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 1982. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019. p. 45.

³⁸⁶ “d) Promover a gestão sustentável, bem como promover e cooperar na conservação e fortalecimento, conforme o caso, de sumidouros e reservatórios de todos os gases de efeito estufa não controlados pelo Protocolo de Montreal, incluindo a biomassa, as florestas e os oceanos como também outros ecossistemas terrestres, costeiros e marinhos”. BRASIL. Decreto Nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 01 jul. 1998.

³⁸⁷ “*To achieve sustainable development and a higher quality of life for all people, States should reduce and eliminate unsustainable patterns of production and consumption and promote appropriate demographic policies.*” UNITED NATIONS. *The Rio Declaration on Environment and Development*, 1992. Disponível em: <http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF>. Acesso em 01 jun. 2019. p. 4.

O princípio do uso sustentável dos recursos naturais se insere recorrentemente nos textos de convenções internacionais focalizados no meio ambiente, como a UNFCCC³⁸⁸ e o Acordo de Paris. Este último reconhece que “a adoção de estilos de vida sustentáveis e padrões sustentáveis de consumo e produção”³⁸⁹ possui relevante protagonismo no combate às mudanças climáticas.

Destaca-se, também, a aplicabilidade do princípio do uso sustentável dos recursos naturais também no setor energético como é possível abstrair dos objetivos da Agenda 2030 da ONU. No seu 7º objetivo, a sustentabilidade se incorpora no compromisso em garantir acesso universal aos serviços de energia e no 14º quanto ao comprometimento com “a conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável”.³⁹⁰

No ECT, por sua vez, o dever de agir de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável, princípio da precaução e princípio poluidor-pagador, todos específicos do Direito Ambiental Internacional se conectam especialmente sob a ótica do desenvolvimento das fontes renováveis de energia.³⁹¹ No artigo 19, os Estados se comprometem a observar os aspectos ambientais no processo de formulação e implementação das políticas energéticas, promovendo o desenvolvimento e uso de fontes renováveis de energia, assim como de combustíveis limpos com objetivo de reduzir os impactos ambientais e a poluição do ar.³⁹²

A compreensão de que o uso dos recursos naturais deve ser prudente, racional e sustentável não fica restrito ao plano internacional, mas também alcança o nível regional como ocorre, por exemplo, no âmbito da União Europeia. Nesse particular, o artigo 11 do Tratado

³⁸⁸ BRASIL. Decreto Nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 01 jul. 1998.

³⁸⁹ BRASIL. Decreto Nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 jun. 2017.

³⁹⁰ Objetivo 7 da Agenda 2030. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 17 mar. 2019. Tedd Moya Mose ressalta que os parágrafos preâmbulares do Acordos de Paris mencionam o acesso universal à energia sustentável: “*The preambular paragraphs of the Paris Agreement mention the promotion of universal access to sustainable energy ‘through the enhanced deployment of renewable energy’*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 382.

³⁹¹ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 367.

³⁹² Artigo 19. ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) determina que “as exigências em matéria de proteção do ambiente devem ser integradas na definição e execução das políticas e ações da União, em especial com o objetivo de promover um desenvolvimento sustentável”.³⁹³

Imbuída do espírito de uso prudente, racional e sustentável, a política energética da União Europeia, conforme prevê o artigo 194 do TFUE, deve ser orientada com objetivo de “promover a eficiência energética e as economias de energia, bem como o desenvolvimento de energias novas e renováveis”.³⁹⁴ Desse modo, os acordos internacionais reconhecem que se deve realizar o uso dos recursos naturais com objetivo de evitar danos futuros, percebido como um objetivo global.³⁹⁵

e) proteção do meio ambiente, saúde humana e combate às mudanças climáticas

Ao mesmo tempo que o acesso aos serviços de energia se estabelece como elemento fundamental para a sociedade moderna,³⁹⁶ a produção e consumo de energia são objetos da agenda ambiental. Nesse aspecto, a “energia e o meio ambiente estão fisicamente interconectados”.³⁹⁷

O potencial de acidentes ambientais que podem ocorrer durante toda a cadeia de exploração de recursos naturais, como também processamento, transporte, distribuição, consumo e descarte dos mesmos, é objetivo de preocupação no contexto global da energia.³⁹⁸

³⁹³ Art. 11. UNIAO EUROPEIA. OJ C 326, 26.10.2012. *Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

³⁹⁴ Art. 194. UNIAO EUROPEIA. OJ C 326, 26.10.2012. *Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

³⁹⁵ “Whether international law today imposes upon states a customary obligation of sustainable use of natural resources may be arguable but it is beyond doubts that sustainable use of natural resources is accepted as a global objective and has an increasing recognition internationally in treaty law”. HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 44.

³⁹⁶ ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 19.

³⁹⁷ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 44.

³⁹⁸ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 44.

Tendo em vista que a energia se caracteriza como elemento substancial para alcançar o desenvolvimento sustentável,³⁹⁹ é preciso focalizar na redução dos impactos ambientais.

Raphael Heffron *et al* discorrem que existem duas consequências resultantes da convergência dos temas energia e meio ambiente. Em primeiro lugar, é preciso desenvolver políticas energéticas que incentivem o uso de fontes renováveis, reduzindo as emissões de gases de efeito estufa, contribuindo para a eficiência energética. Em segundo lugar, o panorama energético incorpora os efeitos das mudanças climáticas na sua estrutura, tornando o seu conteúdo adaptado a solucionar os possíveis impactos ambientais.⁴⁰⁰ Em síntese, o Direito Internacional da Energia se orienta para a proteção do meio ambiente priorizando medidas que prevaleçam a cooperação energética internacional.

f) segurança energética

Desde a década de 1970, a segurança energética permanece norteando as políticas de energia e impulsionando a diversificação da matriz energética. A preocupação com a segurança energética especialmente liderada pelos países consumidores, atrelada à necessidade de mitigação das mudanças climáticas lideraram um movimento em prol da eficiência energética⁴⁰¹ e desenvolvimento da energia renovável.

Em que pese as tentativas de estabelecer uma aceção de segurança energética por parte da doutrina internacional, não é possível apresentar uma definição única e incontroversa.⁴⁰² Mesmo assim, o termo ‘segurança energética’ tem sido amplamente adotado desde o início do

³⁹⁹ “Energy is a vital component of sustainable development, as this statement by the United Nations (UN) Secretary-General Ban Ki-moon emphasizes”. ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 19.

⁴⁰⁰ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 45.

⁴⁰¹ A eficiência energética está atrelada ao equacionamento energético a partir da ótica do suprimento e não está atrelado à demanda em si, em que se contesta a premissa de maior demanda energética para satisfazer as necessidades sociais e econômicas da sociedade contemporânea. BARTON, Barry. *The Law of Energy Efficiency*. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 61-81, 2008, p. 61.

⁴⁰² “It is difficult to provide a universal definition of energy security because it means different things to different people. (...) Whereas the European Union (EU) and US frame energy security primarily as a response to an unwelcome dependence on external suppliers, Russia, on the other hand, sees energy security in terms of unconditional state sovereignty over natural resources, reformed transit dispute mechanisms and a guarantee that access to international energy markets is non-discriminatory and competitive”. DE JONG, Sijbren. *Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork*. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, p. 21-43, 2011, p. 23.

século XX no momento em que se promoveu a abertura aos mercados do Oriente Médio para exploração de petróleo. Segundo a contribuição de Andreas Goldthau e Jan Martin Witte, a segurança energética vem sendo aplicada como mecanismo de exercício geopolítico, assim como instrumento de competição para acesso a mercados.⁴⁰³ Raphael Heffron *et al* segmentam a segurança energética em (i) segurança de demanda, e (ii) segurança de abastecimento. Enquanto a primeira se relaciona com a demanda contínua por produtos energéticos, a segunda se refere ao provisionamento contínuo de energia a um custo razoável.⁴⁰⁴

O conceito proposto pela IEA compreende “a disponibilidade ininterrupta de fontes de energia a um preço acessível”.⁴⁰⁵ Thijs Van de Graaf acrescenta que a segurança energética envolve a disponibilidade de serviços energéticos de forma adequada, confiável e acessível aos consumidores de uma maneira que seja social e ambientalmente aceitável.⁴⁰⁶ Rafael Leal-Arcas, Andrew Filis e Ehab Abu Gosh afirmam que consiste na satisfação das necessidades energéticas da humanidade para manter o mínimo padrão de vida no mundo desenvolvido, promovendo desenvolvimento e estimulando a qualidade de vida além-fronteiras.⁴⁰⁷

A segurança energética se encontra no cerne do Direito Internacional da Energia, presente em um grande número de contribuições doutrinárias e até em legislações sobre energia ao redor do mundo.⁴⁰⁸ Como os fatores geográficos influenciam a distribuição de recursos

⁴⁰³ GOLDTHAU, Andreas; WITTE, Jan Martin. *From Energy Security to Global Governance*, 2010. ENSEC. Disponível em: <http://www.ensec.org/index.php?option=com_content&view=article&id=234:from-energy-security-to-global-energy-governance&catid=103>. Acesso em: 18 abr. 2019.

⁴⁰⁴ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 45.

⁴⁰⁵ Para Agência Internacional de Energia, a segurança energética constitui “*the uninterrupted availability of energy sources at an affordable price*” e apresenta as seguintes características: “*long-term energy security mainly deals with timely investments to supply energy in line with economic developments and environmental needs. On the other hand, short-term energy security focuses on the ability of the energy system to react promptly to sudden changes in the supply-demand balance*”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *What is energy security? Defining energy security*. Disponível em: <<https://www.iea.org/topics/energysecurity/whatisenergysecurity/>>. Acesso em: 17. mai. 2019. Ver também SCHILL, Stephan W. Foreign Investment in the Energy Sector: Lessons for International Investment Law. In: BRABANDERE, Eric De; GAZZINI, Tarcisio (Eds.). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*. Leiden: Brill| Nijhoff, p. 259-282, 2014, p. 263.

⁴⁰⁶ “*Energy security - that is, the provision of adequate, reliable, and affordable energy services to end users in a socially acceptable and environmentally sustainable way - represents one of the world’s foremost challenge*”. VAN DE GRAAF, Thijs. Organizational Interactions in Global Energy Governance. In: KOOPS, Joachim A., BIERMANN, Rafael (Eds.) *Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics*. London: Palgrave Macmillan, p. 591-610, 2017, p. 591.

⁴⁰⁷ LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 7.

⁴⁰⁸ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34-48, 2018, p. 45.

naturais ao redor do mundo, o abastecimento e a demanda por energia tornam o debate acerca da segurança energética ainda mais incipiente.⁴⁰⁹

Por fim, é preciso ressaltar que a preocupação com a segurança energética se acomoda especialmente no âmago da política energética dos países importadores, incentivando o desenvolvimento do quadro normativo para o desenvolvimento de energia renovável. Trata-se de um elemento especialmente relevante no contexto global, que conduz o Direito Internacional de Energia e fomenta a promoção de uso de fontes renováveis especialmente nestes países.

g) resiliência

Raphael Heffron *et al* introduzem o conceito de princípio da resiliência e o atrelam à capacidade de Estados armazenar, recuperar e adaptar o sistema de eletricidade e transporte às adversidades externas como desastres ambientais (furacão, temporais, quedas de árvores, etc) e ataques cibernéticos. É necessário que o sistema de energia seja estruturado de maneira resiliente para responder a quaisquer eventos que ameacem causar uma ruptura à continuidade do fornecimento do serviço de eletricidade ou do transporte.⁴¹⁰

Nessa esteira, o investimento em energia renovável contribui para a redução da dependência dos combustíveis fósseis, agregando eficiência energética e confiabilidade ao sistema, assim como desloca o eixo de distribuição da geração energética para aqueles de menor escala e mais próximos dos consumidores.⁴¹¹

Feita a análise da construção de princípios específicos do Direito Internacional da Energia que tendem ao aperfeiçoamento ao longo da sua aplicação, verifica-se a influência de conceitos advindos de outros ramos do direito como o Direito Ambiental Internacional e Direito Internacional Privado.

⁴⁰⁹ “The main concerns about reliability and affordability have traditionally been directed at the adequacy of investment in conventional oil resources and in natural gas, given that these resources are unevenly distributed around the world. The question of who supplies this energy and on what terms remains a very important strand of the energy security debate, even if it has been substantially reshaped by the rise of shale in the United States”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018*. Disponível em: <<https://www.iea.org/weo2018/>>. Acesso em: 16 jun. 2019. p. 52.

⁴¹⁰ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 46.

⁴¹¹ HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. p. 34–48, 2018, p. 47.

O Direito Internacional da Energia também apresenta um caráter multidisciplinar, alicerçado de recursos teóricos e práticos da Economia, Engenharia, entre outros. Com isso, a convergência entre o público e privado no seio da regulação da energia é elemento de interesse acadêmico com objetivo de analisar suas consequências e influência para o desenvolvimento desta disciplina.

2.1.2 A convergência entre público e privado no Direito Internacional da Energia

No regime do Direito Internacional da Energia, a gênese das suas regras não é somente internacional, mas também encontra origem em outros ramos do Direito Público e do Direito Privado.⁴¹² Trata-se, assim, de uma disciplina que se relaciona com outras como, por exemplo, o Direito Administrativo, Direito Internacional Público e, ainda, o Direito Civil e o Direito Internacional Privado.

A “bidimensionalidade clássica” entre o Direito Internacional Público e o Direito Internacional Privado, como muito bem asseveram Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Bruno Almeida, “não é suficiente para compreender a conjuntura das situações contemporâneas”.⁴¹³ E, assim, é preciso superar tal “hiato hermenêutico e epistemológico estabelecido entre os ramos do Direito Internacional, utilizando então a expressão Direito Transnacional”.⁴¹⁴

Desse modo, a perspectiva da convergência entre o público e privado como elemento configurador da transnacionalidade⁴¹⁵ se torna necessária para regular as relações na sociedade contemporânea e suplantar a separação entre os ramos do Direito Internacional.⁴¹⁶

⁴¹² “And the “law” in “legal” includes several kinds of law: international, municipal, public and private etc”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376-377.

⁴¹³ ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. Rio de Janeiro: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 20, 2011, p. 7.

⁴¹⁴ ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. Rio de Janeiro: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 20, 2011, p. 7. Ver também, ROSADO, Marilda. Novos Rumos Transnacionais do Direito Internacional Privado. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); TIBURCIO, Carmen (Org.). *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 6, p. 417-439, 2015, p. 425.

⁴¹⁵ “O conceito de Direito Transnacional adotado por Philip C. Jessup caminha, por conseguinte, no mesmo sentido da compreensão e tratamento de questões multiconectadas que não se enquadram em apenas um *standard* privado ou público do Direito Internacional e que reconhece a existência de outros atores, além dos Estados e organizações estatais, como empresas indivíduos e outros grupos. A nomenclatura do Direito Transnacional por ele adotada inclui todas as normas que regulem eventos ou ações que transcendam os limites das fronteiras dos Estados”. ROSADO, Marilda. Novos Rumos Transnacionais do Direito Internacional Privado. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); TIBURCIO, Carmen (Org.). *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 6, p. 417-439, 2015, p. 425.

⁴¹⁶ ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. Rio de Janeiro: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 20, 2011, p. 8.

Do mesmo modo, é preciso reorientar o Direito Internacional da Energia para que seja capaz de superar os desafios modernos que envolvem tal disciplina. Não se pode deixar de considerar que as relações no setor de energia se entrelaçam a partir da convergência entre o público e o privado, já que os próprios atores se encontram em interdependência econômica e jurídica para concretização dos projetos de energia, em especial, com uso de fontes renováveis.

Para se alcançar os objetivos estabelecidos no setor energético que beneficiam a sociedade contemporânea e gerações futuras, exige-se o equacionamento de tais interesses local e internacionalmente.⁴¹⁷ É preciso, desta sorte, conceber também a inerência do caráter multidisciplinar do Direito Internacional da Energia,⁴¹⁸ já que Política, Economia, Geografia, Ciências Ambientais e Engenharia agregam para sua formação.⁴¹⁹

Nesse sentido, Stephan Schill destaca que o Direito Internacional da Energia ultrapassa o aspecto da interdisciplinaridade, alcançado o campo em que o ordenamento jurídico interno e o Direito Internacional desempenham papéis relevantes e complementares na governança das relações transfronteiriças energéticas.⁴²⁰

Do ponto de vista do Direito Administrativo, a regulação⁴²¹ no setor energético resulta do processo de intervenção estatal combinado à atuação de autoridades governamentais como

⁴¹⁷ SCHILL, Stephan W. The interface between national and international energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 44-76, 2014, p. 45.

⁴¹⁸ “Energy as a discipline is noteworthy for the fact that it is the most interdisciplinary of all subjects. A broad range of academic and professional disciplines have a contribution to make in this sector”. BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, p. 193-217, 1996, p. 206.

⁴¹⁹ HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 191. “Em outras palavras, o direito internacional, antes fracionado entre o binômio público e privado, assume outras vertentes que se amalgamam numa trama multidisciplinar em função das mudanças trazidas pela globalização, que tornaram a dinâmica do mercado muito mais complexa e existente”. BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Investimento Estrangeiro Direito, Arbitragem Internacional e Energia: *Andante ma non troppo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 779-799, 2014, p. 779.

⁴²⁰ “Energy law is therefore not only a field that cuts across different legal fields, including private and public law. It is also a transnational legal field, in which both national and international law play an important role in governing the increasing amount of trans-border relations”. SCHILL, Stephan W. The interface between national and international energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 44-76, 2014, p. 44.

⁴²¹ A noção de regulação por Alexandre Santos de Aragão “pressupõe um quadro normativo (marco regulatório)”, implicando a existência de “três funções estatais tradicionais inerentes à regulação: aquela de editar a regra, a de assegurar a sua aplicação e a de reprimir as suas infrações”. Assim, para Alexandre Santos de Aragão a acepção de regulação no âmbito do Direito Administrativo brasileiro compreende “o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 202-203. Orienta-se, contudo, para uma visão de regulação à luz da “transformação do Direito Administrativo no mundo globalizado” como prediz Diogo de Figueiredo Moreira

agentes econômicos, já que o envolvimento direto e indireto de tais entidades ainda se configura como realidade comum.⁴²² Decerto, coexistem aspectos relacionados aos interesses da Administração Pública, no intuito de regular um serviço que, em alguns países, ainda é considerado como serviço público, além de regular interesses de entidades privadas, representadas por empresas que investem no setor.

Nesse particular, é preciso reforçar o papel central do Estado na regulação dos assuntos energéticos, em especial, atento à “emergência de uma nova ‘função do governo’ resultante da imbricação entre a atividade política e a função administrativa ou a reformulação da proteção social no acesso a serviços públicos essenciais”.⁴²³ Outrossim, é preciso compreender que os interesses dos Estados devem se coadunar com aqueles advindos do setor privado, nomeadamente, dos investidores estrangeiros. Com relação à influência do Direito Administrativo na regulação da energia, ressalta Suzana Tavares da Silva

Trata-se em grande medida de um ramo do direito administrativo especial que assimilou o ‘*ethos do novo direito administrativo*’, o que significa que neste sector a superação do *poder de autoridade* das entidades públicas pelo *poder de direção* das entidades governativas em contexto de rede normativa é já uma realidade.⁴²⁴

Consiste, portanto, em um norteamento do Direito Internacional da Energia quanto ao cenário anteriormente atrelado à perspectiva de poder estatal, limitado à esfera do “sistema de direito interno nacional, para assumir a dimensão de um direito globalizado transnacional”.⁴²⁵

E, assim, a regulação, “como técnica decisional de origem anglo-saxônica, hoje mundialmente difundida”, se insere em uma “dimensão prospectiva”, logrando êxito como novo “método operativo” no seio do Direito Administrativo pós-moderno, qual este se caracteriza como “policêntrico”, alcunhado de Direito Administrativo Transnacional por Diogo

Neto, em que se estabelece um novo cenário para o direito administrativo reconhecendo a “insuficiência das Constituições nacionais para estabelecerem uma *ordem jurídica transnacional*”. Assim, há um “reposicionamento das ordens jurídicas nacionais” com tendência para uma “universalidade do Direito”, transformando o Direito Administrativo “para assumir a dimensão de um direito globalizado transnacional, pois que os interesses públicos não são apenas aqueles assim definidos pelos Estados - que deixam, por isso, de ser deles os exclusivos administradores -, mas, igualmente, o definido por organizações internacionais por eles próprios criadas para perseguir seus respectivos fins, e, ainda além deles, os definidos por quaisquer organizações extraestatais”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 257-260. No âmbito do direito anglo-saxão, “*regulation*” é definido como “*the act or process of controlling by rule or restriction*” ou, ainda, “*a rule or order, having legal force, usually issued by an administrative agency*”. GARNER, Bryan A. (Ed.) *Black’s Law Dictionary*. Thomson West, 8ª ed., 2007, p. 1311.

⁴²² FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 376.

⁴²³ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, nota prévia.

⁴²⁴ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra: Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, nota prévia.

⁴²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 260.

de Figueiredo Moreira Neto⁴²⁶ ou Direito Administrativo Global por Sabino Cassese.⁴²⁷ Marilda Rosado de Sá Ribeiro ressalta que “padrões de governança global estão sendo construídos por um incipiente Direito Administrativo Global”.⁴²⁸

Na convergência desta disciplina com o Direito Internacional dos Investimentos,⁴²⁹ destaca-se que alguns princípios jurídicos e pressupostos de ordem material e procedimental do Direito Administrativo Global repercutem na “abordagem conceitual dos estudos sobre investimentos estrangeiros e à massa crítica conceitual do Direito Internacional, coligada a partir das decisões arbitrais e recente doutrina internacionalista sobre a matéria”.⁴³⁰

⁴²⁶ Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que podem existir “novas vergôntees e ramos, como, por exemplo, o Direito Administrativo Internacional, o Direito Internacional Administrativo, o Direito Administrativo Comunitário, o Direito Administrativo da Integração e o Direito Administrativo sem Estado, este, como proposto na interessante tese de colação Antunes, ou, ainda, como o promissor Direito Administrativo Trans estatal”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 267-268.

⁴²⁷ “[global administrative law] comprises a large number of global rules and regulators, which basically reproduce the organizational styles and procedural paradigms that are well known within States, such as the right to a hearing, the duty to provide reasons, judicial review, and the due process of law generally”. CASSESE, Sabino; D’ALTERIO, Elisa. Introduction: the development of Global Administrative Law. In: CASSESE, Sabino. *Research Handbook on Global Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, p.1-21, 2016, p. 3. “the large number of norms, the development of rules and principles, and the rise of courts all confirm the high degree of institutionalization (or legalization, as American scholars like to say) of the global administrative system”. CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of global regulation. New York: *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, p. 663-694, 2005, p. 694. “[global administrative law] is characterized not only by a ‘trilateral’ relationship (between civil societies, national institutions and institutions beyond the State), but also by the emergence of ‘new alliances’: as local and global interests converge, global institutions establish alliances with individuals or national civil societies against States”. CASSESE, Sabino; D’ALTERIO, Elisa. Introduction: the development of Global Administrative Law. In: CASSESE, Sabino. *Research Handbook on Global Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, p.1-21, 2016, p. 2. Patrícia Ferreira Baptista e Leonardo Coelho Ribeiro esclarecem que “neste vazio que surge entre os direitos nacionais e o direito internacional que vêm se desenvolvendo um direito paralelo, forjado em foros de negociação internacional, cunhado em agências e organizações não-estatais, com o objetivo de atender às necessidades desses setores econômicos que atuam no espaço global. Para cuidar destas novas manifestações jurídicas, estudos acadêmicos conduzidos principalmente nos Estados Unidos e na Itália têm advogado a existência de um *direito administrativo global*”. BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito Administrativo Global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 801-820, 2014, p. 802.

⁴²⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 131.

⁴²⁹ Sem embargo, importante fazer referência à definição de Direito Internacional de Investimentos proposta por Ely Caetano Xavier Junior, no âmbito do seu estudo, como “sistema de normas que regulam os diferentes aspectos jurídicos envolvidos na relação entre investidores estrangeiros e Estados receptores”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 1.

⁴³⁰ Marilda Rosado de Sá Ribeiro faz referência aos “elementos-chave do padrão de conduta almejado pela prática administrativa global” que merece análise do leitor. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 131.

É preciso citar que assuntos tradicionalmente submetidos ao direito privado, como as regras sobre os contratos internacionais no setor de energia também formam, no nosso entendimento, parte do escopo do Direito Internacional da Energia.⁴³¹ Muito embora não se caracterize como posicionamento uníssono na doutrina,⁴³² trata-se de entendimento coerente com o cenário contemporâneo de internacionalização desta indústria e em consonância com a doutrina que defende a convergência entre o público e o privado.

No caso de investimentos realizados por atores privados na indústria de energia, uma miríade de temas se retroalimenta na configuração das transações multiconectadas, típicas deste setor. Aspectos regulatórios, financeiros, jurídicos se entrelaçam e variam de acordo com a arquitetura do projeto, o tipo de energia gerada (eletricidade, combustível para transporte ou energia térmica) e a infraestrutura onde será realizado.⁴³³

Nesse panorama, há um ambiente de complexidade derivado da internacionalização em razão dos temas diversos que transcendem a tradicional ótica nacionalista antes configurada em torno da energia. Não se pode negar que o setor energético ainda permanece como palco para tensões geopolíticas internacionais e, por conseguinte, considera-se relevante uma análise mais específica acerca dos atores internacionais neste cenário e do estado da arte da governança da energia, orientada para uma maior cooperação internacional.

2.2 A governança energética global

A governança global apresenta múltiplas facetas dinamizando-se sobre contextos diversos, sendo uma dessas searas o setor da energia.⁴³⁴ Ainda que não se constate unanimidade

⁴³¹ WÄLDE, Thomas W. *International Energy Law: An introduction to Modern Concepts, Context, Policy and Players*. In: SCHNEIDER, Jens-Peter; THEOBALD, Christian. *Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft: Die Grundsätze der neuen Rechtslage*. München: Verlag C.H.Beck München, p. 1129-1162, 2003, p. 1137.

⁴³² “Beyond public international law rules, scholars, such as Wälde, also include the international law commercial practice developed for contractual transactions in the energy industry among the ambit of international energy law. While this latter perspective may be contested, public international law today regulates crucial factor for international energy markets to function and to avoid harm to globally protected concerns”. SCHILL, Stephan W. The interface between national and international energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, p. 44-76, 2014, p. 49.

⁴³³ “The finance structures, regulatory issues, and types of investors involved in renewable energy projects vary immensely according to scale (usually measured by installed capacity), type of energy generated (such as electricity, thermal heating, or fuel for transportation), and whether the project is connected to an integrated transmission and distribution system. Thus the legal issues that arise at the domestic and international level are diverse”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 361-362.

⁴³⁴ “Global regulatory systems are quite widespread. A quick overview of the areas in which they operate, and of the number and multiplicity of regulators in many sectors, illustrates the density of global regulation. Trade,

na acepção de “governança”,⁴³⁵ indubitável a força e influência deste conceito na sociedade globalizada contemporânea.⁴³⁶

A energia, por outro lado, apresenta um viés do poder econômico das economias estatais. “O petróleo, descoberto em meados do século XIX, acabou se tornando a fonte de energia que impulsionou o desenvolvimento econômico mundial”.⁴³⁷ Com a força exercida pelo petróleo, “as relações de poder entre os países passaram a ter no petróleo um de seus principais elementos”.⁴³⁸

Sob todos os enfoques, verifica-se uma simbiose entre governança global e energia, temas conexos que merecessem ser analisados conjuntamente.⁴³⁹ A (in)dependência e segurança energética são objeto de debates travados no cenário geopolítico há algumas décadas.

Os Estados com menos reservas de recursos naturais acabam por fomentar a exploração de fontes alternativas para reduzir a sua dependência externa e criar autossuficiência combinada à proteção ambiental, mitigação dos efeitos das mudanças climáticas e incrementar o acesso

finance, the environment, fishing, exploitation of marine resources, air and maritime navigation, agriculture, food, postal services, telecommunications, intellectual property, the use of space, nuclear energy, and energy sources are all subject to global regulation. But global regulation involves many other sectors as well, such as the production of sugar, pepper, tea, and olive oil. It can be said that there is no realm of human activity wholly untouched by ultra-state or global rules”. CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of global regulation. New York: *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, p. 663-694, 2005, p. 671.

⁴³⁵ O termo ‘governança’ começou a ser adotado a partir das décadas de 70 e 80, sendo comumente reconhecido por sua acepção mais abrangente que ‘governo’, cuja terminologia se concentrava mais no Estado. Segundo Ralf Michaels, existem fundamentos empíricos e normativos para se adotar a terminologia “governança” ao invés de ‘governo’. Em termos empíricos, no que tange as ideias tradicionais sobre regulação como resultado da concepção de que o conjunto normativo estatal não bastava mais, fenômeno compreendido como a ‘crise de governabilidade’. Normativamente, tornou-se desejável focar em reformas mais abrangentes, empenhadas em alcançar mudança e progresso. Essa perspectiva estaria compreendida dentro do escopo da governança, terminologia esta que ofereceria uma alternativa a ‘governo’, por incluir a regulação transnacional privada, além da estatal. MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance. Salt Lake City: *Utah Law Review*, v. 1, p. 31-45, 2010, p. 34. “Governance is what the state does, even if other groups do it, too. Non-state governance is what these other groups and institutions do like the state, just minus the state”. MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance. Salt Lake City: *Utah Law Review*, v. 1, p. 31-45, 2010, p. 36.

⁴³⁶ “The transfer of regulatory authority from the domestic to the international has been a vehicle for a handful of powerful countries to escape the domestic structural checks and balances, such as the separation of powers, court independence, and limited government, that have played an important role in safeguarding democratic deliberation and human rights within States”. BENVENISTI, Eyal. *The Law of Global Governance*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, vol. 368, p. 10-331, 2014, p. 17.

⁴³⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev, atual. e ampl., 2014, p. 1.

⁴³⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev, atual. e ampl., 2014, p. 1.

⁴³⁹ “O setor de energia surge como um importante termômetro que deverá balizar interesses privados (investidores) e públicos (Estados hospedeiros) em termos de governança global”. BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Investimento Estrangeiro Direito, Arbitragem Internacional e Energia: *Andante ma non troppo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 779-799, 2014, p. 779.

aos serviços de energia. Por essa razão, deve-se atentar para a relevância do mecanismo de governança global sobre a energia denominado pela doutrina internacional de ‘governança energética global’ (*global energy governance*)⁴⁴⁰ e a sua capacidade de gerenciar conflitos no cenário energético, bem como se tornar um instrumento de alicerce para o próprio desenvolvimento sustentável.

A governança energética global envolve, portanto, um conjunto de ações de múltiplos atores que exercem suas atividades em movimento multidirecional na busca de solução dos problemas contemporâneos envolvendo três pilares⁴⁴¹- segurança energética, mudanças climáticas e acesso à energia.⁴⁴²

Apesar de se tratar de um conceito em constante construção, é possível afirmar que a governança energética global compreende a arquitetura de instituições e processos, formais e informais, públicos e privados, que contribuem para o processo de regulação em uma dimensão global no setor energético.⁴⁴³ As atividades desempenhadas pelos principais atores globais da

⁴⁴⁰ A governança energética global representa um ramo da governança global no âmbito do setor energético. Segundo Thijs Van de Graaf e Jeff Colgan, trata-se de uma nomenclatura adotada ao mesmo tempo que o tema da energia foi debatido criticamente durante a conferência do G8 em 2005, ocorrida em *Geneagles*, Escócia. VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. *Global energy governance: a review and research agenda*. London: *Palgrave Communications* 2, nr. 15047, 1-12, 2016, p. 1. No âmbito dessa conferência, discutiu-se sobre mudanças climáticas, energia limpa e desenvolvimento sustentável. G8 INFORMATION CENTRE. *Climate Change, Clean Energy and Sustainable Development*. Disponível em: <<http://www.g8.utoronto.ca/summit/2005gleneagles/climatechange.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018, p. 1. Rafael Leal-Arcas, Andrew Filis e Ehab Abu Gosh, em posição minoritária, afirmam que a “governança energética” deveria ser alcunhada de “internacional” ao invés de “global”, uma vez que não há um sistema formado por atores e processos coordenados que gerenciem adequadamente os riscos da segurança energética a nível global. Tais autores defendem que se trata de um conjunto de medidas incidentais em várias escalas (bilateral, regional, etc.) e, por isso, deveria se chamar de “governança energética internacional”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 16.

⁴⁴¹ “*Observando el contexto histórico y las agendas políticas, A. Cherp, J. Jewell y A. Goldthau establecen un sistema tridimensional compuesto por la seguridad energética, el acceso a la energía y el cambio climático. Estos tres ejes serán considerados como los tres pilares de la gobernanza energética. Otros autores también incluyen los derechos humanos*”. DEL RÍO, Belén. *La gobernanza global de la energía (global energy governance)*. Navarra: *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, p. 439-473, 2016, p. 445.

⁴⁴² CHERP, Aleh, JEWELL, Jessica, GOLDTHAU, Andreas. *Governing Global Energy: Systems, Transitions, Complexity*. Hoboken: *Global Policy*, vol. 2, issue 1, p. 75-88, 2011, p. 77. Thijs Van de Graaf e Jeff Colgan definem os seguintes escopos da governança energética global: (i) segurança energética; (ii) desenvolvimento econômico; (iii) segurança internacional; (iv) sustentabilidade; e (v) boa governança local. VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. *Global energy governance: a review and research agenda*. London: *Palgrave Communications* 2, nr. 15047, 1-12, 2016, p. 4.

⁴⁴³ DEL RÍO, Belén. *La gobernanza global de la energía (global energy governance)*. Navarra: *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, p. 439-473, 2016, p. 442. Para Benjamin Sovacool e Ann Florini, “*global energy governance refers to the rules and actors related to energy that cross national borders*”. SOVACOO, Benjamin K.; FLORINI, Ann. *Examining the Complications of Global Energy Governance*. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, no 3, p. 235-264, 2012, p. 237.

energia abrangem normas de diferentes níveis hierárquicos, podendo resultar em acordos vinculantes ou princípios e recomendações caracterizados como *soft law*.⁴⁴⁴

2.2.1 Críticas à fragmentação da governança energética global

O cenário desafiador da governança energética global supera a dimensão conceitual, porquanto revela uma série de idiosincrasias que merecem destaque no debate acadêmico, em que dois desafios centrais se ressaltam: (i) o domínio da soberania estatal referente à regulação do setor energético; e (ii) a fragmentação da governança energética como resultado da pluralidade dos atores e das atividades por eles desempenhadas.

⁴⁴⁴ Em razão do nacionalismo ainda presente nas negociações de instrumentos internacionais no cenário energético, é comum encontrarmos instrumentos de *soft law* no Direito Internacional da Energia e, ainda, instrumentos com uma combinação de *hard law* e *soft law*, como é o caso da *Energy Charter Treaty*, segundo a contribuição de Arghyrios Fatouros. “*To allow completion of the negotiations on the Treaty, the provisions on pre-investment treatment would be provisionally covered by “soft” language, that did not impose on the parties strict obligations*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 420. “*This change in the degree of normative intensity is characteristic of the Treaty’s elaborate mix of “hard” and “soft” law provisions*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 434. “*In broad terms, ‘hard law’ refers to legally binding international obligations as contained in treaties. Soft law here refers to ‘any international instrument (other than a treaty) containing principles, norms, standards, or other statements of expected behaviour’. It includes declarations (on treaty norms) by institutions established by a treaty*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373-396, 2018, p. 381. “*As to the former [‘soft’ law], there has been a great growth in the number of bodies, public and private, producing drafts, documents and declarations seeking to influence the course or content of international law*”. CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. Introduction. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, p. 1-21, 2012, p. 11. Segundo Hilary Charlesworth, a diferença reside preponderantemente no mecanismo de elaboração e aprovação dos instrumentos de *soft law* em comparação àqueles de *hard law*: “*Soft law is not a source of law in the sense of article 38(1) of the ICJ Statute, but rather a category of principles, articulated through instruments or documents not binding as such, whose status is more contested and negotiable than those of hard legal norms.(...) State remains significant in the case of soft law, but it is filtered through institutions and entities that do not necessarily echo the interests of particular states or groups of states. In essence, the sources of soft law do not differ from those of hard law although the idea of soft law stretches these familiar groupings and may ultimately collapse them*”. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, p. 187-202, 2012, p. 198. “*Normally ‘soft law’ is created within international organizations or is at any rate promoted by them. It chiefly relates to human rights, international economic relations, and protection of the environment. These instruments or documents have three major features in common. First, they are indicative of the modern trends emerging in the world community, where international organizations or other collective bodies have the task of promoting action on matters of general concern. Second, they deal with matters that reflect new concerns of the international community, to which previously this community was not sensitive or not sufficiently alert. Third, for political, economic, or other reasons, it is, however, hard for States to reach full convergence of views and standards on these matters so as to agree upon legally binding commitments. As consequence, the standards, statements, and other instruments at issue do not impose legally binding obligations. Nevertheless, these matters, although they remain legally unregulated, become the object of agreed guidelines, or statements of common positions or policies*”. CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2005, p. 196.

Na contribuição de Frank Biermann *et al*, destaca-se que todas as arquiteturas de governança possuem algum nível de fragmentação, sendo que na governança energética esta se encontraria mais acentuada,⁴⁴⁵ o que poderia caracterizar como uma ‘colcha de retalhos’ (*patchwork*).⁴⁴⁶

A primeira e mais enfática crítica alvitrada pela doutrina internacional à governança energética global se refere à inexistência de uma organização verdadeiramente internacional que possa ser denominada de “Organização Mundial da Energia”.⁴⁴⁷ Desse modo, “o processo de produção das regras é muito segmentado, sendo que nenhuma das instituições integrantes se configura como capaz de cobrir todos os potenciais temas da governança energética global”.⁴⁴⁸ Para Sijbren De Jong, trata-se de uma arquitetura institucional que carece de representatividade e detém baixo nível de institucionalização.⁴⁴⁹

Assim, seria possível equiparar a um quadro de pluralidade de organizações, fóruns e agências internacionais que desempenham papéis sobrepostos. A essas características, somam-se os incessantes conflitos geopolíticos e econômicos típicos do setor, os quais transformam a

⁴⁴⁵ BIERMANN, Frank; PATTBERG, Philipp; VAN ASSELT, Harro; ZELLI, Fariborz. The Fragmentation of Global Governance Architectures: Framework for Analysis. *Global Environmental Politics*, vol. 9, n. 4, p. 14-40, 2009, p. 16.

⁴⁴⁶ DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, 2011, p. 21-43.

⁴⁴⁷ “*World Energy Organization*”. VAN DE GRAAF, Thijs. Organizational Interactions in Global Energy Governance. Koops, Joachim A., Biermann, Rafael (Eds.) London: *Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics*. Palgrave Macmillan, 591-609, 2017, p. 592. (tradução nossa). Do mesmo modo, Rafael Leal-Arcas, Andrew Filis e Ehab Abu Gosh aduzem que “*there is not a single international organization that deals with global energy governance, nor is there a single agreement that deals with energy in a comprehensive manner*”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 82. Belén Del Río acrescenta “*hay numerosas organizaciones e instituciones con características muy diferentes que desempeñan algún tipo de papel en la energía global pero ninguna es capaz, debido a sus características, de hacer frente a los desafíos actuales Para que haya una gobernanza energética global efectiva haría falta una organización con una institución capaz de hacer cumplir sus normas de manera más estricta aunque sería a coste de su representatividad*”. DEL RÍO, Belén. La gobernanza global de la energía (*global energy governance*). Navarra: *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, p. 439-473, 2016, p. 470. Aleh Cherp, Jessica Jewell e Andreas Goldthau reforçam que “*governance in global energy needs to be understood as a patchwork of institutions, organisations and regimes, coexisting on various levels of analysis and involving both state and nonstate actors, and hybrids such as networks or public-private partnerships*”. CHERP, Aleh, JEWELL, Jessica, GOLDTHAU, Andreas. *Governing Global Energy: Systems, Transitions, Complexity*. Hoboken: Global Policy, vol. 2, issue 1, p. 75-88, 2011, p. 76. Ver também, DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, 2011, p. 21-43.

⁴⁴⁸ VOLPON, Fernanda T. O Mosaico Regulatório da Governança Energética Global. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); VOLPON, Fernanda T. (Colab). *Governança Global*. Belo Horizonte: Arraes, vol.1, p. 249-268, 2017, p. 260.

⁴⁴⁹ DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, p. 21-43, 2011, p. 21.

governança energética global em uma governança também controversa e instável.⁴⁵⁰ Consequentemente, perde-se eficiência e eficácia, já que a regulação da energia varia em diferentes aspectos - quanto ao objeto, público alvo e *stakeholders*.⁴⁵¹

A multiplicidade de atores e iniciativas concorrentes resultam em uma governança contraposta à força econômica deste setor.⁴⁵² Nesse particular, ausente uma organização internacional que centralize a regulação sobre todos os temas da energia, questiona-se até se existe, de fato, um sistema de “governança energética global”.⁴⁵³

Os mapeamentos realizados até o momento demonstram que a governança energética global ainda se encontra em fase de incipiente evolução e que muitos obstáculos precisam ser superados. O ponto desafiador reside na falta de articulação dos atores globais para criação de uma estrutura multilateral capaz de gerenciar os desafios impostos ao bom funcionamento de um setor sob perspectiva econômica e ambiental.

Há pouca coordenação entre a maior parte dos atores da governança energética global, ausente uma estratégia coordenada para que sejam mitigados os desafios do setor de energia a nível global. Consequentemente, depara-se com uma pluralidade de atores, regras e recomendações tão amplas que se transformaram em uma ‘colcha de retalhos’ sem alcançar a efetiva regulação que se deseja.⁴⁵⁴

Em que pese a ‘governança’ seja concebida como “modelo normativo colaborativo, multidirecional e reticulado, em que há uma combinação de esforços regulatórios de diferentes

⁴⁵⁰ LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 20-21.

⁴⁵¹ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 378.

⁴⁵² DUBASH, Navroz K; FLORINI, Ann. Mapping Global Energy Governance. Hoboken: *Global Policy*, vol. 2, p. 6-18, 2011, p. 13.

⁴⁵³ No mesmo sentido, Sabino Cassese questiona a existência do sistema de governança global no âmbito do Direito Administrativo Global por inexistir um “Administrador Global” ou “Governo Global” contraposto à ideia de Estado e governo na ótica do Direito Administrativo tradicional. CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of global regulation. New York: *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, p. 663-694, 2005, p. 670.

⁴⁵⁴ “There is very little coordination between most of these governors. It would seem logical for national governments to have, at a minimum, a coherent strategy for dealing with the various organisations of which they are members, yet **by** and large they lack anything approaching a coherent, long-term perspective for addressing the full range of energy governance issues. The sheer number of actors creates a global energy governance scene that appears frenetically busy”. SOVACOO, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, nº 3, p. 235-264, 2012, p. 252.

atores”,⁴⁵⁵ a institucionalização da governança energética global não se opõe à noção de afastamento do papel central do Estado.⁴⁵⁶

O setor energético exige, contudo, um sistema de ordem global estruturado sob um mecanismo de cooperação e confiança. É preciso que haja um grau de institucionalização maior do que o existente, mas não significa que seja necessariamente uma organização internacional estritamente centralizada na figura do Estado ou que apresente um modelo normativo hierárquico tradicional.⁴⁵⁷

2.2.2 Os atores internacionais na governança energética global

Em face da manifesta fragmentação, esforços acadêmicos foram empenhados para promover o mapeamento dos atores da governança energética global e agrupá-los em categorias. Com isso, a literatura internacional poderia compreender melhor o cenário contemporâneo da governança energética global e direcionar os esforços para o seu aprimoramento.

Em 2012, não menos que cinquenta atores globais foram mapeados pelo trabalho realizado por Benjamin Sovacool e Ann Florini,⁴⁵⁸ os quais estariam segregados em seis categorias: (i) organizações internacionais; (ii) organizações não-governamentais; (iii) instituições financeiras multilaterais; (iv) organizações regionais; (v) conferências internacionais e (vi) parcerias público-privadas como entidades híbridas.

Rafael Leal-Arcas, Andrew Filis e Ehab Abu Gosh realizaram seu próprio mapeamento em 2014, identificando que os atores da governança energética global seriam, de acordo com

⁴⁵⁵ XAVIER JUNIOR, Ely; VOLPON, Fernanda. Dilemas da Governança Global: Os Indicadores Privados Internacionais e as Políticas Públicas Nacionais. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes, 1ª ed., v. 8, p. 186-205, 2016, p. 188.

⁴⁵⁶ “Em todas as suas acepções, a noção de ‘governança’ parece evidenciar o afastamento de um modelo normativo hierárquico, unidirecional e centrífugo, em que se reconhece a existência de um polo hierarquicamente superior e central (governo, Estado, soberano) do qual necessariamente emanam as normas reguladoras das atividades do polo hierarquicamente inferior e marginal (povo, sociedade, súdito)”. XAVIER JUNIOR, Ely; VOLPON, Fernanda. Dilemas da Governança Global: Os Indicadores Privados Internacionais e as Políticas Públicas Nacionais. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes, 1ª ed., v. 8, p. 186-205, 2016, p. 188.

⁴⁵⁷ “The centrality of the state to the notion of public powers has become an optical illusion. This does not mean, however, that the global legal order has supplanted the state, nor that it has become dominant, inasmuch as it is also through global regulatory systems that domestic public powers are able to make their voices heard. This also suggests that the global legal order is a “plural” order in the sense that it lacks unity”. CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of global regulation. New York: *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, p. 663-694, 2005, p. 673.

⁴⁵⁸ SOVACOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, nº 3, p. 235-264, 2012, p. 256.

seu estudo, quinze,⁴⁵⁹ compreendendo instituições, organizações e outras entidades que coexistem em diversos níveis (autoridades governamentais, privadas e híbridas), como também as parcerias público-privadas.⁴⁶⁰

É preciso reconhecer que os referidos mapeamentos se tornaram exemplos da fragmentação presente também na noção propedêutica de governança energética global. No intuito de realçar tal fenômeno, Thijs Van de Graaf e Jeff Colgan analisaram oito mapeamentos elaborados por distintos autores na doutrina internacional e concluíram por um intrincado panorama da governança energética global.⁴⁶¹ Para Thijs Van de Graaf e Jeff Colgan, há inequívoca divergência quanto aos critérios utilizados para os mapeamentos realizados pelos diferentes autores.

Pode-se alegar, ainda, que tal quadro poderia ter sido resultado de aspectos puramente metodológicos. No entanto, a incongruência em ampla base da doutrina reflete, no nosso entendimento, a inconsistência e complexidade deste ramo da governança.

Algumas organizações se consagraram, todavia, de forma unânime em todas as análises doutrinárias.⁴⁶² A ONU, a IEA e a IRENA são as organizações com maior destaque e atuação global no setor energético.⁴⁶³ O consenso entre as posições doutrinárias, todavia, alcança a ideia de que nenhum desses atores poderia, no atual estágio da governança energética global, representar e/ou regular o setor globalmente,⁴⁶⁴ posto que nenhuma destas instituições congrega

⁴⁵⁹ LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014, p. 24-25.

⁴⁶⁰ CHERP, Aleh, JEWELL, Jessica, GOLDTHAU, Andreas. *Governing Global Energy: Systems, Transitions, Complexity*. *Global Policy*, vol. 2, issue 1, p. 75-88, 2011, p. 76.

⁴⁶¹ A primeira divergência se apresenta no número de atores da governança energética global. Cada trabalho apresenta um número variado, até discrepante. Como exemplificamos anteriormente, há quem entenda que esse número seria 50 (Sovacool e Florini), sendo que outros autores apresentam um estudo afirmando que seriam 15 atores globais (Leal-Arcas, Filis e Abu Gosh). Ademais, há divergência com relação à metodologia aplicada para determinar como seria realizado o mapeamento. Enquanto alguns focalizam o estudo limitado ao setor de petróleo e gás (Kérébel and Keppler, 2009), outros autores mapearam com foco na energia renovável e tecnologias com baixa emissão de carbono (Suding and Lempp em 2007, Barnsley and Ahn em 2014, Roehrkasten em 2015). VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. *Global energy governance: a review and research agenda*. London: *Palgrave Communications* 2, nr. 15047, 1-12, 2016, p. 4-5.

⁴⁶² Thijs Van de Graaf faz um levantamento de todos os mapeamentos feitos em relação aos atores da GEG, citando *Suding and Lempp* (2007), *Kérébel and Keppler* (2009), *Lesage et al.* (2010), *Sovacool and Florini* (2012), *Colgan et al.* (2012), *Leal-Arcas and Filis* (2013), *Wilson* (2015) e *Escribano* (2015). VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. *Global energy governance: a review and research agenda*. London: *Palgrave Communications* 2, nr. 15047, 1-12, 2016, p. 5.

⁴⁶³ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *About IRENA*. Disponível em: <<http://www.irena.org/aboutirena>>. Acesso em: 12 abr. 2018.

⁴⁶⁴ Destaca-se que nem a IEA, nem a IRENA cumprem a função de principal organização no setor energético, pois não concentram todas as regulações no setor energético. No caso da IEA, em virtude das limitações ao acesso de Estados como novos membros e, no caso da IRENA, diante do seu escopo concentrado na energia renovável, nenhuma dessas instituições desempenham uma atuação em escala global.

todos os assuntos e fontes energéticas de forma simultânea.⁴⁶⁵ No que tange as atividades da IEA, seus esforços convergiam, inicialmente, para solucionar os efeitos da crise do petróleo da década de 70.⁴⁶⁶ No cenário atual, a IEA desenvolve trabalhos com foco em atividades que visam garantir geração de energia limpa de forma segura e acessível aos seus Estados-membros,⁴⁶⁷ facilitando um diálogo entre eles para que compartilhem experiências quanto às políticas de energia renovável.⁴⁶⁸

O principal desafio que impede essa instituição em se tornar verdadeiramente global no setor energético é a limitação quanto à acessibilidade dos Estados a se tornarem membros. Em outras palavras, o requisito de que os Estados devem ser previamente associados à OCDE é um impeditivo para ampliação do acesso à IEA.⁴⁶⁹ Ao contar com apenas 30 Estados-membros, nos parece inviável que a IEA governe globalmente este setor, sendo alvo, frequentemente, de crítica por parte da doutrina como um “clube dos ricos”.⁴⁷⁰

⁴⁶⁵ VAN DE GRAAF, Thijs. Organizational Interactions in Global Energy Governance. Koops, Joachim A., Biermann, Rafael (Eds.) *Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics*. London: Palgrave Macmillan, 591-609, 2017, p. 592.

⁴⁶⁶ “The IEA’s initial role was to ‘repair’ severe disruptions in the global oil market through coordinated release of strategic oil stocks. The IEA has since broadened its scope¹⁹ to include the promotion of energy security, environmental protection, economic growth through stable energy supplies and free markets, and global engagement with non-member countries through its Global Energy Dialogue”. DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, p. 21-43, 2011, p. 27.

⁴⁶⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA Membership*. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/members/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁶⁸ “While the focus of IEA is not on renewable energy, it facilitates a dialogue for members to share their experiences of different renewable energy policies through its Policies and Measures Database.” WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 377.

⁴⁶⁹ Desataca-se, ainda, que a própria Agência Internacional de Energia enfatiza que a associação à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) não representa associação automática à IEA. Até o momento, o Chile é um membro da OCDE, mas não concretizou a sua associação à IEA. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA Membership*. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/members/>>. O Estado-candidato deve demonstrar, ainda, que possui reservas de óleo cru e/ou produto equivalente a um período de 90 dias de importação de óleo líquido como evidência de capacidade para uma resposta inequívoca e rápida a uma futura crise do petróleo. “The decision to nest the IEA within the OECD still has far-reaching consequences for the IEA’s functioning today: the requirement of prior OECD membership means that the IEA’s doors are effectively shut for some of today’s major oil-importing countries such as China and India—a classical illustration of the concept of path dependency”. VAN DE GRAAF, Thijs. Organizational Interactions in Global Energy Governance. Koops, Joachim A., Biermann, Rafael (Eds.) *Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics*. London: Palgrave Macmillan, 591-609, 2017, p. 596. O Brasil estabeleceu uma relação de cooperação com a IEA desde 2006, mas consolidou sua participação como “Estado-Associado”⁴⁶⁹ em outubro de 2017. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Brazil joins IEA as an Association country, reshaping international energy governance, 2017*. Disponível em: <<http://www.iea.org/newsroom/news/2017/october/brazil-joins-iea-as-an-association-country-reshaping-international-energy-govern.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

⁴⁷⁰ Ressaltam-se as críticas à estrutura de associação à IEA que, em virtude da exigência de prévia associação à OCDE, a definem como “clube dos ricos”. VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance:

É preciso citar que os atores da governança energética global também incluem organizações não-governamentais como *Greenpeace*,⁴⁷¹ *Oxfam*,⁴⁷² *World Wild life* (WWF),⁴⁷³ os quais postulam a emergência de novos princípios, influenciam nas negociações de tratados e criam recomendações não vinculantes. As instituições financeiras internacionais como Banco Mundial,⁴⁷⁴ Fundo Monetário Internacional (FMI),⁴⁷⁵ ADB,⁴⁷⁶ também desempenham papel fundamental ao financiar projetos de energia, particularmente, destinados às economias em desenvolvimento.⁴⁷⁷

A partir da análise da arquitetura da governança energética global, conclui-se que o setor energético se construiu sobre uma rede complexa de atores (públicos e privados), bem como iniciativas regulatórias descoordenadas. Nesse particular, é reconhecida a importância de se fomentar a cooperação internacional,⁴⁷⁸ estabelecendo uma estrutura de colaboração interestatal

a review and research agenda. London: *Palgrave Communications* 2, nr. 15047, p. 1-12, 2016, p. 8. “*In order for the emergency oil-sharing mechanism to remain effective, reform is needed. But this is not without implications for the vested powers within the IEA as new members are likely to seek voting rights in line with their respective shares of world oil consumption*”. DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, p. 21-43, 2011, p. 28.

⁴⁷¹ GREENPEACE. *Greenpeace International*. Disponível em: <<https://www.greenpeace.org/international/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴⁷² OXFAM. *Oxfam International*. Disponível em: <<https://www.oxfam.org/en>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴⁷³ WWF. *World Wild Life*. Disponível em: <<https://www.worldwildlife.org/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

⁴⁷⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Banco Mundial*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁷⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Fundo Monetário Internacional*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/fmi/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁷⁶ ASIAN DEVELOPMENT BANK. Disponível em: <<https://www.adb.org/about/members>>. Acesso em: 06 jun. 2019. “*ADB has provided billions of dollars of energy infrastructure lending and restructured energy and electricity markets. Historically, ADB has invested in capital-intensive technologies and fossil fuels, but there is some evidence of a shift now in priorities to renewable energy and energy efficiency*”. SOVACOO, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, nº 3, p. 235-264, 2012, p. 243.

⁴⁷⁷ WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 233.

⁴⁷⁸ Sybille Roehrkasten destaca a importância da cooperação na governança global em razão da interdependência entre os atores. “*As global governance research builds on the central premise that in light of interdependencies, transboundary cooperation can lead to better policy outcomes than unilateral action, an important focus of global governance research is to highlight fields of action where transboundary cooperation can provide value added*”. ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 40. Em outra parte da sua contribuição, Sybille Roehrkasten utiliza o termo “*transboundary*” por entender que essa terminologia melhor traduz o tipo de governança que compreende atores governamentais e não estatais. “*While the terms ‘international’ and ‘transnational’ can be understood as referring to relations between governments or non-state actors only, the use of the term ‘transboundary’ explicitly includes both state and non-state actors*”. ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 29.

e multilateral com objetivo de evitar ou, pelo menos, reduzir os riscos relacionados ao abastecimento energético.⁴⁷⁹

É preciso também concentrar as atividades em uma instituição que possua o mandato de regular os temas globais de energia perpassando pelas diferentes fontes energéticas nas ordens estatais. Nesse particular, entendemos que, das instituições que participam da governança energética global, a IRENA se configuraria como a organização mais adequada para assumir esse papel de cooperação⁴⁸⁰ nos assuntos energéticos a nível global.⁴⁸¹

Ressaltamos dois principais fatores para alcançar tal conclusão: (i) o mecanismo de acesso se caracteriza como mais democrático do que aquele pertinente às demais organizações internacionais ampliando seu alcance no cenário internacional; e (ii) a amplitude das fontes energéticas renováveis é um objeto mais abrangente e acessível aos diferentes Estados que não possuem reservas de combustíveis fósseis para se associar ou participar de outras organizações.

Algumas medidas propositivas devem ser consideradas para o progresso da governança energética global, tais como (i) abandonar a premissa de que a energia consiste um assunto de segurança nacional, o que vem impedindo a instrumentalização da cooperação internacional,⁴⁸² e (ii) reduzir a multiplicidade de atores, consagrando a teoria da concentração da governança em uma organização internacional capaz de responder pelos assuntos energéticos globalmente.

2.2.3 A energia renovável no seio da governança energética global

A dependência e a possibilidade de escassez dos combustíveis fósseis,⁴⁸³ a necessidade de proteção do meio ambiente e a segurança energética são fatores que contribuíram para o

⁴⁷⁹ WESTPHAL, Kirsten. Energy Policy between Multilateral Governance and Geopolitics. Whither Europe? Bonn: *Internationale Politik und Gesellschaft*, n. 4, p. 44-62, 2006, p. 49.

⁴⁸⁰ “The most recurrent functions in global regulatory systems are coordination, the promotion of cooperation, harmonization, and standardization”. CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of global regulation. New York: *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, p. 663-694, 2005, p. 677.

⁴⁸¹ Sijbren De Jong, por outro lado, defende que o G-20 apresenta potencial para desempenhar o papel colaborativo com as demais organizações internacionais que atuam na arquitetura da governança energética global. DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, p. 21-43, 2011, p. 41.

⁴⁸² “solving the world’s energy problems requires international cooperation”. VAN DE GRAAF, Thijs. Organizational Interactions in Global Energy Governance. Koops, Joachim A., Biermann, Rafael (Eds.) Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics. London: Palgrave Macmillan, 591-609, 2017, p. 591.

⁴⁸³ Após as crises do petróleo da década de 70, muitos reguladores começaram a se preocupar com a dependência dos combustíveis fósseis e a refletir sobre fontes alternativas de energia. ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 79. “Pero el año clave en materia de seguridad energética fue 1973. Ese año la seguridad

desenvolvimento da geração de energia com uso de fontes renováveis.⁴⁸⁴ É preciso reconhecer a necessidade de se alcançar fontes de energia mais seguras, confiáveis e, acima de tudo, disponibilizar serviços de energia à população mundial.⁴⁸⁵

Em um cenário em que as relações transfronteiriças estão cada vez mais intensas, as renováveis têm se consolidado como a energia do futuro e os estudos para o desenvolvimento das renováveis devem ser amplamente fomentados. Não à toa, as tradicionais companhias da indústria do petróleo passaram a focalizar de forma ainda incipiente, mas gradual, em fontes renováveis em paralelo à tradicional exploração de combustíveis fósseis.⁴⁸⁶

Diante desse panorama, uma análise específica da governança global relacionada à energia renovável se caracteriza como relevante.⁴⁸⁷ A governança deve responder à necessária modificação do modelo energético vigente em prol da sustentabilidade, em que se estimula o consumo consciente dos recursos naturais sem comprometer futuras gerações.⁴⁸⁸

Do ponto de vista metodológico, Rafael Leal-Arcas e Stephan Minas entendem que a energia renovável se tornou um ramo separado da governança global e a conceitua como um conjunto de instituições, normas e procedimentos direcionados ao setor de energia renovável que auxiliam na mitigação dos impactos ocasionados pelas mudanças climáticas.⁴⁸⁹

energética adquirió una dimensión internacional. El incesante aumento del consumo de petróleo cambió el equilibrio geopolítico internacional ya que algunos países como Estados Unidos, aun siendo productores, no podían satisfacer su demanda, lo que convirtió a los países del Golfo en los productores (y suministradores) incuestionables. En octubre de 1973 estos países, agrupados en la Organización de Países Árabes Exportadores de Petróleo (OPAEP), demostraron la eficacia de utilizar el petróleo como instrumento de presión internacional. Las subidas de precio y el embargo impuesto a algunos países como consecuencia de la III Guerra Árabe-Israelí tuvieron un gran impacto en la economía mundial". DEL RÍO, Belén. La gobernanza global de la energía (global energy governance). Navarra: Anuario Español de Derecho Internacional, vol. 32, p. 439-473, 2016, p. 449.

⁴⁸⁴ "There is increasing recognition of the importance of new energy projects to energy security". MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 390.

⁴⁸⁵ G8 INFORMATION CENTRE. *Climate Change, Clean Energy and Sustainable Development*. Disponível em: <<http://www.g8.utoronto.ca/summit/2005gleneagles/climatechange.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018, p. 1.

⁴⁸⁶ EQUINOR. *Complexo Solar Apodi entra em operação comercial*. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/complexo-solar-apodi-entra-em-operacao-comercial.html>>. Acesso em 10 jan. 2019. Além disso, Equinor e Petrobras assinam um Memorando de Entendimento (MoU) para avaliar conjuntamente os projetos eólicos offshore. EQUINOR. *Petrobras e Equinor assinam Memorando de Entendimento (MoU) para avaliação conjunta de projetos eólicos offshore*. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/petrobras-e-equinor-assinam-memorando-de-entendimento--mou--para.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

⁴⁸⁷ "despite the fact that most renewable energy projects are established by the private sector and governed by domestic laws and policies, renewable energy is an increasingly important area from an international governance perspective". WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 361.

⁴⁸⁸ DEL RÍO, Belén. La gobernanza global de la energía (global energy governance). Navarra: *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, p. 439-473, 2016, p. 444.

⁴⁸⁹ LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: Yearbook of European Law, vol. 35, n. 1, p. 621–666, 2016, p. 622.

O conceito proposto por Rafael Leal-Arcas e Stephan Minas apresenta significativa semelhança com a acepção tradicional de governança energética global.⁴⁹⁰ Sybille Roehrkasten, por sua vez, se limita a definir a governança global da energia renovável como a regulação transnacional que promove a energia renovável, ou seja, que incentiva a sua a geração de energia elétrica com seu uso e promove o consumo em escala global.⁴⁹¹

O estudo da governança sobre energia renovável, todavia, se caracteriza como ainda mais incipiente do que a governança energética global.⁴⁹² Somente após a segunda parte dos anos 2000 que se intensificou a produção acadêmica sobre esta fonte energética⁴⁹³ e a IRENA, principal organização internacional, foi criada apenas em 2009.

Nesse particular, a IRENA se consolidou como uma organização internacional mais acessível à adesão internacional do que a IEA, já que o requisito principal se limita à prévia associação à ONU ou às organizações intergovernamentais regionais para integração econômica. Até fevereiro de 2020, são 161 Estados membros,⁴⁹⁴ representando o dobro dos Estados-membros existentes em 2011, o que reflete a política de expansão desta organização internacional.⁴⁹⁵

A atividade principal da IRENA consiste em conciliar os interesses em torno da energia renovável a nível global, fomentando o uso destas fontes, mas levando em consideração as prioridades nacionais dos Estados.⁴⁹⁶ O seu estatuto se configura como mecanismo

⁴⁹⁰ LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: Yearbook of European Law, vol. 35, n. 1, p. 621–666, 2016, p. 622.

⁴⁹¹ ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 62.

⁴⁹² “a global governance perspective on renewable energy (and on energy in general) is rather new, both in policy-making and academic discussions”. ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 73.

⁴⁹³ ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 24.

⁴⁹⁴ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *IRENA Membership*. Disponível em: <<http://www.irena.org/irenamembership>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁹⁵ Em fevereiro de 2018, o Brasil notificou a IRENA informando seu desejo de iniciar o procedimento formal para se tornar membro. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *IRENA Welcomes Brazil's Decision to Seek Membership of the Agency*. Disponível em: <<http://www.irena.org/newsroom/pressreleases/2018/Feb/IRENA-Welcomes-Brazils-Decision-to-Seek-Membership-of-the-Agency>>. Acesso em: 06 jun. 2019. Naquele momento, o então Ministro de Minas e Energia, Fernando Coelho Filho, declarou a motivação para se associar à IRENA: “como país membro, poderemos participar mais ativamente do debate sobre temas relevantes da agenda energética internacional, bem como nos beneficiar das ferramentas e iniciativas desenvolvidas pela IRENA”. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Brasil toma a decisão política de ingressar à Irena*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/web/guest/pagina-inicial/outras-noticias/-/asset_publisher/32hLrOzMKwWb/content/brasil-toma-a-decisao-politica-de-aceder-a-irena>. Acesso em: 06 jun. 2019.

⁴⁹⁶ “The declared purpose of IRENA is to promote the adoption and sustainable use of all forms of renewables in a manner that takes into account ‘national priorities’”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain legal aspects of the multilateral trade system and the promotion of renewable energy. In: LIM, C. L.; MERCURIO,

internacional que institui o mandato à IRENA para a aconselhar, prestar assistência e fomentar a cooperação entre as Partes no desenvolvimento de novas fontes de energia.⁴⁹⁷

Nessa diretriz, o estatuto da IRENA reflete a vontade dos membros em incentivar a expansão da energia renovável com objetivo de promover o desenvolvimento sustentável e uma economia baseada na baixa emissão de carbono com segurança energética.⁴⁹⁸ Em que pese os Estados membros possuam interesse em incentivar o uso de fontes renováveis na sua política energética nacional, assim como promover a transição energética a partir da cooperação internacional, é preciso destacar que a IRENA não objetiva uma reforma jurídica nacional. Não se pretende desenvolver ou supervisionar a produção de tratados relativos à energia renovável.⁴⁹⁹ As atividades desta organização internacional se concentram, portanto, na transferência de conhecimento e tecnologia no campo da energia renovável.⁵⁰⁰

Dito isso, as recomendações propostas pela IRENA não possuem caráter vinculante para seus Estados membros.⁵⁰¹ No desempenho de suas funções, trata-se de uma organização que

Bryan. (Eds.), *International Economic Law after the Global Crisis: A Tale of Fragmented Disciplines*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 482-518, 2015, p. 490. “IRENA is a strategic ‘renewables hub’ for multilateral action and international cooperation on renewable energy finance, technology, and knowledge. A significant step made by IRENA is its broad consultative engagement of all energy stakeholders (including the private sector) to deliver scalable renewable energy systems”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 381

⁴⁹⁷ “The IRENA Statute is effectively the only international mechanism designed specifically to advise, assist, and increase cooperation between States to further the global uptake of renewable energy”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 363. “The IRENA Statute was established, inter alia, to promote the sustainable use of renewable energy. Strictly speaking, the Statute is the only international instrument tailored to exclusively promote renewable energy”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 381.

⁴⁹⁸ “The IRENA Statute reflects Member States’ expressions of their desire to foster the widespread and increased use of renewable energy with a view to promoting sustainable development and a low-carbon, energy-secure economy”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 363.

⁴⁹⁹ “The main focus of the International Renewable Energy Agency (IRENA), created in Bonn on 26 January 2009, is to bring all stakeholders in renewable energy together at the global level. Although IRENA’s member states pledge to advance renewables in their own national policies and programs, and to promote, both domestically and through international co-operation, the transition to a sustainable and secure energy supply, IRENA itself does not have a mandate to undertake any law reform or to draft and supervise any international law in the form of treaties pertaining to renewable energy”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 240.

⁵⁰⁰ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 363.

⁵⁰¹ “IRENA lacks the power to make binding recommendations on its members and its members are under no obligation to implement the advice they periodically receive from IRENA”. LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain legal aspects of the multilateral trade system and the promotion of renewable energy. In: LIM,

promove a transferência de conhecimento e tecnologia no campo da energia renovável e concede suporte à capacitação nesta indústria.⁵⁰²

É verdade que assim como ocorre com a governança energética global, a governança da energia renovável também se caracteriza pela fragmentação e medidas guiadas pelos interesses estatais.⁵⁰³ Em que pese diversas instituições exercerem poder de influência,⁵⁰⁴ criando, às vezes, uma sobreposição das normas produzidas,⁵⁰⁵ a IRENA apresenta potencial para governar com maior amplitude em todos estes cenários.

Desse modo, o estado da arte da governança energética da energia renovável compreende um panorama de desenvolvimento por se tratar de um tema recente tanto no processo regulatório, quanto na análise acadêmica, permanecendo incerto se formará um efetivo ramo setorial da governança global.⁵⁰⁶ Conclui-se que se deve concentrar em promover medidas multidimensionais, reduzir as orientações difusas emanadas por diferentes instituições e

C. L.; MERCURIO, Bryan. (Eds.), *International Economic Law after the Global Crisis: A Tale of Fragmented Disciplines*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 482-518, 2015, p. 491. “*Despite its favourable standing in global renewable energy regulation, the statute appears to defer to State sovereignty and national priorities, which is a major drawback. Although the IRENA Statute is a hard law instrument, IRENA itself may be considered a ‘soft organization’.*” MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 381

⁵⁰² WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 363.

⁵⁰³ LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: *Yearbook of European Law*, vol. 35, n. 1, p. 621–666, 2016, p. 622.

⁵⁰⁴ “*The Renewable Energy and Energy Efficiency Partnership (REEEP) was established at the Johannesburg World Summit on Sustainable Development in 2002. It has since become an active non-governmental organization that works to promote the market for clean energy in developing countries and emerging markets by funding projects, providing information, and upscaling clean energy business models. As at August 2015, it has supported nearly two hundred clean energy projects in seventy-nine countries, and finances and operates clean energy information sharing between policy-makers.*” WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 379. “*The Group of Eight (G8) and Group of Twenty (G20) have arguably contributed to the global movement of renewable energy by sending policy signals to the market through repeatedly emphasizing the need for global energy security cooperation, diversification of the energy mix, substitution of fossil fuels, and reduction of greenhouse gas emissions, through the expansion of the renewable energy sector. Beyond the efforts of these international organizations, steps that States take at the domestic level have and will continue to influence the framing of the international approach to renewable energy.*” WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 379.

⁵⁰⁵ LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: *Yearbook of European Law*, vol. 35, n. 1, p. 621–666, 2016, p. 622.

⁵⁰⁶ “*So far, there has been no encompassing and systematic assessment on contested ideas in global renewable energy governance. However, the research strand reveals scattered insights on contested issues in this area of transboundary policy-making.*” ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015, p. 24.

focalizar na cooperação internacional para que os objetivos da energia renovável sejam concretizados.

2.3 Os objetivos nacionais para ampliar a participação da energia renovável na matriz energética

Ao longo de quase duas décadas, os Estados vêm estabelecendo objetivos nacionais para ampliar a participação das fontes renováveis na matriz energética. Os relatórios sobre energia renovável elaborados pela REN21 registram a constante evolução de políticas energéticas a favor das fontes renováveis de energia em diversos países.⁵⁰⁷ Nesse particular, os Estados se tornaram atores cardinais no processo de transição energética e se destacam pela sua atuação por meio de normativas focalizadas no desenvolvimento da energia renovável.⁵⁰⁸

O primeiro relatório do REN21 sobre esse aspecto foi publicado em 2005,⁵⁰⁹ momento em que, ao menos 45 países já haviam estabelecido objetivos nacionais para promoção da energia renovável. À essa época, a maioria se relacionava à quota de eletricidade produzida com uso de fontes renováveis que variava, em média, entre 5% a 30%.⁵¹⁰

Daqueles 45 Estados, cumpre observar que (i) 25 faziam parte da União Europeia; (ii) 18 Estados norte-americanos e 3 províncias do Canadá haviam proposto objetivos nacionais para aumento da participação das fontes renováveis, em que pese Estados Unidos e Canadá não terem estabelecido metas a nível nacional; e (iii) 10 países em desenvolvimento (Brasil, China, República Dominicana, Egito, Índia, Malásia, Mali, Filipinas, África do Sul e Tailândia).

⁵⁰⁷ “REN21 was created in 2004 as an outcome of the Bonn2004 International Conference on Renewable Energy. This “coalition of the willing” came together with one objective in mind: to support and accelerate the development of renewable energy. From the outset, REN21’s mandate has been to collect, consolidate and synthesis a vast body of renewable energy data to provide clear and reliable information on what is happening in real-time. REN21 members are industry associations, governments, inter-governmental organisations, NGOs, and academic and scientific institutions. An elected number of members form REN21’s Steering Committee – the main governing body of REN21”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *REN 21 Who we are and REN 21 Members*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/your-network/the-ren21-members/>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁵⁰⁸ “The key source of energy law and policy is national governments. Governments set the energy policy in their country and then introduce the legislation to meet those goals. Many Member States in the EU and states in the USA have to take into account federal law and policy but these states have a large amount of autonomy as to how they meet their energy needs”. HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 194.

⁵⁰⁹ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2005: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2005_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 19.

⁵¹⁰ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2005: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2005_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 19.

Ao longo dos relatórios anuais do REN21, identificamos um crescimento no número de Estados que estabeleceram objetivos nacionais para incrementar o uso de fontes renováveis de energia. Em 2007, 66 países já haviam incorporado estas metas, dos quais (i) 27 faziam parte da União Europeia; (ii) 29 Estados norte-americanos e 9 províncias do Canadá; e (iii) 22 países em desenvolvimento.⁵¹¹ Estimava-se que o cumprimento desses objetivos deveria ocorrer entre 2010 e 2012, sendo que alguns já se orientavam para 2020.

Em 2009, o relatório do REN21 destacou múltiplos esforços de diferentes Estados para promoção da energia renovável.⁵¹² O início daquele ano também foi marcado pela criação da IRENA, a qual contava, na sua formação, com 75 Estados-partes.⁵¹³ Nos dois anos seguintes, registrou-se um crescimento de 62% no número de países que haviam implementado algum tipo de objetivo nacional e/ou política de incentivo relacionada à energia renovável, alcançando em 2011 a marca de 118 e,⁵¹⁴ em 2013, de 138 países.⁵¹⁵ Em 2016, a IRENA contabilizou que 150 países já haviam incluído objetivos nacionais para uso de fontes renováveis no setor elétrico em legislações locais⁵¹⁶ e em 2017 foram 179 países,⁵¹⁷ conforme gráfico evolutivo abaixo (Figura 7) que demonstra o número de países a cada ano.

⁵¹¹ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2007: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2007_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 21.

⁵¹² Em 2009, 73 países haviam estabelecido objetivos nacionais para promoção do uso de renováveis.

⁵¹³ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *History*. Disponível em: <<https://www.irena.org/history>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

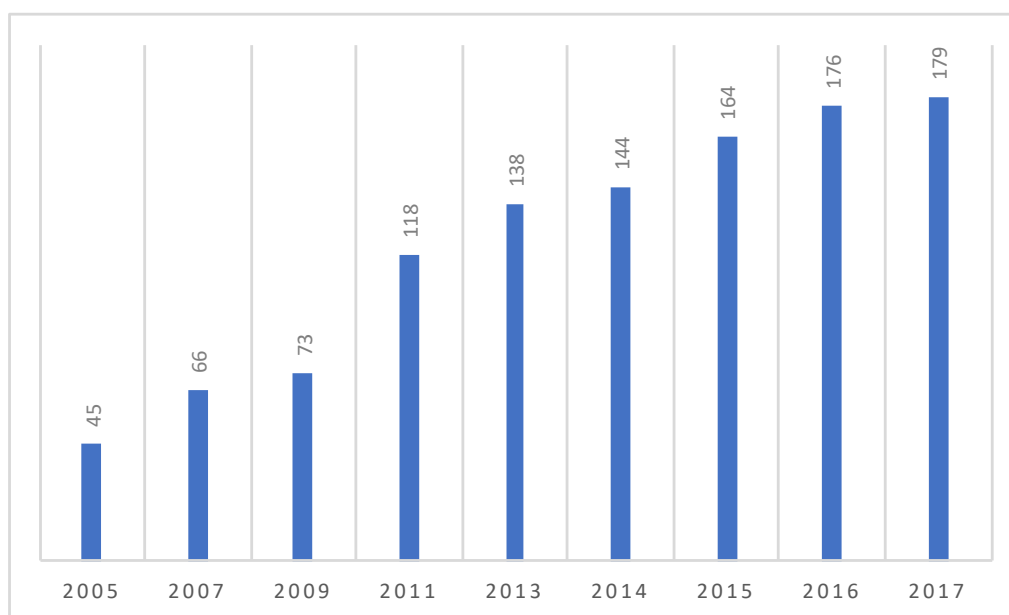
⁵¹⁴ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 49.

⁵¹⁵ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2013: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2013_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 65.

⁵¹⁶ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Renewable Energy Targets*. Disponível em: <<http://resourceirena.irena.org/gateway/dashboard/index.html>>. Acesso em: 07 nov. 2019. Eric Martinot afirma que, durante as últimas duas décadas, uma série de legislações nacionais incentivaram o desenvolvimento da geração de energia a partir de fontes renováveis em, ao menos, 145 países. MARTINOT, Eric. Grid Integration of Renewable Energy: Flexibility, Innovation, and Experience. *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 41, p. 223-251, 2016, p. 224.

⁵¹⁷ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/08/Full-Report-2018.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 49.

Figura 7 – Evolução dos objetivos nacionais para promoção da energia renovável



Fonte: RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK⁵¹⁸

Com efeito, muitos Estados estabeleceram estes objetivos com a finalidade de incrementar a participação da energia renovável na sua matriz energética, sendo que alguns podem ser considerados ambiciosos. Nesse caso, a Escócia planejava que, em 2020, 100% do consumo de energia elétrica seria proveniente de fontes renováveis,⁵¹⁹ tendo reduzido, posteriormente, a meta para 50% em 2030.⁵²⁰

No Brasil, todavia, há apenas um Projeto de Lei do Senado nº 712, de 03 de novembro

⁵¹⁸ O gráfico foi elaborado pela autora utilizando os objetivos nacionais para energia renovável que englobam, por exemplo, o setor elétrico, transporte, aquecimento, entre outros. Os dados foram coletados em cada relatório denominado “Global Status Report” elaborado pela Renewable Energy Policy Network (REN21) na seção “Policy Landscape” para os anos 2005, 2007, 2009, 2011, 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 com objetivo de demonstrar a evolução das metas nacionais. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Global Status Reports*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/reports/global-status-report/>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁵¹⁹ “Many subnational jurisdictions have ambitious targets for renewables as well, such as California (50% by 2030), Scotland (100% by 2020), and South Australia (33% by 2020). More than 160 countries globally have future targets for renewable energy”. MARTINOT, Eric. Grid Integration of Renewable Energy: Flexibility, Innovation, and Experience. *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 41, p. 223-251, 2016, p. 224. De acordo com os dados de Eric Martinot, o governo da Escócia publicou em sua página “What are we aiming for? renewable sources to generate the equivalent of 100 per cent of Scotland's gross annual electricity consumption by 2020. Scotland has already met the 2015 50% interim target”. SCOTLAND GOVERNMENT. Scottish Government. *Renewable Energy*. Disponível em: <[⁵²⁰ “By 2030 we aim to generate 50% of Scotland's overall energy consumption from renewable sources, and by 2050 we aim to have decarbonised our energy system almost completely”. SCOTLAND GOVERNMENT. Scottish Government. *Renewable and Low Carbon Energy*. Disponível em: <<https://www.gov.scot/policies/renewable-and-low-carbon-energy/>>. Acesso em: 06 nov. 2019.](https://www2.gov.scot/renewableenergy#:~:text=What%20are%20we%20aiming%20for,Scotland's%20heat%20demand%20by%202020.>>. Acesso em: 06 nov. 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

de 2015, que visa alterar a Lei nº 12.187 de 29 de dezembro de 2009,⁵²¹ e propor um “aumento da participação das fontes renováveis na oferta interna de energia para, no mínimo, 60% (setenta por cento) em 2040”.⁵²² Na opinião do relator do parecer emitido pela Comissão de Serviços de Infraestrutura em julho de 2019, altera-se a proposta de 60% sob justificativa de que seria uma meta “inviável”, pois “excede a capacidade técnica e tecnológica do país de alcançar essa meta e pode onerar a oferta interna de energia”.⁵²³ Por essa razão, o relator da Comissão de Serviços de Infraestrutura propõe que a meta para participação de fontes renováveis na oferta interna de energia seja estabelecida no âmbito do PNE, sem determinar na lei um percentual determinado.

Muito embora haja constante crescimento no número de políticas energéticas nacionais em prol do fomento da energia renovável, grande parte dos objetivos nacionais ainda não foram alcançados. Nem todas as iniciativas foram capazes de ampliar a participação das renováveis na matriz energética nacional e, por conseguinte, entendemos que é importante analisarmos criticamente os motivos para o atraso no alcance dos objetivos nacionais almejados para 2020.

Destaca-se que o sucesso de tais esforços depende não somente da escolha da política pública, mas também da arquitetura do marco regulatório e a sua efetiva implementação.⁵²⁴ Nesse contexto, eventuais alterações legislativas que geram, por vezes, instabilidade e insegurança jurídica se contrastam com objetivo de desenvolvimento da energia renovável.

Assim, o aspecto mais relevante relacionado aos objetivos nacionais se refere ao alcance das medidas para cumprimento dos objetivos de cada Estado. A tabela 1 abaixo proporciona uma comparação entre (i) as quotas utilizadas como parâmetro para a Diretiva 2009/28/CE introduzida pela União Europeia que representavam os dados de consumo final bruto de energia renovável em 2005; (ii) o cumprimento atualizado das quotas, cujos últimos dados estatísticos

⁵²¹ BRASIL. Lei nº 12.187 de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 dez. 2009.

⁵²² BRASIL. *Projeto de Lei do Senado nº 712, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123890>>. Acesso em: 28 fev. 2020. “O autor [do projeto de lei] justifica que o projeto almeja manter o país na vanguarda do setor energético e estabelecer uma meta ousada de substituição de energia oriunda do petróleo e seus derivados por aquela produzida por fontes renováveis, com baixa emissão de gás de efeito estufa”. BRASIL. *Parecer da Comissão de Serviços de Infraestrutura, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 712 de 2015*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7981020&ts=1583257075315&disposition=inline>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

⁵²³ BRASIL. *Parecer da Comissão de Serviços de Infraestrutura, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 712 de 2015*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7981020&ts=1583257075315&disposition=inline>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

⁵²⁴ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 49.

foram coletados pela *Eurostat* em 2017; e (iii) os objetivos nacionais que deveriam ser cumpridos em 2020.

Tabela 1 – Cumprimento das quotas de energia renovável na União Europeia

Estado-Membro	Quota de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia, 2005 (S2005)	Quota de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia, 2017 (Eurostat)	Objetivo para a quota de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia, 2020 (S2020)
Alemanha	5,8%	15,5%	18,0%
Áustria	23,3%	32,6%	34,0%
Bélgica	2,2%	9,1%	13,0%
Bulgária	9,4%	18,7%	16,0%
Chipre	2,9%	9,9%	13,0%
Croácia	12,6%	27,3%	20,0%
Dinamarca	17,0%	35,8%	30,0%
Eslováquia	6,7%	11,5%	14,0%
Eslovênia	16,0%	21,5%	25,0%
Espanha	8,7%	17,5%	20,0%
Estônia	18,0%	29,2%	25,0%
Finlândia	28,5%	41,0%	38,0%
França	10,3%	16,3%	23,0%
Grécia	6,9%	16,3%	18,0%
Hungria	4,3%	13,3%	13,0%
Irlanda	3,1%	10,7%	16,0%
Itália	5,2%	18,3%	17,0%
Letônia	32,6%	39,0%	40,0%
Lituânia	15,0%	25,8%	23,0%
Luxemburgo	0,9%	6,4%	11,0%
Malta	0,0%	7,2%	10,0%
Países Baixos	2,4%	6,6%	14,0%
Polônia	7,2%	10,9%	15,0%
Portugal	20,5%	28,1%	31,0%
Reino Unido	1,3%	10,2%	15,0%
Chéquia	6,1%	14,8%	13,0%
Romênia	17,8%	24,5%	24,0%
Suécia	39,8%	54,5%	49,0%

Fonte: PARLAMENTO EUROPEU⁵²⁵ e EUROSTAT⁵²⁶

Uma análise dos dados da tabela demonstra que apenas 11 Estados-Membros da União Europeia apresentavam percentuais equivalentes ou superiores às metas estabelecidas para 2020. Os demais 17 Estados-Membros ainda se encontravam, em 2017, aquém do que a Diretiva 2009/28/CE havia estabelecido.

Observa-se um panorama controverso à necessária ampliação do uso de fontes renováveis de energia para redução das mudanças climáticas e efetiva transição energética. Em que pese o número de metas introduzidas nas legislações, muitas não foram concretizadas. Com isso, o estado da evolução da energia renovável se encontra aquém dos anseios internacionais para a transição energética e desenvolvimento sustentável.

Outro aspecto importante compreende uma tendência de revisão e redução dos objetivos nacionais como ocorreu, por exemplo, no caso da legislação escocesa.⁵²⁷ No âmbito europeu, os objetivos do Anexo I da Diretiva 2009/28/CE⁵²⁸ foram modificados com o advento da Diretiva 2018/2001,⁵²⁹ estabelecendo uma “meta global vinculativa da União” de 32% ao invés de objetivos individuais para cada Estado. No âmbito da quota comunitária, a União Europeia

⁵²⁵ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁵²⁶ A tabela foi elaborada pela autora utilizando as informações disponibilizadas no Anexo I da Diretiva 2009/28/CE para a 1ª e 3ª coluna. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019. No que se refere à 2ª coluna da tabela, a autora utilizou os dados disponibilizados pela plataforma de estatística da União Europeia, denominada *Eurostat*, a qual monitora o cumprimento das quotas de energia renovável pelos Estados-Membros a partir de relatórios elaborados e divulgados pelos próprios países. É preciso acessar a *database* para Energia e selecionar “*Energy from Renewable Sources*” para, então, acessar a planilha com “*SHARES Summary Results*” EUROSTAT. *Energy from Renewable Sources*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/energy/data/shares>>. Acesso em: 11 nov. 2019. Também é possível acessar o gráfico interativo elaborado pela Eurostat. EUROSTAT. *Share of renewable energy in gross final energy consumption*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/t2020_31/default/bar?lang=en>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁵²⁷ Conforme comentado anteriormente, no âmbito da legislação escocesa reduziu-se a meta de 100% para 50%. SCOTLAND GOVERNMENT. *Scottish Government: Renewable and Low Carbon Energy*. Disponível em: <<https://www.gov.scot/policies/renewable-and-low-carbon-energy/>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

⁵²⁸ No caso da União Europeia, verifica-se uma situação particular, já que as subseqüentes diretivas 2001/77/CE, 2009/28/CE e a 2018/2001 fomentaram a promoção da energia renovável para os Estados-Membros e para a União Europeia, como um bloco. Em outras palavras, a Comunicação da Comissão de 10 de janeiro de 2007 determinou que uma meta obrigatória de 20% para a “quota global de energia proveniente de fontes renováveis” seria adequada. Entre outros documentos emitidos pelo Conselho e Parlamento Europeu, a Diretiva 2009/28/CE reiterou a instituição de uma meta de 20% a nível regional e determinou que os Estados Membros deveriam propor objetivos nacionais obrigatórios coerentes com as propostas da União Europeia para desenvolvimento das renováveis. COMISSÃO EUROPEIA. *Roteiro das Energias Renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127065>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

⁵²⁹ A análise da Diretiva 2018/2001 será feita no Capítulo 4.

decidiu fixar “contributos nacionais a fim de se cumprir com a meta global vinculativa da União [Europeia]”.⁵³⁰ O mecanismo de cumprimento ainda se tornou um sistema progressivo para os Estado-Membros e,⁵³¹ caso se situe em patamar inferior ao “ponto de referência”, este deverá fundamentar e corrigir o “desvio” por meio de medidas adicionais.⁵³²

O Parlamento e o Conselho Europeu reconheceram que os objetivos nacionais e os investimentos para energia renovável estão intrinsicamente conectados. Nesse sentido, o preâmbulo da Diretiva 2009/28/CE destacou que a “principal finalidade dos objetivos nacionais obrigatórios é proporcionar certeza aos investidores e fomentar o desenvolvimento contínuo das tecnologias que produzem energia a partir de todos os tipos de fontes renováveis”.⁵³³

Por essa razão, entendemos pela relevância não apenas de um conjunto de medidas destinadas à promoção dos investimentos estrangeiros em energia renovável, mas principalmente de um sistema de proteção internacional, capaz de assegurar um ambiente estável, imune às alterações regulatórias ao longo do estabelecimento do investimento estrangeiro.

⁵³⁰ Artigo 3º, §2º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 2.

⁵³¹ “deverão alcançar, em 2022, 2025 e 2027, pelo menos certas percentagens mínimas do aumento total da energia renovável previsto para 2030”. PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática*. Considerando no 59. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 10.

⁵³² Deve-se esclarecer que o Regulamento 2018/1999 discriminou a trajetória de aumento da quota de energia de fontes renováveis para 2022 (18%), 2025 (43%) e 2027 (65%), para que force os Estados-Membros Artigo 4º, §2º “Até 2022, a trajetória indicativa deve atingir um ponto de referência de pelo menos 18% do aumento total da quota de energia de fontes renováveis entre a meta vinculativa nacional desse Estado-Membro para 2020 e o seu contributo para a meta de 2030. Até 2025, a trajetória indicativa deve atingir um ponto de referência de pelo menos 43% do aumento total da quota de energia de fontes renováveis entre a meta vinculativa nacional desse Estado-Membro para 2020 e o seu contributo para a meta de 2030. Até 2027, a trajetória indicativa deve atingir um ponto de referência de pelo menos 65% do aumento total da quota de energia de fontes renováveis entre a meta vinculativa nacional desse Estado-Membro para 2020 e o seu contributo para a meta de 2030”. PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 18.

⁵³³ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Considerando nº 14. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019, p. 2.

3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS EM ENERGIA RENOVÁVEL

Os investimentos estrangeiros constituem uma ferramenta indispensável para a ampliação da participação da energia renovável na matriz energética global ultimando a efetiva transição energética. É preciso reconhecer que sem tais recursos seria inviável a implementação dos projetos de energia renovável que apresentam altos custos para sua concretização.

Na contribuição de Alexandra Wawryk, afirma-se que não há posição uniforme na doutrina internacional sobre o conteúdo de ‘investimentos estrangeiros em energia’, podendo se destinar à exploração de fontes de energia, assim como à geração energética, transporte e distribuição. Entretanto, é preciso destacar algumas características dos investimentos estrangeiros em energia renovável, tais como longo-prazo, o que agrega o elemento ‘tempo’ entre o comprometimento inicial e a realização de lucros.⁵³⁴ Um empreendimento de energia solar, por exemplo, pode ter uma vida útil operacional de 25 anos.⁵³⁵

Outro fator importante compreende o aspecto ‘financeiro’ caracterizador deste tipo de investimento, dado o expressivo volume de capital e alto grau de risco do setor. Crina Baltag também ressalta a incidência do princípio da soberania permanente sobre recursos naturais que coloca os Estados em uma posição diferenciada, já que a política energética e legislação aplicável ao setor se concentra no âmbito nacional.⁵³⁶

Há um aspecto teórico quanto à inserção do conjunto de regras de proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável que deve ser observado.⁵³⁷ Nesse sentido, Stephan Schill esclarece que o estudo dos investimentos estrangeiros em energia renovável se

⁵³⁴ BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 2.

⁵³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 18 set. 2019. § 451.

⁵³⁶ BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 2.

⁵³⁷ Metodologicamente, Stephan Schill apresenta um debate quanto à classificação do Direito Internacional dos Investimentos da Energia como ramo do Direito Internacional dos Investimentos ou do Direito Internacional da Energia, concluindo, segundo o autor, que o Direito Internacional dos Investimentos da Energia não constitui uma disciplina autônoma. “*There are various aspects that tie international energy investment law firmly into general international investment law and allow us to treat it as part of, and hence as a building block of, that legal field*”. SCHILL, Stephan. Foreign Investment in the Energy Sector: Lessons for International Investment Law. In: DE BRABANDERE, Eric; GAZZINI, Tarcisio (Ed.). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing private and public interests*. Leiden: Brill Nijhoff, vol.2, p. 259-282, 2014. p. 268.

insere, especificamente, no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos, posto que as noções de ‘investidor’ e ‘investimento’ incorporadas no ECT coincidem com as definições presentes nos acordos bilaterais de investimentos, no original, *bilateral investments treaties* (BITs). Do mesmo modo, o ECT prevê que eventuais controvérsias deverão ser solucionadas por meio de arbitragem investidor-Estado em tribunais também utilizados no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos.⁵³⁸

Ao analisar os instrumentos internacionais que contém regras de proteção internacional aplicáveis aos investimentos estrangeiros em energia renovável, aplicam-se os princípios de Direito Internacional dos Investimentos por se tratar de investimentos em determinado setor econômico como diversos outros (telecomunicações, energia elétrica, infraestrutura, etc). Assim, as regras de proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável encontram sua fonte e estrutura normativa no Direito Internacional dos Investimentos.

Nesse contexto, é preciso analisar questões formais do Direito Internacional, que se inserem na concepção das fontes desta disciplina. Segundo Hilary Charlesworth, as fontes do Direito Internacional se tornaram um complexo imbróglio de ideias, compromissos e aspirações,⁵³⁹ enquanto, por outro lado, o Direito nacional se concebe como um produto da atividade legislativa ou da interpretação do judiciário de cada Estado.

No âmbito do Direito Internacional, em que pese a lista de fontes formais esteja presente no artigo 38(1) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ),⁵⁴⁰ Hilary Charlesworth afirma que a natureza formal deste artigo disfarça o fato de que o Direito Internacional evolui para um processo de múltiplas camadas de interações, instrumentos, pressões e princípios.⁵⁴¹ Nesse contexto, Raphael Heffron e Kim Talus aplicam a teoria da mudança (*theory of change*)⁵⁴² no Direito da Energia, em que se torna possível constatar a repercussão dos efeitos

⁵³⁸ *International Centre for Settlement of Investment Disputes, Stockholm Chamber of Commerce* ou, ainda, tribunal *ad hoc* com aplicabilidade das regras do *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL). SCHILL, Stephan. Foreign Investment in the Energy Sector: Lessons for International Investment Law. In: DE BRABANDERE, Eric; GAZZINI, Tarcisio (Ed.). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing private and public interests*. Leiden: Brill Nijhoff, vol.2, p. 259-282, 2014. p. 268; 270; 272.

⁵³⁹ CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, p. 187-202, 2012, p. 187.

⁵⁴⁰ PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J. (Eds.); KASHGAR, Maral; DIEHL, David (Assist. Ed.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, Oxford Commentaries on International Law Series, 2nd ed., 2012, p. 731-870.

⁵⁴¹ CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 187-202, 2012, p. 189.

⁵⁴² “A theory of change is a method that explains how a given intervention, or set of interventions, is expected to lead to specific development change, drawing on a causal analysis based on available evidence (...) A theory of

em três níveis normativos intercalados – o Direito Internacional, Direito Nacional e Direito Regional.⁵⁴³

O Direito Internacional desempenha importante papel na formação de uma ação conjunta para promover estruturas jurídicas capazes de reduzir barreiras e mitigar riscos atrelados aos investimentos estrangeiros em energia renovável.⁵⁴⁴ No cenário da energia renovável, existem quatro principais assuntos no seio da formação da legislação aplicável (i) a utilização de fontes renováveis de energia como ferramenta para reduzir as emissões de gases de efeito estufa; (ii) a transferência de tecnologias de energia renovável; (iii) a necessidade de remover barreiras comerciais; e (iv) a facilitação para estabelecimento dos investimentos estrangeiros em energia renovável.⁵⁴⁵

No setor de energia renovável, configura-se um processo de construção normativa no plano internacional que resulta de uma arquitetura fragmentada, conforme característica da própria governança energética global destacada anteriormente. O quadro jurídico internacional compreende uma combinação de instrumentos vinculantes e outros mecanismos de *soft law*.⁵⁴⁶ Trata-se de um panorama que torna necessária a formulação de instrumentos normativos

change helps to identify solutions to effectively address the causes of problems that hinder progress and guide decisions on which approach should be taken (...). A theory of change also helps to identify the underlying assumptions and risks that will be vital to understand and revisit throughout the process to ensure the approach will contribute to the desired change". UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP. *Theory of Change: UNDAF Companion Guide*. Disponível em: <<https://undg.org/wp-content/uploads/2017/06/UNDG-UNDAF-Companion-Pieces-7-Theory-of-Change.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2019. p. 4.

⁵⁴³ *"The Theory of Change in Energy Law states that energy law is subject to change from three levels of law—international, national and local—and what happens at one level will have an effect on another level. At each of these tiers or levels of energy law, there are a number of influences"*. HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 193.

⁵⁴⁴ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 359.

⁵⁴⁵ *"To the extent that an international legal framework for renewable energy exists, it is fragmented, with global trends in the development of the renewable energy sector continuing to be heavily influenced by domestic government action. As renewable energy becomes a growing topic of attention at the international and domestic level, emerging laws revolve around four key themes: the ability of renewable energy to act as a tool to reduce greenhouse gas emissions, the transfer of renewable energy technologies, the need to remove trade barriers, and the need to facilitate investment in renewable energy"*. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 361.

⁵⁴⁶ *"The notion of soft law is famously slippery. It includes instruments that have legal implications but which do not have the imagined 'harness' of binding international obligations: resolutions of international institutions, declarations of high-level meetings, statements of bodies that monitor treaties, voluntary codes of conduct and treaty provisions that do not contain commitments to action may all fit into this category"*. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 187-202, 2012, p. 189.

internacionais que regulem especificamente a energia renovável e os investimentos neste setor como alicerce para a transição energética e desenvolvimento sustentável.

Em uma perspectiva global, contudo, não há um tratado⁵⁴⁷ que regule exclusivamente os temas atrelados à energia renovável.⁵⁴⁸ De maneira geral, o arcabouço jurídico internacional sobre a energia renovável compreende instrumentos multilaterais vinculantes e recomendações não-vinculantes⁵⁴⁹ (emanadas predominantemente por organizações internacionais), considerando que o objeto daqueles não é especificamente voltado para a energia renovável. Poucos BITs contêm cláusulas com específica menção ao setor de energia, eletricidade ou energia nuclear, como será analisado adiante.

Além disso, é possível verificar que o Direito Internacional influencia, em certo grau, na atuação normativa do Estado como, por exemplo, por meio de compromissos internacionais que encorajam os Estados a adotar um marco regulatório direcionado à promoção de investimentos em energia renovável.⁵⁵⁰ Ou, ainda, por meio da reformulação da legislação nacional para se adaptar aos princípios do Direito Internacional.

⁵⁴⁷ “*International conventions (i.e. treaties) are agreements between two or more states, which may contain binding or non-binding terms*”. CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 187-202, 2012, p. 190. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, introduz em seu art. 2º, parágrafo 1º que, “para os fins da presente Convenção: a) ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. BRASIL. Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 15 dez. 2009. Ressalta-se que “tratado” é considerado sinônimo de “convenção”.

⁵⁴⁸ “*No treaty founding an international organization and no comprehensive multilateral convention is in force covering the entire domain of energy*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 365.

⁵⁴⁹ Martijn Wilder e Lauren Drake destacam que o quadro jurídico internacional que envolve as fontes renováveis de energia consiste em uma combinação de obrigações vinculantes com efeitos diretos e indiretos, assim como instrumentos que contribuíram para a regulação global da energia. Para esses autores, os principais instrumentos e mecanismos que regulam a energia renovável a nível internacional são o estatuto da IRENA, o ECT, a UNFCCC e o Protocolo de Quioto. “*There is no specific treaty governing renewable energy per se. Rather, the international legal framework in relation to renewable energy remains fragmented, consisting of a mixture of legally binding obligations with both direct and indirect effects, as well as instruments that have contributed to the development of global energy policy. The key instruments and mechanisms relevant to international renewable energy regulation include: the International Renewable Energy Agency Statute; the UNFCCC; the Kyoto Protocol, the Green Climate Fund, and related international climate change negotiations and declarations; the Energy Charter Treaty (ECT); and various sector-specific treaties*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 362.

⁵⁵⁰ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 359.

A nível regional, a União Europeia implementou diretivas para promoção do uso de fontes renováveis na produção de eletricidade e, por conseguinte, construiu um quadro normativo regional aplicável aos Estados-Membros⁵⁵¹ de grande relevância para o setor. No Direito Internacional, o principal tratado que contém regras para a promoção e proteção internacional dos investimentos estrangeiros no setor de energia é o ECT,⁵⁵² se tornando o instrumento mais invocado nas arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável.

Para uma efetiva análise das regras internacionais que estruturam um sistema de proteção internacional dos investimentos estrangeiros da energia renovável, nos parece necessário perpassar pelas características principais de formação do ECT.⁵⁵³

Nesse contexto, entendemos pela relevância em examinar os princípios de proteção dos investimentos estrangeiros em energia e, em segundo lugar, como se aplica aos casos de energia renovável. Para tanto, buscamos examinar qualquer referência ao setor de energia (renovável) nos BITs, nos tratados com dispositivos sobre investimentos, no original, denominados *treaties with investment provisions* (TIPs) e, posteriormente, nos processos de integração econômica regional.

3.1 O Tratado da Carta de Energia

O primeiro e principal instrumento internacional que circunscreve o setor da energia se é o ECT,⁵⁵⁴ assinado em 1994,⁵⁵⁵ que se consolidou como quadro jurídico complexo com

⁵⁵¹ “There are no universal treaties regarding renewable energy law, although the European Union has a Directive (a secondary source of law) on renewable energy, which is binding on the EU's member countries”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 230.

⁵⁵² Stephan Schill destaca que não há um tratado internacional específico para outros setores como o de telecomunicações, turismo ou bancário, como ocorre no setor energético em relação ao ECT. SCHILL, Stephan. *Foreign Investment in the Energy Sector: Lessons for International Investment Law*. In: DE BRABANDERE, Eric; GAZZINI, Tarcisio (Ed.). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing private and public interests*. Leiden: Brill Nijhoff, vol.2, p. 259-282, 2014, p. 262.

⁵⁵³ “The ECT is the first and only multilateral treaty directly related to energy matters, yet is essentially devoid of any meaningful renewable energy obligations”. BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 40.

⁵⁵⁴ “The ECT is the first and only multilateral treaty directly related to energy matters, yet is essentially devoid of any meaningful renewable energy obligations”. BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 40.

⁵⁵⁵ “Prior to the advent of the ECT, Western industrialized states attempted to have an energy-sector specific agreement adopted within the context of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), but this effort

estrutura e conteúdo capaz de se tornar um modelo para um futuro acordo multilateral sobre energia renovável.⁵⁵⁶ A Conferência da Carta de Energia, no original, denominada *Energy Charter Conference* (ECC), é uma organização intergovernamental formada a partir da assinatura do ECT, a qual figura como órgão administrativo e decisório.⁵⁵⁷ Diante do seu protagonismo no setor energético, impende analisar os antecedentes históricos que contextualizaram a formação deste tratado.

O ECT surgiu como reação dos países europeus à dissolução da União Soviética e às repercussões resultantes do acontecimentos pós-Guerra Fria.⁵⁵⁸ Com isso, muitos Estados estavam interessados em aderir a um sistema econômico internacional apresentando a vantagem daqueles que possuíam reservas de recursos naturais.⁵⁵⁹ E, por outro lado, os Estados europeus desejavam estabelecer a cooperação internacional com objetivo de garantir segurança energética na região, especialmente, no que tange ampliação de relações com a Rússia.⁵⁶⁰

Arghyrios Fatouros relembra que o processo de negociação que resultou na assinatura da Carta Europeia de Energia, no original, denominada *European Energy Charter* (EEC), se configurou como uma resposta, ao menos por parte dos Estados europeus,⁵⁶¹ às novas condições

ultimately founded. In that sense, the advent of the ECT was a success for multilateralism, given the political difficulties in having such an agreement adopted within the multilateral trade system". LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 1-5, 2018, p. 2.

⁵⁵⁶ "It is a complex and interesting document, which provides useful concrete indications of the possible structure and contents of a multilateral instrument on energy". FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 409.

⁵⁵⁷ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

⁵⁵⁸ "The ECT is founded on the post-Cold War non-binding European Energy Charter ('EC')". BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 40. "The Energy Charter Treaty has its origins in the reaction of the European Union to the breakdown of the Soviet Union and its repercussions on the postwar pattern of Cold War division of Europe (and the world)". FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 409. Peter Cameron ressalta que um dos mais dramáticos eventos do final do século XX foi o inesperado colapso da União Soviética e a sua substituição por um conjunto de Estados independentes. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 152. "We have to revisit 1991: the USSR is collapsing. The world's largest oil and gas resources, hitherto closed off, seem to become available to energy-dependent Europe". WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 254.

⁵⁵⁹ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 152.

⁵⁶⁰ "The prospect of closer energy cooperation with Russia also encouraged the EU to throw its weight behind the development of a dedicated legal instrument for energy co-operation". CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 153.

⁵⁶¹ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 410. "The signing of the Charter represented a milestone in the process towards the conclusion of the ECT in 1994, as the signing of the

do setor energético derivadas de radicais mudanças políticas que ocorreram na Europa Central e Oriental no início dos anos 1990.⁵⁶²

Por essa razão, as relações diplomáticas que circunscreviam a produção, transporte e comércio de energia em toda a região europeia foram questionadas. Conseqüentemente, fomentaram-se novos mecanismos de cooperação energética que conectassem os países europeus aos da União Soviética e da Europa Oriental,⁵⁶³ reformulando o cenário internacional da energia.⁵⁶⁴

É importante mencionar que a EEC consiste em um documento político composto por normas programáticas, sem caráter vinculativo,⁵⁶⁵ direcionado à implementação de princípios gerais orientados para um mercado energético mais eficiente na Europa. Objetiva-se promover

EEC included a commitment to negotiate, in good faith, a legally binding ECT. (...)The Charter is a political declaration for cooperation in the energy sector, based on the following principles: State sovereignty and sovereign rights over energy resources; non-discrimination and market-oriented price formation; spirit of political and economic cooperation; development of an efficient energy market throughout Europe, and a better functioning global market due account of environmental concerns". GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 18.

⁵⁶² FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 410.

⁵⁶³ *"The initial proposal came from the Prime Minister of the Netherlands, at the Dublin European Council in June 1990. He urged the European Community (EC), as it then was called, to take the initiative in promoting new patterns of co-operation in energy with the Soviet Union and the countries in Eastern Europe. The European Commission then proposed that a formal declaration on the subject be adopted. Negotiations for a European Energy Charter were launched in January 1991 and in December of that year the Charter was signed by 50 States and the EC".* FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 410. *"In 1990, at a European Council meeting in Dublin, Ruud Lubbers, the Dutch Prime Minister, who, at the time, presided over the Council, called for more institutionalized relations with the energy-rich economies in Eurasia following their collapse in order to benefit from their consequent opening-up and orientation towards the global market-based economic order. This led to the adoption of the 1991 European Energy Charter, which is a non-legally binding political declaration embodying key principles of international energy cooperation. The 1991 European Energy Charter paved the way for the negotiation and eventual adoption of the ECT and the Energy Charter Process".* LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 1-5, 2018, p. 2. Ver também BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 5-12.

⁵⁶⁴ *"Having regard to the adopted in the Concluding Document of the Hague Conference on the European Energy Charter signed at The Hague on 17 December 1991. Recalling that all signatories to the Concluding Document of the Hague Conference undertook to pursue the objectives and principles of the European Energy Charter and implement and broaden their cooperation as soon as possible by negotiating in good faith an Energy Charter Treaty and Protocols, and desiring to place the commitments contained in that Charter on a secure and binding international legal basis;".* ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty. Preamble*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁶⁵ *"The origin of the Treaty lies in a non-binding Declaration signed by 50 states and the European Community three years earlier on 17 December 1991, called the European Energy Charter, based on an initiative of Prime Minister Ruud Lubbers of the Netherlands in 1990".* CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 153. Nota de rodapé nº 24. *"The European Charter is no more than a political declaration, setting the objectives for the negotiation and implementation of a multilateral treaty in the energy field".* BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 6.

o comércio, a cooperação e os investimentos no setor de energia, além da segurança no abastecimento e tratamento não discriminatório aos investidores.

No intuito de concretizar tais objetivos, os Estados decidiram negociar e assinar o ECT em 1994 com disposições internacionalmente vinculantes,⁵⁶⁶ que entrou em vigor em 16 de abril de 1998 após o depósito do instrumento de ratificação por 30 Estados.⁵⁶⁷ O ECT se consolidou, assim, como primeiro tratado focalizado no setor de energia, que ganhou maior relevância em razão do incremento no número de arbitragens internacionais com fundamento nos seus dispositivos.⁵⁶⁸

Uma das críticas quanto aos Estados-Partes é apontada por Arghyrios Fatouros, afirmando que o ECT possui amplitude mais regional do que internacional⁵⁶⁹ dado que,

⁵⁶⁶ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 410. “*desiring to place the commitments contained in that Charter on a secure and binding international legal basis; Desiring also to establish the structural framework required to implement the principles enunciated in the European Energy Charter*”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty. Preamble*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. “*UNDERSTANDING With respect to the Treaty as a whole (a) The representatives underline that the provisions of the Treaty have been agreed upon bearing in mind the specific nature of the Treaty aiming at a legal framework to promote long-term cooperation in a particular sector and as a result cannot be construed to constitute a precedent in the context of other international negotiations*”. ENERGY CHARTER TREATY. *Annex 1 to the Final Act of the European Energy Charter Conference*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁶⁷ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 152. Até momento, o ECT conta com 55 Estados-Partes (Apêndice 2) incluindo a União Europeia, tendo sido ratificado por apenas 51 deles.

⁵⁶⁸ Austrália, Bielorrússia, Noruega e Rússia foram os Estados que não ratificaram o ECT. A Austrália assinou o ECT em 17 de dezembro de 1994 com aplicabilidade provisória da Parte VII, sem registros de ratificação. De modo semelhante, a Bielorrússia assinou o ECT em 17 de dezembro de 1994 com aplicabilidade provisória, sem especificar a parte do tratado que se aplica e Noruega assinou o ECT em 16 de junho de 1995 com aplicabilidade provisória da Parte VII. Em que pese a Rússia ter assinado o ECT em 17 de dezembro de 1994, com aplicabilidade provisória até 18 de outubro de 2009, em 17 de abril de 2018, a Rússia confirmou oficialmente sua intenção em não ser considerado Estado- parte do ECT e do Protocolo sobre Eficiência Energética e Aspectos Ambientais relacionados. ENERGY CHARTER TREATY. *Meeting of the Energy Charter Conference*. Disponível em: <<https://energycharter.org/who-we-are/energy-charter-conference/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁶⁹ “*it is a comprehensive international legal structure (both an instrument and an organization) devoted to energy issues, even though it is of regional (or “inter-regional”) rather than universal scope*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 409. Nesse sentido, o Secretariado da Conferência da Carta de Energia assume que, com os atuais Estados-Membros, o ECT se focaliza no mercado energético da região da Eurásia, Oriente Médio e África do Norte. Ressalta, ainda, que originalmente o tratado foi concebido como uma iniciativa europeia com foco na cooperação da Europa Oriental-Occidental, mas que este escopo vem se ampliando, ampliando a participação de países como Paquistão, China, Coreia, Irã, e outros países asiáticos como Estados observadores. ENERGY CHARTER TREATY. *Frequently Asked Question about the Energy Charter Process*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/frequently-asked-questions/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. “*The scope of the ECT’s application is wide, although there is no general article that expressly addresses this issue: in a geographical sense, it is essentially pan-European, covering the space from the UK and France in the west to Russia and the Central Asian states in the east; (...) is usually understood as comprising part of the EU’s acquis communautaire or legal order in the energy sector*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 153.

atualmente, além da União Europeia e Euratom, 26 Estados-Partes são membros da União Europeia e, muito embora os Estados Unidos e o Canadá tenham participado das negociações, estes países não assinaram o ECT.⁵⁷⁰

O posicionamento dos Estados Unidos é contrário às disposições relativas à proteção dos investimentos estrangeiros do ECT que, segundo eles, não conferiam nenhum elemento protetivo adicional àquelas dispostas nos acordos internacionais de investimentos em que já são parte.

A Noruega, por outro lado, assinou o ECT, mas não o ratificou, limitando o âmbito de aplicação deste tratado em um país de grande importância no cenário energético.⁵⁷¹ A Itália assinou o ECT em 17 de dezembro de 1994 e o ratificou em 1997, permanecendo em vigor até depositar o instrumento de denúncia em 31 de dezembro de 2014. Os efeitos da denúncia da Itália passaram a vigorar desde 01 de janeiro de 2016.⁵⁷²

Apesar de aplicar o ECT provisoriamente em seu território até 2009, a Rússia confirmou oficialmente, em abril de 2018, a sua intenção em não ser considerado como Estado-Parte do ECT e do Protocolo sobre Eficiência Energética e Aspectos Ambientais relacionados.⁵⁷³

Rafael Leal-Arcas afirma que a preocupação da Rússia em não ratificar o ECT se fundamentava na possível perda de monopólio à rede de gasodutos, já que a aplicabilidade do ECT garantia o tratamento não-discriminatório aos investidores estrangeiros.⁵⁷⁴ Com a ausência

⁵⁷⁰ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 410.

⁵⁷¹ “Significantly, the US government did not sign the ECT, even though it had been an active participant in the negotiations on the text, arguing that the ECT did not provide additional protection to investments to that already provided or to be provided through BITs between the US and the states concerned. More significantly, Norway and Russia did not ratify the ECT, severely limiting its applicability to two key regional energy powers”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 153.

⁵⁷² ENERGY CHARTER TREATY. *Italy*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁷³ ENERGY CHARTER TREATY. *Russian Federation*. Disponível em: <<https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/russian-federation/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁷⁴ “Russia signed the ECT and was applying it provisionally until 18 October 2009, but has not ratified it, arguably because it was concerned about the potential loss of its monopoly access to its vast domestic pipeline network that ratification – and thereby subjection to the non-discrimination principle – would entail. Russia notified the Energy Charter Secretariat that it would withdraw from the ECT’s provisional application from that date. This has implications for EU energy interests, given the volume of EU-bound energy flows from Russia”. LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 1-5, 2018, p. 3. Crina Baltag acrescenta que “The Russian delegation believed that an Energy Charter would encourage investments in the energy sectors, but that there was also the danger that opening markets to Western companies would weaken the control of Russia over its strategic industries”. BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 7.

dos Estados Unidos, China e Rússia, havia uma tendência de que a efetividade das medidas do ECT no setor de energia se tonassem significativamente reduzida a nível global.⁵⁷⁵

É bem verdade que a intenção durante a formação do tratado consistia em estabelecer uma estrutura jurídica e institucional capaz de criar um “regime previsível e razoavelmente estável” e universal que cobrisse apenas temas energéticos.⁵⁷⁶ No entanto, para Thomas Wälde criou-se uma estrutura de proteção dos investimentos estrangeiros com raízes ocidentais, permitindo que investidores exigissem o cumprimento das obrigações do ECT em face daqueles Estados.⁵⁷⁷

A literatura internacional destaca que o ECT consiste em um acordo setorial⁵⁷⁸ focalizado em estabelecer um sistema “especial apenas no setor energético que regula cada tópico - comércio, investimento, transporte e meio ambiente - com relação à energia”.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 1-5, 2018, p. 3.

⁵⁷⁶ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 411.

⁵⁷⁷ “*The Treaty, therefore, not only became an East/West investment treaty, but also created a West/West common investment regime; this outcome was certainly not intended when the Charter process was started by the European Community. This means, in effect, that there is an East/West dimension to the Treaty but also a West/West dimension: energy investors from Member countries, e.g. Japanese investors in France, can now sue not only Eastern, but also Western Member States for breach of the key obligations – in particular non-discrimination breach of contract*”. WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 252. A perspectiva trazida por Thomas Wälde à altura em que foi assinado o ECT é muito interessante, posto que se revela atualizada para a situação atual das arbitragens internacionais de investimentos no setor de renováveis. É preciso ressaltar a observação de Thomas Wälde que já previa as possíveis consequências para os Estados-Membros da União Europeia “*This dimension of the Treaty has not been fully appreciated, and it contains considerable potential for holding governments and the European Commission to account for complying with the Treaty’s liberalized investment regime*”. WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 252.

⁵⁷⁸ “*The investment regime of the Energy Charter Treaty (ECT)-a multilateral investment and trade treaty*”. WÄLDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in International law. Cambridge: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001, p. 815. “*It is principally concerned with the promotion and protection of investment, trade, the transit of energy resources, whether hydrocarbons or electricity, and energy efficiency. It confers no rights to engage in economic activities other than those in the energy sector*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 154. “*By virtue of the provisions contained in Part III, the ECT has a special nature among treaties governing investment in part, particularly as a treaty which is both multilateral and sectoral*”. MEJIA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 164. “*This is a fundamental point about the ECT: it is sectoral agreement, not a comprehensive one*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 411.

⁵⁷⁹ “*This fact, already apparent in the title and clearly implied in many provisions, especially those on definitions, is spelled out in an Understanding in the Final Act of the Conference that adopted the Treaty*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 411. “*UNDERSTANDING With respect to Article 1(5) (a) It is understood that the Treaty confers no rights to engage in economic activities other than Economic Activities in the Energy Sector*”. ENERGY CHARTER TREATY. *Annex 1 to the Final Act of the European Energy*

Consagra-se, também, como o primeiro tratado que impõe obrigações aos governos com relação à proteção e tratamento dos investimentos estrangeiros diretamente exigível pelas empresas privadas, segundo Thomas Wälde.⁵⁸⁰

Martijn Wilder e Lauren Drake afirmam que o propósito do ECT consiste em formar um mercado internacional de energia acessível e não discriminatório,⁵⁸¹ enquanto Stuart Bruce defende que o seu escopo é constituir um quadro jurídico e institucional para integrar e melhorar a eficiência das operações no mercado de energia europeu.⁵⁸²

O secretariado da Carta de Energia esclarece que, nos termos do artigo 2º,⁵⁸³ o objetivo do ECT consiste em promover uma estrutura multilateral única para cooperação no âmbito do Direito Internacional. Tal artigo foi formulado para garantir segurança energética por meio de

Charter Conference. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. Thomas Wälde destaca que “*Besides the U.S. – Canada Free Trade Agreement and the North American Free Trade Agreement (NAFTA), it is the only major sectoral treaty covering trade as well as investment, since access to the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) markets and progressive integration into the GATT trading system were an important part of the East/West bargain underlying the Treaty*”. WÄLDE, Thomas. *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 252.

⁵⁸⁰ “*Different from the many ‘guidelines’, ‘declarations’ and ‘codes of conduct’, this Treaty has teeth: it allows private companies to sue governments, without prior submission to an arbitral tribunal, for breaching the key investment obligations of the Treaty*”. WÄLDE, Thomas. *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 252. Thomas Wälde apresenta uma visão bastante completa e, de certo modo, crítica acerca dos antecedentes históricos para formação do ECT.

⁵⁸¹ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 367.

⁵⁸² BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 1-36, 2013, p. 40.

⁵⁸³ “*Article 2: Purpose of the Treaty. This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter*”. ENERGY CHARTER TREATY. *Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. Ver também CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 153. Os laudos arbitrais de *Eiser Infrastructure Ltd. e Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l.* em face da Espanha destacam a relevância do elemento estabilidade para garantir a efetiva cooperação a longo-prazo conforme preconiza o artigo 2 do ECT. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 23 set. 2019. §377-378. “*These provisions of the Charter thus confirm that the legal framework referred to in Article 2 of the ECT is one that is stable, transparent, and compliant with international legal standards. The Tribunal shall therefore observe the objectives of legal stability and transparency in interpreting the FET standard under the ECT*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §520-521.

um mercado de energia mais aberto e competitivo, respeitando os princípios do desenvolvimento sustentável e da soberania sobre os recursos naturais.⁵⁸⁴

O escopo do ECT, portanto, está fundamentado na “cooperação” entre os Estados no setor da energia para fomentar o “acesso aos recursos naturais”,⁵⁸⁵ garantindo um sistema não-discriminatório e acessível aos investimentos estrangeiros. Além disso, objetiva fortalecer a regulação internacional para a redução dos riscos associados aos investimentos e ao comércio em energia.⁵⁸⁶

Portanto, o ECT visa desenvolver a cooperação multilateral energética⁵⁸⁷ e preza pela primazia de um ambiente com condições de equidade a ser observado especialmente pelos Estados com objetivo de mitigar o risco associado aos investimentos estrangeiros no setor.⁵⁸⁸ As principais disposições do ECT visam a proteção do investimento, o comércio de materiais e produtos energéticos, o trânsito de energia e os mecanismos de solução de controvérsia.⁵⁸⁹

É possível afirmar, ainda, que o ECT se configura como uma complexa arquitetura de documentos que cobre, de uma maneira ou de outra, praticamente todas as áreas de interesse econômico no setor da energia. Desse modo, além do tratado principal que conta com o

⁵⁸⁴ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019. Segundo Stuart Bruce, o ECT se tornou um marco para o setor de energia “*it may be characterised as a watershed sectoral energy - and energy security - instrument*”. BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 40.

⁵⁸⁵ “*access to markets for access to resources*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 412. (tradução nossa)

⁵⁸⁶ “*By binding governments to commitments that guarantee open markets, non-discrimination and access for foreign investment, the ECT aims to strengthen the global rule of law on energy issues and thereby reduce the risks associated with energy-related investments and trade*”. LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 1-5, 2018, p. 1.

⁵⁸⁷ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 367. “*Common interests dictate, moreover, provisions on complementary issues: secure transit, energy efficiency, avoidance of harm to the environment and appropriate competitive conditions in the energy market*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 412. “*The ECT itself rests on five primary areas: investment protection; trade; transit; environmental protection; and dispute settlement; while there are optional protocols on various topics, including energy efficiency and the environment*”. LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 1-5, 2018, p. 1.

⁵⁸⁸ WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 244.

⁵⁸⁹ WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 244.

preâmbulo e oito partes, outros documentos são complementares, sendo que cada um apresenta particular relevância: (i) o Ato Final da Conferência sobre a Carta Europeia de Energia que contém declarações e considerações;⁵⁹⁰ (ii) decisões⁵⁹¹ e anexos⁵⁹²; e (iii) Protocolo sobre Eficiência Energética e aspectos ambientais relacionados.⁵⁹³

Nesse contexto, é importante ressaltar a relevância de aspectos materiais inseridos no ECT, em particular relacionados à proteção dos investimentos estrangeiros no setor de energia e, além disso, como o ECT se relaciona com o desenvolvimento da energia renovável.

Destaca-se, ainda, a importância das definições formuladas no âmbito deste tratado,⁵⁹⁴ que orientam para as escolhas normativas e conceituais que os negociadores elegeram no momento da sua elaboração.⁵⁹⁵

3.1.1 A proteção dos investimentos estrangeiros em energia no Tratado da Carta de Energia

A Parte III do ECT objetiva introduzir dispositivos para promoção e proteção do investimento estrangeiros no setor de energia,⁵⁹⁶ pautando, em linhas gerais, pela proteção dos investidores estrangeiros contra qualquer espécie de discriminação, expropriação, perdas

⁵⁹⁰ ENERGY CHARTER TREATY. *Final Act of the European Energy Charter Conference*. Disponível em: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_Final_Act.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁹¹ ENERGY CHARTER TREATY. *Energy Charter Conference Decisions*. Disponível em: <<https://energycharter.org/what-we-do/conference-decisions/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁹² “*The Treaty is supplemented by 14 Annexes*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 417.

⁵⁹³ ENERGY CHARTER TREATY. *Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*. Disponível em: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_PEEREA.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

⁵⁹⁴ “*The ECT was adopted in the Final Act of the European Energy Charter Conference and is contained in Annex 1 to the Final Act of the European Energy Charter Conference. The Final Act also adopted certain understandings in respect to the ECT, including Understanding 2 and 3*”. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 17.

⁵⁹⁵ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 414.

⁵⁹⁶ “*an entire Part of the Treaty, consisting of eight articles, is devoted to “Investment Promotion and Protection”. That part may in fact be perceived as constituting in itself a multi-lateral investment treaty. While its scope is restricted by its sectorial character, most of its provisions can easily have application to any kind of investment. The central provisions on the treatment of foreign investments are those of Article 10, supplemented by a number of other provisions*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 418.

resultantes de conflitos armados,⁵⁹⁷ restrição em transferências e violação de contratos de investimentos.⁵⁹⁸

Trata-se de estabelecer um ambiente com condições equitativas com a finalidade de limitar, sempre que possível, os riscos não-comerciais que venham afetar o investimento estrangeiro. Arghyrios Fatouros entende que as disposições do ECT promovem a facilitação da entrada de investimentos oriundos dos países da Europa Ocidental nos países do lado Oriental, buscando ampliar o acesso aos recursos energéticos e a disponibilidade de financiamento e tecnologia. Ademais, o ECT estabelece o mecanismo de solução de controvérsias para potenciais violações às obrigações constantes da Parte III,⁵⁹⁹ prevendo a possibilidade de arbitragem internacional entre investidor-Estado.⁶⁰⁰

Na contribuição de Thomas Wälde, afirma-se que muitos conceitos do ECT foram retirados dos BITs celebrados pelos Estados ocidentais e da prática dos países da OCDE.⁶⁰¹ Os principais dispositivos do ECT - os artigos 10 ao 15, 26⁶⁰² e 27 - teriam resultado da prática

⁵⁹⁷ “Compensation for losses is provided for in Article 12 in two ways. Where the loss is suffered through war, armed conflict, a state of national emergency or civil disturbance, the investor is to receive treatment that is the most favourable of that which the state confers on any other investor. Where the host state is directly responsible for the loss, by means of a taking or an act of destruction of the investment, the investor is to be accorded restitution or compensations which is ‘prompt, adequate and effective’”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 157.

⁵⁹⁸ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 367.

⁵⁹⁹ MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 163.

⁶⁰⁰ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 367.

⁶⁰¹ “concepts founded in the international economic law of market economies with which the former Socialist countries had no truck”. WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 255. “Much of the investment provisions of the ECT were influenced by BITs and NAFTA (US, Canada, Mexico), more especially NAFTA’s innovative provision which accords foreign investors a direct right of action against a host State and State agencies/enterprises exercising regulatory and administrative authority without the requirement of a prior arbitration agreement between the investor and the host State”. WÄLDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in International law. Cambridge: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001, p. 815.

⁶⁰² No que toca o artigo 26, Thomas Wälde ressalta uma característica peculiar do mecanismo de solução de controvérsia previsto no ECT, afirmando que se trata de um salto qualitativo no que tange o consentimento expresso no parágrafo 3º, alínea a, sem a necessidade de negociar a submissão expressa à arbitragem. WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 265.

dos BITs e,⁶⁰³ assim, Thomas Wälde defende que o ECT acaba por dispensar a celebração de diversos de BITs que seriam celebrados no setor de energia entre os Estados-Partes.⁶⁰⁴

Com isso, busca-se analisar alguns dos principais dispositivos do ECT que se tornaram relevantes para o sistema de proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável, nomeadamente, em virtude do seu protagonismo nos laudos arbitrais que serão analisados. Sendo assim, serão examinadas a definição de (i) investimentos e (ii) investidor; assim como (iii) o padrão de tratamento justo e equitativo e a (iv) expropriação.

3.1.2 O conceito de ‘investimentos’ no Tratado da Carta de Energia

A definição de investimentos estrangeiros no âmbito do ECT possui seu escopo direcionado para o setor energético.⁶⁰⁵ Nesse sentido, o artigo 1(6)⁶⁰⁶ determina que investimento significa qualquer tipo de ativo, cuja propriedade ou controle seja direta ou indiretamente detido por um Investidor. Trata-se, desse modo, de uma definição baseada em

⁶⁰³ Ely Caetano Xavier Junior ressalta que, “em matéria de investimentos estrangeiros, ECT contém dispositivos muito semelhantes àqueles utilizados nos tratados bilaterais de investimentos e inclui a possibilidade de recurso à arbitragem internacional entre investidores estrangeiros e Estados receptores”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 26. Sobre o ECT, Crina Baltag afirma que “*It forms part of a vast network of bilateral and multilateral instruments currently in force and other numerous failed draft instruments, aiming at encouraging the flow of foreign investments into the contracting parties*”. BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 12.

⁶⁰⁴ “*It may be assumed that the Western negotiators and experts in the Charter negotiations largely came from Western government agencies managing BITs and looked to modern BIT practice for guidance*”. WÄLDE, Thomas. *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. 251-320, 1996, p. 260.

⁶⁰⁵ “*The Treaty seeks to establish a common, although not uniform, regime for direct investments in energy*”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 417.

⁶⁰⁶ “*Article 1 (6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes: (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges; (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise; (c) claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment; (d) Intellectual Property; (e) Returns; (f) any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector*”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. Ver também FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 418.

‘ativos’ (*asset-based*),⁶⁰⁷ distinta daquela fundamentada em empresa, menos frequentemente adotada nos BITs.⁶⁰⁸

No escopo desta definição, estabelece-se, ainda, uma lista de ativos que podem ser considerados como investimentos, incluindo não apenas os tangíveis, mas também intangíveis, móveis e imóveis, direitos de propriedades como hipotecas, penhor e outras espécies de garantias. Insere-se no rol de ativos, os investimentos de portfólio como ações, participação acionária, além de direitos de propriedade intelectual.

Desse modo, o conceito de investimentos inserido no artigo 1(6) do ECT apresenta caráter significativamente abrangente desde que sejam relacionados ao setor de energia,⁶⁰⁹ introduzindo uma lista não-exaustiva que considera todo tipo de ativo,⁶¹⁰ cuja propriedade⁶¹¹

⁶⁰⁷ “*The definition provided is an asset-based one, set out initially in general terms and then deepened by adding a comprehensive list of specific asset types*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 154.

⁶⁰⁸ Existem duas espécies de definição de investimentos “*asset-based*” e “*enterprise*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Mapping of IIA Content*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping#section-6>>. Acesso em 15 ago. 2019. A definição adotada pelo ECT se coaduna com aquela apresentada como exemplo no guia elaborado pela UNCTAD. “*Article 1 (6) “Investment” means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes: (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges*”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. Ressalta-se estudo realizado por Ely Caetano Xavier Junior quanto à definição de ‘investimentos’ no âmbito dos acordos internacionais de investimentos a partir de uma análise empírica: “Dentre as diversas abordagens possíveis para definir o que constitui um investimento, os acordos internacionais de investimentos parecem ter uma preferência pela definição baseada em ativos, que consiste na apresentação de um conjunto não exaustivo de direitos que podem ser considerados investimentos, normalmente antecedido por uma cláusula geral determinando que quaisquer ativos são considerados investimentos para fins do referido acordo. É evidente que a utilização de uma definição bastante ampla acaba por comprometer o objetivo de promoção da cooperação econômica, uma vez que mesmo os ativos financeiros meramente especulativos passam a merecer proteção no âmbito dos acordos de investimentos”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 40. Outra referência interessante é o artigo do mesmo autor sobre a definição de investimento estrangeiro nos acordos internacionais de investimentos, na Convenção de Washington e na arbitragem internacional. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

⁶⁰⁹ “*this broad definition is qualified with the limitation of any investment to one that is ‘associated with an economic activity in the energy sector’*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 154. Com relação à amplitude desta definição, Cees Verburg destaca decisões que consideraram, por exemplo, contratos de dívida poderiam ser qualificados como investimentos. Nesse sentido, o Cees Verburg citou o caso *Energoalliance v Moldova e Petrobart v Kyrgyz Republic*. VERBURG, Cees. Modernising the Energy Charter Treaty: An opportunity to enhance legal certainty in investor-state dispute settlement. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, issue 2-3, p. 425-454, 2019, p. 429.

⁶¹⁰ “*The ECT provides a broad, non-exhaustive, definition of an investment*”. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 26.

⁶¹¹ Os autores Dylan Geraets e Leonie Reins ressaltam que, no caso *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v. Russian Federation*, a Corte Permanente de Arbitragem decidiu que o simples direito de propriedade é suficiente para configurar ‘investimento’ nos termos do ECT, enfatizando que o caráter abrangente desta definição é reforçado

ou controle⁶¹² direto ou indireto possa ser atribuído ao investidor como investimento e não apenas aqueles investimentos listados nas alíneas do artigo 1(6).⁶¹³

O artigo 1(8) define o que consiste em “realização” de investimentos (“*make investments*” or “*making of investments*”)⁶¹⁴ que compreende tanto um ‘novo’ investimento, como a aquisição de um investimento já existente, no todo ou em parte ou, ainda, o redirecionamento do setor de atividade daquele investimento inicial. Trata-se de um conceito importante para qualificação como ‘investimento’ e consequente aplicabilidade dos princípios de proteção do artigo 10 do ECT.⁶¹⁵

Com relação ao artigo 1(8), Arghyrios Fatouros afirma que os Estados que fizeram parte das negociações do ECT evitaram recorrer às noções econômicas e jurídicas relacionadas ao termo “estabelecimento” (*establishment*) e “admissão” (*admission*).⁶¹⁶ Assim, a opção pela estrutura lexical relacionada ao termo ‘investimentos’ se caracteriza como determinante para diferenciar o tratamento e proteção concedidos na fase pré e pós-estabelecimento⁶¹⁷ feita pelo

por distintos doutrinadores internacionais. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 39.

⁶¹² “*In this context, it may be noted that the term ‘control’ by investors over investments is deemed to include both control in the financial sense (such as through shares in an enterprise) and the ability to exercise substantial influence over the management of the investment*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 155. “*The element of ‘control’ is further defined in Understanding Nr. 3. It covers both equity interests of the investor and the ability to exercise substantial influence over the company. The ECT Reader’s Guide further provides that ‘the definition extends to any investment ‘associated with’ an economic activity in the energy sector’ and that the ‘term ‘associated with’ implies that it includes not only the establishment of an energy company as such (e.g., a refinery), but also investments indirectly linked to economic activity in the energy sector (e.g., office space associated with a refinery)’*.” GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 26.

⁶¹³ Em contraposição, alguns acordos internacionais de investimentos incluem a definição baseada em ativos que contém uma lista não exaustiva com exemplos dos ativos que podem ser considerados investimentos. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Mapping of IIA Content*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping#section-6>>. Acesso em 19 ago. 2019.

⁶¹⁴ “*‘Make Investments’ or ‘Making of Investments’ means establishing new Investments, acquiring all or part of existing Investments or moving into different fields of Investment activity*”. ENERGY CHARTER TREATY. Article 1. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁶¹⁵ GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 40.

⁶¹⁶ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 414.

⁶¹⁷ Com relação à fase pré-estabelecimento, Arghyrios Fatouros conclui que “*admission is currently emerging as the most controversial of the outstanding issues in the international law of foreign direct investment While there is a clear trend in national legislation in favour of liberalizing conditions for admission of investments, numerous exceptions and barriers still remain, even in many developed countries, especially with respect to investment in natural resources. The same is true at the international level: most of the bilateral investment treaties accept that admission is effected on the basis of existing host country laws and regulations*”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of

ECT.⁶¹⁸ Isto porque, apresentou-se inicialmente uma proposta para que o padrão de tratamento nacional e nação mais favorecida fossem aplicáveis também na fase pré-estabelecimento. Entretanto, não houve consenso dos Estados nas negociações e exclui-se essa possibilidade do texto final do tratado.⁶¹⁹

Com isso, o artigo 10(2) determina que o Estado-Parte deverá empenhar melhores esforços em conceder os padrões de tratamento nacional e nação mais favorecida na fase pré-estabelecimento. A linguagem adotada neste dispositivo se caracteriza como recomendação, sem caráter vinculante, sendo considerada pela doutrina internacional como um dispositivo de *soft law*.⁶²⁰

International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 419. Em relação às fases pré-estabelecimento e pós-estabelecimento, Ely Caetano Xavier Junior apresenta análise a respeito da distinção entre os acordos que conferem proteção “já na fase pré-estabelecimento daqueles que contém proteção apenas na fase pós-estabelecimento” e ressalta que, “os acordos que contém dispositivos garantindo a proteção pré-estabelecimento, embora menos frequentes, reduzem significativamente a possibilidade de o Estado receptor rejeitar os investimentos que considere inadequados ou impor condições mais ou menos gravosas ao acesso do capital estrangeiro. Isso porque a proteção na fase pré-estabelecimento, quando existente, aparece associada aos padrões de tratamento nacional e da nação mais favorecida”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 43-44. “*The main compromise enabling signature was to soften up the legal value of the ‘pre-investment’ issues (conditions for access for foreign investors) and to postpone negotiations for a supposedly fully legally binding text of these and several other sensitive issues to a supplementary treaty and additional protocols*”. WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. p. 251-320, 1996, p. 254.

⁶¹⁸ “*In terms of its structure, the ECT assumes the existence of two distinct stages in the investment process: the ‘pre-investment’ stage, involving the making of investments and setting of access conditions and the ‘post-investment’ stage, concerning investments already in place and obligations relating thereto. It is the latter stage that is subject to a legal regime of ‘hard law’ obligations, similar to those common to BITs and enforceable by international arbitration*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 157.

⁶¹⁹ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 419. Segundo Cees Verburg “*the negotiating history of Article 10 ECT, which contains the vast majority of the standards of treatment, reveals that these standards were barely discussed. Rather, nearly all debate concerning Article 10 focused on the inclusion of pre-establishment rights*”. VERBURG, Cees. Modernising the Energy Charter Treaty: An opportunity to enhance legal certainty in investor-state dispute settlement. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, issue 2-3, p. 425-454, 2019, p. 439.

⁶²⁰ “*the language finally adopted was ‘soft’. Contracting parties are bound merely to ‘endeavour’ to grant nondiscriminatory treatment in the making of investments. Such soft obligations are not totally devoid of legal effect, however*”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 421. Diego Mejia-Lemos também ressalta o caráter de “soft law” na fase pré-estabelecimento: “*Article 10(5) obligations are often regarded as providing for a ‘soft’ regime, applicable to the ‘pre-investment’ phase, as opposed to the ‘hard’ regime governing the ‘post-investment’ phase*”. MEJIA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 198. No mesmo sentido, “*The pre-investment phase comprises general ‘soft-law’ obligations, imposing a duty of ‘best efforts’*”. SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 342.

3.1.3 O ‘investidor’ no Tratado da Carta de Energia

O conceito de Investidor se demonstra essencial sob seu aspecto material e jurisdicional já que apenas este poderá iniciar um procedimento de arbitragem internacional de investimentos em face de um Estado-Parte.⁶²¹ No âmbito do ECT, o artigo 1(7) dispõe que o Investidor pode ser a (i) pessoa natural que possua (a) nacionalidade; (b) cidadania,⁶²² ou (c) residência permanente em um Estado-parte nos termos da sua legislação local,⁶²³ ou de um terceiro Estado⁶²⁴ assim como, (ii) a pessoa jurídica constituída de acordo com a lei do Estado-parte⁶²⁵ ou de um terceiro Estado.⁶²⁶

Ressalta-se, todavia, que o artigo 17 do ECT reserva ao Estado-parte o direito de negar a aplicação padrões de tratamento de proteção às pessoas jurídicas, cuja propriedade é detida por cidadãos ou nacionais de um terceiro Estado caso não esteja comprovado o exercício de

⁶²¹ “The notion of ‘Investor’ is essential for both substantive and procedural protections granted by the ECT. Only Investors within the meaning of the ECT may claim protection of their Investments in accordance with Part III of the ECT, and only these Investors have access to the remedies offered by the ECT in case of breaches by Contracting Parties of their obligations to protect these Investments of Investors”. BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 15.

⁶²² Ressalta-se na decisão *CEM Cenzig Uzan v. Turquia* que os conceitos de nacionalidade e cidadania no âmbito do ECT possui sentido idêntico e podem ser considerado como único requisito. “Turning to the wording of Article 1(7)(a)(i), there are three ways in which a natural person may qualify as an Investor: (1) having the nationality of, or (2) having the citizenship of, or (3) permanently residing in a Contracting Party to the ECT in accordance with its applicable law. The first two requirements have an identical meaning and can be considered as one”. STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *CEM Cenzig Uzan v. The Republic of Turkey*. SCC Arbitration Case n. 2014/023, Award on Respondent’s Bifurcated Preliminary Objection, 20 abr. 2016, § 139.

⁶²³ “The Contracting Parties to the ECT address the issues of nationality, citizenship and permanent residence in different ways. The inclusion of “permanently residing” appears to have been intended to give protection to investors who may not meet the often strict requirements for nationality and citizenship, as defined by a particular Contracting Party”. STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *CEM Cenzig Uzan v. The Republic of Turkey*. SCC Arbitration Case n. 2014/023, Award on Respondent’s Bifurcated Preliminary Objection, 20 abr. 2016, § 140.

⁶²⁴ “In *Libananco Holdings Co Ltd v. Republic of Turkey* the tribunal confirmed that the term ‘third state’ should be interpreted as a ‘state that is not a Contracting Party’”. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 39.

⁶²⁵ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Segundo Dylan Geraets e Leonie Reins, no âmbito da decisão sobre Jurisdição na arbitragem *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v. Russian Federation* na Corte Permanente de arbitragem, a opinião de James Crawford afirma que o ECT não impõe outros requisitos como sede social, controle, local das atividades, para estabelecer a definição de investidor. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 28.

⁶²⁶ “The wording of Article 1(7)(a)(i) appears to be broad in scope. Without having to examine the preparatory works of the ECT, it is clear that its “object and purpose” was to create a wide expanding energy framework for the ease and encouragement of international energy investments”. STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *CEM Cenzig Uzan v. The Republic of Turkey*. SCC Arbitration Case n. 2014/023, Award on Respondent’s Bifurcated Preliminary Objection, 20 abr. 2016, § 140.

atividades empresariais substanciais no território daquele Estado-parte.⁶²⁷ Segundo o artigo 17, o Estado-parte pode, ainda, negar a aplicação dos padrões de tratamento ao Investidor, cuja nacionalidade seja de um Estado com o qual não possua relações diplomáticas ou tenha proibido transações com investidores daquele Estado.⁶²⁸

O conjunto de medidas protetivas ao Investidor e aos investimentos estrangeiros amparados pelo ECT se concentra na Parte III intitulada “proteção e promoção ao investimento”. Nesse escopo, destaca-se principalmente o artigo 10, por meio do qual se assegura o padrão de tratamento justo e equitativo,⁶²⁹ além de outros princípios como o tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida.

É possível afirmar que o sistema de proteção do investimento estrangeiro estabelecido na Parte III do ECT pode ser visto como um conjunto de normas do Direito Internacional para assegurar a proteção dos interesses dos investidores.⁶³⁰ A relevância de tais regras encontra respaldo no momento em que as decisões estatais relativas aos investidores estrangeiros e seus investimentos podem ser potencialmente adotadas de maneira arbitrária e imprevisível. Nesse cenário, os investimentos no setor energético são mais vulneráveis, posto que tendem a se prolongar ao longo dos anos.⁶³¹

3.1.4 O padrão de tratamento justo e equitativo

O padrão de tratamento justo e equitativo vem se reforçando como um dos mais importantes no Direito Internacional dos Investimentos e se tornou um dos mecanismos de

⁶²⁷ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 155.

⁶²⁸ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 155.

⁶²⁹ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 422.

⁶³⁰ Peter Cameron ressalta que o conteúdo normativo previsto na Parte III “*was largely based on the BITs that had been concluded by Member States of the EU*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 156. Nesse sentido, “*To some extent the Treaty’s investment provisions represent what Western BIT negotiators have achieved in BIT negotiations, and in many cases what they would have liked but did not previously succeed in achieving*”. WÄLDE, Thomas. *International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty*. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, p. p. 251-320, 1996, p. 260.

⁶³¹ “*Decisions concerning foreign investments were often taken on an ad hoc basis and the possibility of unpredictable action, of arbitrary measures or of radical policy reversals could not be excluded. On the other hand, energy investments, in exploration, production or even transportation, tend to involve very high amounts of capital and to operate in the long term. Investors’ fears are therefore more acute and so is their corresponding need for reassurance as to security and stability*”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 425.

proteção mais invocados no âmbito da arbitragem internacional de investimentos.⁶³² Assim, a contribuição de Ely Caetano Xavier Junior ressalta que, “no atual panorama do Direito Internacional dos Investimentos, a imensa maioria dos acordos internacionais de investimentos contém uma cláusula do padrão de tratamento justo e equitativo”.⁶³³

Nesse sentido, a partir do projeto de mapeamento capitaneado pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, no original, denominada *United Nations Conference On Trade and Development* (UNCTAD), a sua *database* informa que o padrão de tratamento justo e equitativo se encontra inserido em, ao menos, 2.440 dos 2.571 BITs.⁶³⁴

Embora não se trate de um conceito recente,⁶³⁵ Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer esclarecem que, a partir dos anos 2000, os tribunais arbitrais passaram a atribuir-lhe feições de conteúdo material, tornando-o sujeito a interpretações diversas na arbitragem internacional de investimentos, o que notabiliza sua relevância de ordem prática.⁶³⁶

Nesse particular, alguns aspectos do padrão de tratamento justo e equitativo se tornam relevantes, quais sejam “(a) a indeterminação de seu conceito, (b) a interpretação extensiva aplicada por alguns tribunais arbitrais, e (c) o grande potencial de interferência nas decisões

⁶³² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2nd ed., 2012, p. 62.

⁶³³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1^a ed., 2016, p. 131.

⁶³⁴ No âmbito dos padrões de tratamento (*standards of treatment*) dispostos na barra lateral esquerda no site de mapeamento da UNCTAD, foram selecionados os seguintes itens: *FET unqualified* e *FET qualified*. Os dados foram obtidos em setembro de 2019 e o número de acordos internacionais de investimentos mapeados pode ter sido alterado ao longo do tempo. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Mapping of IIA Content*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-a-mapping#section-38>>. Acesso em: 03 set. 2019.

⁶³⁵ “O padrão de tratamento justo e equitativo não é uma criação recente, ainda que - com essa denominação - tenha se tornado característica do Direito Internacional dos Investimentos. Em 1926, a *General Claims Commission* entre México e Estados Unidos analisou a denegação de justiça no tratamento de estrangeiros. O laudo arbitral no caso *Neer v. México* fazia referência a elementos que estão presentes no conceito de tratamento justo e equitativo”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1^a ed., 2016, p. 130. “*The fair and equitable treatment standard became a consistent feature of investment treaty practice after it appeared in the Havana Charter of 1948*”. VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. New York: *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 44. “*The notion of legitimate expectations was unknown to international investment law in the form in which it has come to be used in recent times*”. SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015

⁶³⁶ “*The concept of FET is not new and has appeared in international documents for some time. (...) The origin of the clause seems to date back to the treaty practice of the United States in the period of treaties on friendship, commerce, and navigation (FCN)*”. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 130. “*Until NAFTA, despite the fact that the phrase has been used in a large number of treaties, it had not been analysed by any tribunal because it was not made the basis of any claim*”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 349.

administrativas do Estado hospedeiro”.⁶³⁷ É preciso destacar que existem variações quanto ao conteúdo substantivo do padrão de tratamento justo e equitativo, observando-se com cautela qualquer tentativa de padronização desta cláusula.⁶³⁸ A “multiplicidade de metodologias interpretativas”⁶³⁹ se denota pelas características peculiares inerentes à redação dos próprios acordos de investimentos.

No âmbito dos BITs, segundo Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer, o tratamento justo e equitativo possui a finalidade de suprir lacunas deixadas por outros padrões específicos com objetivo de assegurar o nível de proteção ao investidor.⁶⁴⁰ Trata-se de um padrão autônomo,⁶⁴¹ em que “justo” e “equitativo” formam um conceito único,⁶⁴² concebido como uma regra de Direito Internacional com delimitação independente da legislação estatal, sendo frequentemente destacada a sua autonomia na jurisprudência arbitral.⁶⁴³

É importante enfatizar que a violação do padrão tratamento justo e equitativo pode ocorrer mesmo quando o tratamento concedido ao investidor se caracteriza como equivalente àquele concedido aos investidores nacionais do Estado-parte ou aos investidores de um Estado

⁶³⁷ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 132.

⁶³⁸ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 132.

⁶³⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 142.

⁶⁴⁰ Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer recapitulam que a cláusula de padrão justo e equitativo se caracteriza como resquício da tradição jurídica de *civil law* em que a cláusula geral de boa-fé complementa diversas outras cláusulas específicas. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 132.

⁶⁴¹ “It is an autonomous standard which absorbs arbitrary conduct injurious to the foreign investor”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3ª ed., 2010, p. 349.

⁶⁴² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2ª ed., 2012, p. 63; DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 133. No caso *Antin Infrastructure S.à.r.l. v. Espanha*, o tribunal arbitral recorre às definições de “justo” e “equitativo” nos dicionários da língua inglesa e espanhola para alicerçar na interpretação do artigo 10(1) do ECT: “According to the Oxford English Dictionary “fair” means “just, unbiased, equitable, impartial, legitimate.” In turn, “equitable” is defined as “characterised by equity or fairness”, where “equity” means “fairness; impartiality; even-handed dealing.” In Spanish, another official language of the ECT and the language of the Respondent, the dictionary of the Spanish language of the Real Academia Española defines “fair” as “in accordance with justice and reason” and “equitable” as “having equity”, i.e., “equality of disposition”, and, more specifically, “disposition that moves to give each one what he deserves.” These terms, however, cannot be interpreted in separation from the treaty’s context, object and purpose”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §518.

⁶⁴³ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 133.

terceiro, descaracterizando a aplicabilidade da cláusula da nação mais favorecida.⁶⁴⁴ No caso do tratamento concedido pela Espanha aos investidores em energia renovável, não houve distinção entre nacionais e estrangeiros quanto às alterações legislativas que impactaram a remuneração das plantas de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis. Nesse contexto, todos os investidores, indistintamente da nacionalidade, foram afetados.

Na sua perspectiva mais expansiva, em que se faz diferenciação do tratamento justo e equitativo do padrão internacional mínimo, Sornarajah esclarece que qualquer medida discriminatória adotada pelo Estado receptor dos investimentos pode ser considerada como ofensiva ao tratamento justo e equitativo.⁶⁴⁵

Desse modo, trata-se de um padrão de tratamento que vem sendo invocado em circunstâncias em que se evidencia insuficiente transparência quanto às leis ou intenções por parte do Estado e, especialmente, quando a expectativa legítima do investidor se caracteriza como violada.⁶⁴⁶ A relevância deste princípio se corporifica nos casos relacionados à proteção de investimentos em energia renovável sob amparo do artigo 10 do ECT.

Como o principal aspecto relacionado ao tratamento justo e equitativo se constata na inexistência do seu conceito jurídico,⁶⁴⁷ a sua amplitude conceitual realça, assim, a relevância da interpretação inserida no âmbito da jurisprudência arbitral, que pode ser desigual em muitos

⁶⁴⁴ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 133.

⁶⁴⁵ E, ainda, Sornarajah faz referência à interpretação adotada pelo tribunal arbitral na decisão *International Thunderbird Gaming Corp. v. México*, em que o conceito de expectativa legítima no âmbito do NAFTA como uma situação em que a conduta do Estado-Parte cria expectativas razoáveis (*reasonable*) e justificáveis (*justifiable*) por parte de um investidor a confiar na referida conduta. Ao não honrar com a expectativa do investidor, o Estado-Parte pode causar-lhe danos. SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 257. Ver também INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States. Ad hoc Tribunal, Final Award*, 26 Jan. 2006 Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2020. §147.

⁶⁴⁶ “There are two general views. The first is that the fair and equitable standard does not add anything more to the international minimum standard but merely affirms it. The second is that the fair and equitable standard expands the scope of the international minimum standard by allowing future tribunals to create new standards when the situation demands”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 349.

⁶⁴⁷ “The frequency with which fair and equitable treatment is applied, and its importance in investment treaty arbitration, contrast, however, with a lack of clarity concerning its normative content”. SCHILL, Stephan W. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law. In: SCHILL, Stephan W. *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 151-182, 2010, p. 151.

aspectos.⁶⁴⁸ Com isso, o sentido de justo e equitativo se tornou objeto de análise acadêmica e da interpretação de diversos tribunais.⁶⁴⁹

Por se tratar de um conceito ainda vago e impreciso,⁶⁵⁰ Sornarajah afirma que as arbitragens se modificaram para exigir a responsabilidade do Estado com fundamento na violação deste padrão de tratamento, até então pouco utilizado como argumento pelos investidores estrangeiros na arbitragem internacional de investimentos.⁶⁵¹ O padrão de tratamento justo e equitativo se tornou um caminho alternativo em casos que a expropriação não se materializa.⁶⁵² Com isso, é possível verificar certa tendência de transferência do “ônus interpretativo desse padrão de tratamento para os tribunais arbitrais”.⁶⁵³

No âmbito do ECT, o artigo 10 intitulado “Promoção, Proteção e Tratamento dos Investimentos” (*Promotion, Protection and Treatment of Investments*) estabelece em seu primeiro parágrafo⁶⁵⁴ que os Estados-partes devem garantir a todos investidores, a qualquer

⁶⁴⁸ “Although fair and equitable treatment undoubtedly constitutes a legal standard, not an empowerment of tribunals to render decisions *ex aequo et bono*, arbitral tribunals often do not display a conceptually clear vision of what limitations fair and equitable treatment entails for state measures affecting foreign investors”. SCHILL, Stephan W. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law. In: SCHILL, Stephan W. *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 151-182, 2010, p. 151-152.

⁶⁴⁹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2nd ed., 2012, p. 63.

⁶⁵⁰ Sornarajah analisa o padrão de tratamento justo e equitativo em dois momentos: (a) como padrão de tratamento no âmbito dos BITS; (b) como objeto de análise na arbitragem internacional de investimentos. Sornarajah esclarece que, inicialmente, o tratamento justo e equitativo se submetia a uma interpretação mais ampla que o diferenciava do padrão mínimo internacional (*international minimum standard*) e esclarece que, após a jurisprudência fundamentada nas disposições do NAFTA, a Comissão deste acordo internacional emitiu uma nota informativa (*Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions*) estabelecendo que o padrão do tratamento justo e equitativo não vai além do que estabelece o padrão mínimo internacional. Em um segundo momento, Sornarajah esclarece que muitos tratados de investimentos estabelecem que o tratamento justo e equitativo é concedido aos investidores e seus investimentos além do padrão mínimo internacional. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 204; 349-352.

⁶⁵¹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 349. Segundo Ely Caetano Xavier Junior, “o padrão de tratamento justo e equitativo acabou por se converter em uma espécie de camaleão polivalente do Direito Internacional dos Investimentos”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1^a ed., 2016, p. 143.

⁶⁵² SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 274.

⁶⁵³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1^a ed., 2016, p. 143.

⁶⁵⁴ Article 10(1): “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter*

tempo, proteção total por meio do padrão de tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*).

No texto do artigo 10(1), determina-se, ainda, que os Estados-partes devem “encorajar e criar condições estáveis, equitativas, favoráveis e transparentes aos investidores de outro Estado-parte”⁶⁵⁵ e, com isso, estabelece o padrão de tratamento que deve ser concedido ao Investidor, assim como ao investimento realizado sob amparo das definições do ECT.

É preciso destacar o caráter abrangente do artigo 10(1),⁶⁵⁶ mas ainda assim obrigatório,⁶⁵⁷ que se caracteriza como um dispositivo complexo, o qual combina obrigações referentes às condições para “realização” de investimentos (*to make investments*), além de consistir em efetivo padrão de tratamento.⁶⁵⁸

De maneira geral, na arbitragem internacional de investimentos, o padrão de tratamento justo e equitativo vem sendo desenvolvido com base em noções de boa-fé, transparência e expectativas de consistência.⁶⁵⁹ No que toca a interpretação do padrão de tratamento justo e equitativo e o poder de regular, Kenneth Vandeveldé destaca posicionamentos destoantes quanto à relação entre este último e a proteção do investidor. O autor consolida que na

Treaty. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁶⁵⁵ *Article 10(1)*. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Ver também CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 157.

⁶⁵⁶ “*El artículo 10 del TCE impone la obligación de trato justo y equitativo a los inversores sin ninguna referencia ni aclaración adicional, por lo que estamos ante una obligación muy genérica que se presta, como en la mayoría de los APPRI, a una intensa invocación por los inversores extranjeros ante cualquier circunstancia que pueda perjudicar sus inversiones y que no pueda ser debatida con otras reglas jurídicas del DI de Inversiones*”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 6.

⁶⁵⁷ “*The modal verb ‘shall’ expresses an instruction, command or obligation and therefore, compliance with the ECT requires that each Contracting State shall not only encourage but also create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §525.

⁶⁵⁸ MEJÍA-LEMONS, Diego. Promotion, Protection and treatment of investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Ltd., p. 150-204, 2018, p. 177.

⁶⁵⁹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 356. Kenneth Vandeveldé cita, por exemplo, o caso *Genin v. Estonia* em que o tribunal arbitral entendeu que a decisão do governo da Estônia em revogar a licença bancária de um investidor norte-americano, retirando-o do negócio bancário se caracterizava como decisão regulatória razoável em virtude da preocupação legítima daquele governo com relação à saúde financeira e à gestão daquela instituição. Nessa decisão arbitral, sugere-se que seria necessário caracterizar má-fé para se configurar violação ao padrão de tratamento justo e equitativo. VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. New York: *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 44.

interpretação jurisprudencial a discricionariedade do Estado em alterar sua legislação deve coexistir com a segurança jurídica do investidor. No momento em que o Estado receptor do investimento se compromete a agir de certa maneira ou assegura ao investidor a estabilidade do marco regulatório e, outrossim, modifica o seu posicionamento contravindo com o compromisso previamente assumido, é possível que se caracterize como uma situação de potencial violação do padrão de tratamento justo e equitativo.⁶⁶⁰

É bem verdade que não se trata de considerar o padrão de tratamento justo e equitativo como um “artifício de congelamento do ordenamento jurídico do Estado hospedeiro”,⁶⁶¹ mas sim de analisar o exercício do poder de regular alinhado à segurança jurídica e garantia de estabilidade. Nos laudos arbitrais que versam sobre potencial violação do padrão de tratamento justo e equitativo ao investimento realizado em diferentes setores, a contribuição de Ely Caetano Xavier Junior identifica alguns eventos similares que ensejaram a possível violação do princípio, que são “(a) alterações legislativas, (b) atuação das autoridades administrativas, (c) condução de procedimentos judiciais e administrativos e (d) utilização de motivação exclusivamente política”.⁶⁶²

Na primeira hipótese, verifica-se que a “revogação de pacote de incentivos fiscais e regulatórios para determinada região antes do prazo anunciado”, bem como a “falta de transparência na revogação do pacote de incentivos em função de negociação secreta”⁶⁶³ são elementos configuradores da violação do tratamento justo e equitativo.

Destaca-se, assim, a relevância da tutela da expectativa legítima dos investidores estrangeiros para aferir a violação ao padrão de tratamento justo e equitativo, especialmente examinada nos laudos arbitrais.⁶⁶⁴ Pode-se afirmar que tal elemento se tornou “central do padrão de tratamento justo e equitativo”.⁶⁶⁵

O desenvolvimento da jurisprudência arbitral demonstra que é possível atribuir responsabilidade ao Estado por violação do padrão de tratamento justo e equitativo em

⁶⁶⁰ “Some tribunals have said that such promises or assurances must have been made at the time the investor decided to invest”. VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. New York: *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 66.

⁶⁶¹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 150.

⁶⁶² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 172.

⁶⁶³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 172.

⁶⁶⁴ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 354.

⁶⁶⁵ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 144.

circunstâncias que criaram uma expectativa legítima do investidor não apenas por meio de instrumentos contratuais, mas também por meio de mecanismos não-contratuais. Sornarajah destaca que as próprias leis ou comunicações verbalizadas pelos funcionários de alto escalão do Estado podem criar uma expectativa legítima dos investidores estrangeiros.⁶⁶⁶

Em que pese a inexistência de critérios objetivos para determinar o que seria a violação da expectativa legítima,⁶⁶⁷ a consistência vem sendo utilizada como parâmetro para aferir a conduta do Estado além da previsibilidade e da estabilidade da regulação. Sob a ótica da consistência, Kenneth Vandeveldé destaca que a violação da expectativa legítima do investidor se fundamenta no comprometimento do Estado com relação ao investimento realizado. Tal compromisso se demonstra a partir da prolongação da estabilidade da regulação estatal ou mesmo sua continuidade a longo-prazo. Caso os investidores tenham se baseado neste compromisso para realizar o investimento, mesmo que não exista um contrato formal, existira uma expectativa legítima configurada.⁶⁶⁸

No âmbito do ECT, uma onda de casos envolvendo investimentos em energia renovável especialmente contra Estados-Membros da União Europeia⁶⁶⁹ criou uma jurisprudência arbitral que merece destaque.⁶⁷⁰ A principal alegação dos investidores circunscreve a violação do artigo 10(1) do ECT, além da violação ao artigo 13 que determina as regras para expropriação.

⁶⁶⁶ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 354. “The tribunal [*Biwatter Gauff v. Tanzania*] held that these ministerial statements [adverse comments as to the operation of the investor] provided the context for the decline of the relationship between the investor and the government, and held that there was a violation of the fair and equitable standard”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 356.

⁶⁶⁷ “Constata-se, de maneira geral, a ausência de critérios bem definidos para caracterizar (a) quais expectativas do investidor estrangeiro são legítimas, (b) quais condutas do Estado hospedeiro violam as expectativas do investidor e (c) quando uma violação da expectativa legítima se converte em uma violação do padrão de tratamento justo e equitativo”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1^a ed., 2016, p. 151.

⁶⁶⁸ “Tribunals accept that sovereign states are entitled to change their policies over time. Thus, they find a violation for inconsistent behavior over time principally where the host state has made a commitment to the covered investment or investor not to change its policy or has given assurances with respect to the continuity of its policies on which it has induced the investment or investor reasonably to rely, even if no formal contract exists”. VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. New York: *International Law and Politics*, v. 43, p. 43-106, 2010, p. 68.

⁶⁶⁹ Os casos submetidos no âmbito dos tribunais arbitrais de investimentos *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), *Permanent Court of Arbitration* (PCA) e *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) se concentram contra as alterações regulatórias realizadas pela Espanha, Itália e Chéquia no setor energético.

⁶⁷⁰ Dos 68 casos de arbitragem envolvendo investimentos em energia renovável, apenas 3 casos não fazem referência à violação no ECT, mas se referem apenas a um BIT específico: *Jürgen Wirtgen v. Czechia*, *Costruzioni S.r.l. and others v. Republic of Albania*, *KLS Energy Lanka Sdn. Bhd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*.

Desse modo, verifica-se que a violação do padrão de tratamento justo e equitativo ganhou notoriedade como fundamento jurídico para as arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável. O conjunto de laudos arbitrais que invocam as regras do ECT⁶⁷¹ poderá contribuir para a formação de uma jurisprudência relevante para a consolidação do padrão de tratamento justo e equitativo no Direito Internacional dos Investimentos.

Com a multiplicidade de procedimentos arbitrais, é possível que muitos Estados levem em consideração a repercussão destas decisões antes de efetivar a alteração substancial do seu marco regulatório. E, ainda, poderá reorientar investidores a avaliaram com mais rigidez o marco regulatório por meio de procedimentos de *due diligence* no momento da realização do seu investimento.⁶⁷²

3.1.5 A expropriação no Tratado da Carta de Energia

Como importante elemento para o sistema de proteção internacional dos investimentos estrangeiros,⁶⁷³ a alegação de expropriação também ganhou destaque nas arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável, combinada à pretensa violação do padrão de tratamento justo e equitativo.

Nesse sentido, Marilda Rosado de Sá Ribeiro se debruça sobre o tema e destaca, preliminarmente, que se “desenvolveu três vertentes sobre a matéria da expropriação: a primeira, sobre os interesses a serem protegidos; a segunda abrangendo a definição de expropriação; e a terceira as condições sob as quais um Estado pode expropriar a propriedade estrangeira”.⁶⁷⁴ A concepção de expropriação evoluiu, ao longo dos anos, passando por

⁶⁷¹ Diego Mejía-Lemos analisou os laudos de procedimentos arbitrais listados pelo Secretariado do ECT no sítio eletrônico disponível em: <<https://energycharter.org/what-we-do/dispute-settlement/all-investment-dispute-settlement-cases/>> que contava com 119 casos, alguns concluídos, outros pendentes, conforme consulta realizada em 01 de setembro de 2018. MEJÍA-LEMOS, Diego. Promotion, Protection and treatment of investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Ltd., p. 150-204, 2018, p. 153.

⁶⁷² A opinião de Jeswald Salacuse já se orientava no sentido em que uma avaliação da estabilidade do marco regulatório nacional é uma etapa importante para alcançar a decisão de realizar um investimento em determinado Estado. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160.

⁶⁷³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 52. José Augusto Fontoura Costa ressalta que “as expropriações de investimentos estrangeiros estão, tradicionalmente, no centro das discussões sobre sua proteção”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 149.

⁶⁷⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 141.

transformações e inclusão de outras ações estatais que podem ser consideradas como expropriatórias.

É preciso reconhecer que os casos de expropriação direta, com transferência da propriedade,⁶⁷⁵ como aqueles que incluíram “(i) expropriação comunista e mexicana, nos anos 20; (ii) socialização da propriedade privada no leste europeu no pós-guerra; e (iii) expropriações que se seguiram à descolonização e a disputas por petróleo nos anos 70 e 80”⁶⁷⁶ são cada vez escassos. A prática dos Estados se tornou mais abrangente com objetivo de se eximir da obrigatoriedade de compensação nos termos da fórmula *Hull*.⁶⁷⁷ Com isso, no que se refere às formas de expropriação, “observou-se uma ampliação do conceito de expropriação para circunscrever novas práticas dos Estados hospedeiros que de alguma forma influenciavam negativamente a propriedade estrangeira”.⁶⁷⁸

A noção de expropriação indireta apresenta um desafio quanto aos elementos identificadores, podendo ser compreendida como a adoção de medidas estatais que podem, de alguma forma, depreciar o ativo até o momento que o investidor passa a ser privado dos benefícios do seu investimento ou a perda da gestão, uso, controle sobre seu investimento, mesmo que não se configure a perda da propriedade.⁶⁷⁹

August Reinisch destaca que, diferentemente da expropriação direta - que envolve um movimento do Estado para usurpar o investidor da sua propriedade -, a expropriação indireta

⁶⁷⁵ KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. Leiden: *Journal World Investment & Trade*, vol. 8, issue 5, p. 717-744, 2007, p. 717.

⁶⁷⁶ “com exceção do Irã (1979) e dos recentes movimentos de desapropriação no setor energética da América Latina (Bolívia, Venezuela e Argentina)”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 142.

⁶⁷⁷ A fórmula Hull é conhecida pela posição expressada pelo então Secretário de Estado norte-americano *Cordell Hull* em correspondência com o México sobre nacionalização de terras e holdings de petróleo nos anos 1930. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 426. Andreas Lowenfeld faz breve histórico sobre a regra de Hull (*Hull rule*) ressaltando que “*In the mid-1960s the Supreme Court’s characterization of the law of international investment was essentially accurate. However much writers and a few arbitral and judicial decisions in the United States and Europe proclaimed their adherence to the so-called ‘Hull rule’, calling for prompt, adequate, and effective compensation in case of expropriation of alien-owned properties, large sections of the world regarded the Hull rule and its analogues as law made in other times by and for the imperialist powers*”. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 467; 475-481

⁶⁷⁸ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 128.

⁶⁷⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; COSTA, José Augusto Fontoura. Expropriation in Brazil’s Cooperation and Facilitation Investment Agreements: A Failed Attempt to Think Outside the Box. In: SACHS, Lisa E. Sachs; JOHNSON, Lise. *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015–2016*. Oxford: Oxford University Press, p. 444-465, 2017, p. 457.

resulta da efetiva perda da gestão, uso ou controle da propriedade, caracterizando a depreciação significativa do valor dos ativos do investidor estrangeiro.⁶⁸⁰ O autor ressalta, ainda, que a maior parte dos acordos internacionais de investimentos não soluciona a expropriação indireta e, em geral, não define o que é expropriação indireta.⁶⁸¹

Nas tentativas de definir e esclarecer o que é expropriação indireta, o termo aparece muitas vezes intercambiado com expropriação disfarçada, construtiva, regulatória, consequencial ou paulatina.⁶⁸² Em todo caso, a ausência de uma referência expressa à expropriação indireta não limita o escopo do tratado e, ao fazer referência apenas ao termo ‘expropriação’ no intuito de excluir a ‘expropriação indireta’ acaba por se tornar uma cláusula mais aberta, aumentando a insegurança jurídica com relação a esta disposição.⁶⁸³

Cabe destacar, ainda, a noção de expropriação regulatória, “que parece haver sido definida, pela prática arbitral, como aquela forma de expropriação indireta decorrente dos

⁶⁸⁰ REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 407-457, 2008, p. 422.

⁶⁸¹ Observa-se que alguns autores incluem apenas uma cláusula geral com as condições que a expropriação será considerada legal, sendo que outros uma referência à expropriação indireta declarando que quais são os requisitos para sua caracterização. REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 407-457, 2008, p. 422. Nesse sentido, Ely Caetano Xavier Junior e José Augusto Fontoura Costa também concluem que alguns tratados não tratam expressamente da expropriação indireta. Usualmente, os acordos contam apenas uma cláusula genérica sobre as condições em que a medida expropriatória pode ser considerada legal. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; COSTA, José Augusto Fontoura. Expropriation in Brazil’s Cooperation and Facilitation Investment Agreements: A Failed Attempt to Think Outside the Box. In: SACHS, Lisa E. Sachs; JOHNSON, Lise. *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015–2016*. Oxford: Oxford University Press, p. 444-465, 2017, p. 457.

⁶⁸² “there have been various attempts at clarifying and differentiating between different types of indirect expropriations, it appears that the term is frequently used interchangeably with expressions such as *de facto*, *disguised*, *constructive*, *regulatory*, *consequential*, or *creeping expropriation*”. REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 407-457, 2008, p. 422. “Na expropriação paulatina, por outro lado, o efeito equivalente à expropriação é alcançado por uma sucessão ou associação de medidas do Estado receptor que, embora inofensivas isoladamente, resultam conjuntamente na mesma privação do exercício dos atributos do direito de propriedade pelo investidor”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 52. Nos acordos assinados pelo Brasil, Ely Caetano Xavier Junior e José Augusto Fontoura Costa destacam a ausência de uma definição apropriada de expropriação, já que uma definição de ‘expropriação indireta’ não foi expressamente incluída pelos negociadores, demonstrando uma intenção implícita do governo brasileiro em manter a cláusulas sobre expropriação circunscrita à ‘expropriação direta’. De toda forma, os autores ressaltam que a referência apenas à ‘expropriação’ pode compreender a direta e indireta. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; COSTA, José Augusto Fontoura. Expropriation in Brazil’s Cooperation and Facilitation Investment Agreements: A Failed Attempt to Think Outside the Box. In: SACHS, Lisa E. Sachs; JOHNSON, Lise. *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015–2016*. Oxford: Oxford University Press, p. 444-465, 2017, p. 456.

⁶⁸³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; COSTA, José Augusto Fontoura. Expropriation in Brazil’s Cooperation and Facilitation Investment Agreements: A Failed Attempt to Think Outside the Box. In: SACHS, Lisa E. Sachs; JOHNSON, Lise. *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015–2016*. Oxford: Oxford University Press, p. 444-465, 2017, p. 457.

efeitos substancialmente negativos do exercício do poder de regular do Estado receptor sobre o investimento estrangeiro”.⁶⁸⁴

Nesse particular, o debate sobre os limites da função do poder de regular do Estado ganha destaque especialmente quando se trata de medidas para proteção do mercado interno, do consumidor, redução dos impactos de crises econômicas, promoção de políticas públicas para o desenvolvimento e proteção do meio ambiente.⁶⁸⁵ Configura-se como desafiadora a prática de identificação do momento em que a atuação do Estado deixa de se caracterizar como legítima atividade regulatória e passa a ser uma expropriação.⁶⁸⁶

“Trata-se de medidas regulatórias permeadas de aparente legitimidade e editadas dentro dos parâmetros de competência instituídos pela lei, as quais, todavia, se revelam demonstrações de desmesurado poder estatal”.⁶⁸⁷ E, tais medidas, muitas vezes justificadas com base na finalidade pública, sem contar com a devida compensação, acabam por impactar os investidores de determinado setor de maneira a praticamente inviabilizar a atividade econômica investida.⁶⁸⁸

⁶⁸⁴ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 52. José Augusto Fontoura Costa ressalta a dificuldade em “especificar em termos quantitativos os limites da expropriação regulatória”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 151. No Direito Brasileiro, há que ressaltar a definição de “regulações expropriatórias” proposta por André Rodrigues Cyrino: “Trata-se de medidas regulatórias permeadas de aparente legitimidade e editadas dentro dos parâmetros de competência instituídos pela lei, as quais, todavia, se revelam demonstrações de desmesurado poder estatal”. CYRINO, André Rodrigues. *Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-107, 2018, p. 83. Nesse particular, Rafael Véras apresenta os efeitos expropriatórios da regulação que produz efeito expropriatório como “falha da regulação” representada pela inabilidade do governo em operacionalizar a regulação. FREITAS, Rafael Véras de. *Expropriações normativas*. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015, p. 123-144.

⁶⁸⁵ “the definition of the boundary between legitimate regulation expressing inherent limitation of property and the State's police powers on the one hand and excessive regulation equivalent to a full or partial expropriation on the other will be a major challenge for international economic lawyers”. WÄLDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and ‘regulatory taking’ in International law. Cambridge: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, p. 811-848, 2001, p. 813.

⁶⁸⁶ Para Ursula Kriebaum, uma das razões que justificam esse cenário se circunscreve ao fato de que as medidas adotadas pelo Estado não são adotadas em circunstâncias excepcionais como revoluções ou campanhas de nacionalização, mas formam parte de uma rotina regulatória estatal. KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. Leiden: *Journal World Investment & Trade*, vol. 8, issue 5, p. 717-744, 2007, p. 718.

⁶⁸⁷ CYRINO, André Rodrigues. *Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-107, 2018, p. 83.

⁶⁸⁸ Interessante exemplo que André Rodrigues Cyrino apresenta para ilustrar o problema no Direito Administrativo brasileiro “declarando-se preocupa com os efeitos do lançamento de gás carbônico na atmosfera, e no intuito de promover a proteção do meio ambiente (art. 225, CRFB), entidade reguladora do setor elétrico, por meio de ato normativo fundado em suas competências, determina a troca de todos os filtros de gases das usinas termoeletricas em funcionamento”. Como o custo de tal filtros são altos, o impacto da referida regulação seria a inviabilidade econômica da atividade termoeletrica. Nesse exemplo, “a energia a ser produzida será tão custosa, que tornará impossível a manutenção do próprio negócio, diante das circunstâncias do mercado”. É importante ressaltar que a

No setor energético, enquanto as controvérsias investidor-Estado que ocorreram no século XX se caracterizavam por alegações de expropriação direta, os casos atuais evoluem, especificamente, a alegação de expropriação indireta, por meio de medidas regulatórias e administrativas como, por exemplo, aquelas que envolvem a imposição de tarifas ou licenças.⁶⁸⁹

No âmbito do ECT, o artigo 13 adota a cláusula geral sobre expropriação e nacionalização⁶⁹⁰ que incorpora, em sua essencialidade, a fórmula *Hull* para determinação da compensação. Determina-se que “os investimentos de um investidor de um Estado-Parte no território de outro não devem ser nacionalizados, expropriados ou sujeitos à(s) medida(s) que produza(m) efeito(s) equivalente à nacionalização ou expropriação”.⁶⁹¹

O ECT prevê, ainda, exceções em que o Estado-parte poderá nacionalizar, expropriar ou adotar medidas com efeito similar desde que atenda às seguintes condições, cumulativamente: (i) interesse público; (ii) ato não discriminatório; (iii) respeito ao devido processo legal; e (iv) pagamento de compensação adequada, pronta e efetiva.⁶⁹² Este último

ilustração apresentada pelo autor apresenta similitudes com os fatos ocorridos pelas alterações no marco regulatório espanhol para remuneração da energia elétrica com uso de energia solar. CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, p. 81-107, 2018, p. 85.

⁶⁸⁹ BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 4.

⁶⁹⁰ “A nacionalização consiste, basicamente, em uma decisão discricionária e automática do Estado (ou outro ente de direito público) de transferência de propriedade ao seu domínio. Normalmente, tem inspiração em motivos políticos, econômicos ou sociais, e não se confunde com ato confiscatório, de caráter punitivo”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 143.

⁶⁹¹ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

⁶⁹² “Article 13: Expropriation (1) Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as “Expropriation”) except where such Expropriation is: (a) for a purpose which is in the public interest; (b) not discriminatory; (c) carried out under due process of law; and (d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation”.

ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

“Nesse contexto, ‘pronta’ significa que esta deve ser paga por ocasião da expropriação, sem atrasos indevidos. ‘Adequada’ se refere ao ressarcimento integral do valor dos ativos expropriados, considerado o valor de mercado do investimento no momento em que foi expropriado e incluindo direitos intelectuais e lucros presumidos. Por fim, ‘efetiva’ significa que esta deve ser realizada em moeda livremente conversível”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 66. “Fruto do já referido debate histórico entre tratamento nacional e tratamento mínimo internacional, a solução amplamente utilizada nos acordos internacionais de investimentos é o expresse reconhecimento da compensação ‘pronta, adequada e efetiva’, nos termos da denominada fórmula Hull, como elemento necessário para que a expropriação seja considerada lícita”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 55. Ver também RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto

fator é o mais controverso e importante, posto que a linguagem do ECT busca, de certo modo, especificar que a compensação deverá corresponder ao valor da propriedade calculado de maneira justa.⁶⁹³

A linguagem do artigo 13(1) determina expressamente que a compensação deve se coadunar com o valor de mercado no momento imediatamente anterior à expropriação ou antes que a expropriação seja conhecida para que não se afete o seu valor.⁶⁹⁴ Desse modo, o ECT se alinha com a posição tradicional dos países desenvolvidos exportadores de capital nos acordos de investimentos, os quais rejeitam a abordagem proposta por países em desenvolvimento para flexibilizar o padrão compensatório em casos de expropriação.⁶⁹⁵

Nos casos das arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável, existem dois posicionamentos identificados em tais decisões: (i) nos laudos arbitrais que determinam a violação do padrão de tratamento justo e equitativo, não foi analisada a alegação de violação artigo 13 do ECT, uma vez que o reconhecimento do dano já havia se configurado por violação do artigo 10(1); e (ii) em todos os casos em que o tribunal arbitral analisou a potencial violação do artigo 13, os elementos para configurar a expropriação não foram identificados.

Nesse contexto, um dos principais fundamentos utilizados pelos tribunais arbitrais para descaracterizar a violação ao artigo 13 se relaciona à manutenção da propriedade dos

dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, p. 141.

⁶⁹³ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 426. Ely Caetano Xavier Junior ressalta que, com relação à utilização do termo “compensação”, este “pode ser compreendido como (a) um elemento necessário do conceito de expropriação lícita no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos ou como (b) uma das modalidades – ao lado da restituição *in integrum* e da satisfação – de reparação do dano causado pela responsabilidade internacional do Estado por violações às normas de Direito Internacional, incluindo, por exemplo, os padrões de tratamento especificamente previstos em acordos internacionais de investimentos. Em uma ou em outra acepção, o sistema internacional de proteção dos investidores estrangeiros carece de parâmetros claros para a definição do padrão de compensação devido pela expropriação ou por outras violações aos padrões de tratamento previstos em acordos internacionais de investimentos. Ainda que determinados aspectos do cálculo da compensação devida ao investidor estrangeiro possam estar presentes em alguns dos acordos internacionais de investimentos, o delineamento dos parâmetros principais da compensação tem ficado, quase sempre, sob a responsabilidade dos tribunais arbitrais”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 56.

⁶⁹⁴ “Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the “Valuation Date”)”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Ver também CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 157.

⁶⁹⁵ FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 426.

investimentos pelos investidores estrangeiros. Para os tribunais arbitrais do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) e *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC) como não houve privação do direito de propriedade dos investidores, a expropriação não pode ser considerada.⁶⁹⁶

No entendimento dos tribunais, outro elemento da expropriação não foi caracterizado no que se refere à interferência por parte do Estado nos investimentos estrangeiros. Mesmo que os tribunais tivessem admitido uma perda substancial no valor do investimento estrangeiro realizado em instalações de geração de energia elétrica com uso de energia solar, os impactos não repercutiram sobre o direito de propriedade e, assim, não configuraram a efetiva expropriação.⁶⁹⁷ Desse modo, para caracterizar a expropriação, seria preciso que a Espanha tivesse restringido severamente o direito de propriedade do investidor estrangeiro.⁶⁹⁸

É possível dizer que os posicionamentos dos tribunais nos casos de energia renovável se caracterizam como similar ao que ocorre nas arbitragens de investimentos com relação à interpretação dos BITs, sendo raro que os tribunais arbitrais entendam se tratar de uma medida expropriatória.⁶⁹⁹ Consolida-se, desse modo “um sistema hierárquico para apreciação das medidas regulatórias do Estado receptor, segundo o qual as medidas mais gravosas poderiam ser reconhecidas como uma espécie expropriação regulatória”.⁷⁰⁰

O que não fosse caracterizado como expropriação, se encaixaria na potencial violação ao padrão de tratamento justo e equitativo. Este fenômeno ocorreu nos casos de energia renovável, em que há uma interpretação restritiva do conceito de expropriação, desconsiderando

⁶⁹⁶ August Reinisch ressalta que, para configurar a expropriação é preciso que a interferência no direito da propriedade configure, ao menos, a perda do controle ou do valor do investimento ou, ainda, constitua um impacto economicamente severo. A dificuldade reside, nesse particular, na determinação do nível da interferência que se caracteriza como expropriação. REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 407-457, 2008, p. 439.

⁶⁹⁷ No laudo arbitral *9REN Holding S.a.r.l. v. Espanha*, o tribunal arbitral ressaltou que a expropriação se caracterizaria se fosse configurada a privação do investimento ou, ainda, quando o investidor deixe de acessá-lo ou administrá-lo, alinhando à definição de ‘expropriação indireta’ inserida na contribuição de August Reinisch. REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 407-457, 2008, p. 422.

⁶⁹⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019. §363.

⁶⁹⁹ “de maneira pouco frequente a existência de uma medida expropriatória, optando por reconhecer uma violação ao padrão de tratamento justo e equitativo, quando previsto no acordo de investimentos aplicável ao caso”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 57.

⁷⁰⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 57.

“a eventual intenção do Estado receptor ao adotar a medida regulatória”.⁷⁰¹ O artigo 13 do ECT foi interpretado estritamente no âmbito da privação do direito da propriedade e manutenção do uso e gestão do investimento estrangeiro. Há, assim, uma preferência por determinar a violação do padrão de tratamento justo e equitativo no lugar de caracterizar a expropriação.⁷⁰²

3.1.6 A energia renovável no Tratado da Carta de Energia

Como o setor energético não se limita mais à exploração de fontes convencionais, requer-se mecanismos para a proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável.⁷⁰³ Nesse particular, o ECT não contém um artigo específico que compreenda a cooperação internacional para o desenvolvimento da energia renovável como encontramos nos mais recentes acordos de livre de comércio e, tampouco, dispõe de mecanismo de proteção dos investimentos estrangeiros especificamente programado para este setor.⁷⁰⁴

Não há, outrossim, um Protocolo relativo à Energia Renovável no âmbito do ECT que regule especificamente os mecanismos para promoção da energia renovável e proteção dos investimentos estrangeiros.⁷⁰⁵ Tal Protocolo poderia ser negociado e aprovado no âmbito do ECT como ocorreu com o Protocolo da Carta da Energia relativo à Eficiência Energética e aos

⁷⁰¹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 54.

⁷⁰² KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. Leiden: *Journal World Investment & Trade*, vol. 8, issue 5, p. 717-744, 2007, p. 718.

⁷⁰³ “Energy economy is no longer limited to the making of profit; environmental issues, for example, became the concern of the major players in the field, for energy companies and regulators alike. Energy is going beyond conventional resources and expanding towards clean and renewable sources, such as wind and sunlight”. BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 1.

⁷⁰⁴ Cite-se o Acordo de Parceria Econômica entre Índia e Coréia, no original, denominado *Comprehensive Economic Partnership Agreement* (CEPA), em vigor desde 01 de janeiro de 2010, que introduz um mecanismo de cooperação para pesquisa, *design* e desenvolvimento das tecnologias de energia renovável. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *India - Korea, Republic of CEPA (2009)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3271/india--korea-republic-of-cepa-2009->>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁷⁰⁵ BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 40.

Aspectos Ambientais Associados que,⁷⁰⁶ por sua vez, objetiva que os produtores e consumidores utilizem energia com menos impacto ao meio ambiente.⁷⁰⁷

No que tange os investimentos estrangeiros em energia renovável, a aplicabilidade dos dispositivos do ECT se faz a partir da interpretação sistemática do ECT em conjunto com o Ato Final da Conferência da Carta Europeia de Energia.⁷⁰⁸ Para Crina Baltag, a noção de ‘energia; adotada pelo ECT apresenta um caráter abrangente envolvendo todo o curso energético a partir da prospecção geológica até o consumo final em diferentes setores da economia.⁷⁰⁹

Para a aplicabilidade do ECT à energia renovável, adota-se, em primeiro, a definição de ‘Investimentos’ prevista no artigo 1(6)(f)⁷¹⁰ que inclui a referência à “Atividade Econômica no Setor de Energia” no rol exemplificativo de investimentos do ECT.⁷¹¹ Assim, “qualquer direito conferido por lei ou contrato ou em virtude de quaisquer licenças e autorizações concedidas nos termos da lei para realizar qualquer Atividade Econômica no Setor de Energia”⁷¹² deve ser considerada Investimento. A definição de “Atividade Econômica no Setor de Energia” prevista no artigo 1(5) compreende

uma atividade econômica relativa à exploração, extração, refino, produção, armazenamento, terra transporte, transmissão, distribuição, comércio, marketing ou

⁷⁰⁶ “As Partes Contratantes comprometem-se a estabelecer políticas de eficiência energética e enquadramentos jurídicos e regulamentares susceptíveis de promover, designadamente, o funcionamento eficaz dos mecanismos do mercado, incluindo uma formação dos preços orientada para o mercado”. EUROPEAN ENERGY LAW. *Carta Europeia de Energia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127028>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁷⁰⁷ Objetivos do Protocolo são: “Promover políticas de eficiência energética compatíveis com o desenvolvimento sustentável. Criar condições susceptíveis de incitar os produtores e os consumidores a utilizar a energia da maneira mais econômica, mais eficaz e mais sã possível para o ambiente. Fomentar a cooperação no domínio da eficiência energética”. EUROPEAN ENERGY LAW. *Carta Europeia de Energia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127028>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁷⁰⁸ ENERGY CHARTER TREATY. *Final Act of the European Energy Charter Conference, Understanding 13*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

⁷⁰⁹ BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 6.

⁷¹⁰ “‘Investment’ refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as “Charter efficiency projects” and so notified to the Secretariat”. ENERGY CHARTER TREATY. *Article 1*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

⁷¹¹ “The ECT Reader’s Guide further provides that ‘the definition extends to any investment ‘associated with’ an economic activity in the energy sector’ and that the ‘term ‘associated with’ implies that it includes not only the establishment of an energy company as such (e.g., a refinery), but also investments indirectly linked to economic activity in the energy sector (e.g., office space associated with a refinery)’.” GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. *Article 1: Definitions*. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 26.

⁷¹² “any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector”. ENERGY CHARTER TREATY. *Article 1(f)*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019. (tradução nossa).

venda de energia Materiais e Produtos, exceto aqueles incluídos no Anexo NI, ou relativos à distribuição de calor para várias instalações.⁷¹³

Como o artigo 1(5) do ECT foi objeto de interpretação pelo Ato Final da Conferência da Carta Europeia de Energia, os Estados-Partes acordaram uma lista ilustrativa de atividades que poderiam ser consideradas como Atividade Econômica no Setor de Energia, que inclui a “construção e operação de instalações para geração de energia elétrica, inclusive aquelas com uso de fonte eólica e outras fontes renováveis”.⁷¹⁴

Portanto, a partir de uma análise sistemática do ECT juntamente com o Ato Final da Conferência da Carta Europeia de Energia, as instalações para geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis podem ser consideradas como Investimento em energia e se encontra amparado pelo sistema de proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia estabelecidos pelo ECT.

Há, ainda, um dispositivo específico com relação à energia renovável no âmbito do ECT, que se encontra expressamente evocada no âmbito do Artigo 19, o qual foi implementado em atenção às obrigações previstas em acordos internacionais relativos ao meio ambiente, além de se configurar como instrumento para o desenvolvimento sustentável. Segundo o artigo 19 do ECT, cada Estado-Parte deve se esforçar para minimizar, de maneira economicamente eficiente, os impactos ambientais que ocorram interna ou externamente à área territorial que lhe pertence.⁷¹⁵ Na alínea “d”, os Estados-Partes se comprometem a (i) incrementar a eficiência energética; (ii) aprimorar o desenvolvimento e o uso de fontes de energia renováveis; e (iii)

⁷¹³ Art. 1(5) “*Economic Activity in the Energy Sector means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage, land transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises*”. ENERGY CHARTER TREATY. Article 1(5). Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019. (tradução nossa).

⁷¹⁴ “*UNDERSTANDING With respect to Article 1(5) (b) The following activities are illustrative of Economic Activity in the Energy Sector: (ii) construction and operation of power generation facilities, including those powered by wind and other renewable energy sources;*”. ENERGY CHARTER TREATY. Final Act of the European Energy Charter Conference, Understanding 13. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019. BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 41. Ver também TREVISANUT, Seline. Foreign Investments in the Offshore Energy Industry: Investment Protection v. Energy Security v. Protection of the Marine Environment. In: TREVES, Tullio; SEATZU, Francesco; TREVISANUT, Seline (Ed.). *Foreign investment, international law and common concerns*. New York: Routledge, p. 247- 264, 2014, p. 255.

⁷¹⁵ “*UNDERSTANDING. With respect to Article 19(1)(i). It is for each Contracting Party to decide the extent to which the assessment and monitoring of Environmental Impacts should be subject to legal requirements, the authorities competent to take decisions in relation to such requirements, and the appropriate procedures to be followed*”. ENERGY CHARTER TREATY. Final Act of the European Energy Charter Conference, Understanding 13. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

promover o uso de combustíveis mais limpos e o emprego de tecnologias e meios tecnológicos que reduzam a poluição.⁷¹⁶

Stuart Bruce se debruça sobre o artigo 19(1)(d), afirmando que constitui um compromisso de conduta sem indicar obrigatoriedade quanto ao desenvolvimento, uso, promoção ou implementação da energia renovável a nível dos Estados-partes.⁷¹⁷ Com isso, na o texto do artigo 19(1)(d) se caracterizaria como genérico e sem caráter vinculante.⁷¹⁸

Outro aspecto controverso se relaciona à soberania estatal e os direitos soberanos sobre recursos energéticos (*energy resources*) disposto no §1º do artigo 18 do ECT. Reafirma-se que a soberania sobre recursos energéticos será exercida de acordo com as regras do Direito Internacional.⁷¹⁹ Inobstante os critérios para promoção de acesso, exploração e desenvolvimento dos recursos energéticos, o §2º do artigo 18 determina que a legislação dos Estados-partes sobre o direito à propriedade de recursos energéticos não deve ser afetada.

Observa-se, com cautela, o conteúdo do artigo 18 do ECT, uma vez que o disposto neste artigo se fundamenta no princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais sem acrescentar nada do que já havia sido previsto no Direito Internacional. Seline Trevisanut destaca que a ausência de um conceito definido sobre o que seriam ‘recursos energéticos’ (*energy resources*) no texto do ECT pode gerar controvérsias acerca da inclusão ou não das fontes renováveis nesse contexto,⁷²⁰ o que prejudicaria o seu desenvolvimento.

Deve-se observar que os tribunais arbitrais em casos de energia renovável descartaram a arguição de incompetência e inaplicabilidade do ECT com fundamento no artigo 2º, o qual trata da cooperação a longo-prazo no setor energético.⁷²¹ Parece-nos certo que os investimentos

⁷¹⁶ Article 19: Environmental Aspects: “[Contracting Parties shall accordingly] (d) have particular regard to Improving Energy Efficiency, to developing and using renewable energy sources, to promoting the use of cleaner fuels and to employing technologies and technological means that reduce pollution”. ENERGY CHARTER TREATY. *Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

⁷¹⁷ BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 41.

⁷¹⁸ “It is a pro-investment treaty that favours traditional production and consumption of non-renewable energies”. BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 42.

⁷¹⁹ ENERGY CHARTER TREATY. *Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 17 dez. 2019.

⁷²⁰ TREVISANUT, Seline. *Foreign Investments in the Offshore Energy Industry: Investment Protection v. Energy Security v. Protection of the Marine Environment*. In: TREVES, Tullio; SEATZU, Francesco; TREVISANUT, Seline (Ed.). *Foreign investment, international law and common concerns*. New York: Routledge, p. 247- 264, 2014, p. 255.

⁷²¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 15 dez. 2019, §188.

estrangeiros em empreendimentos de geração de eletricidade com uso de fontes renováveis se insiram no escopo do ECT com base na interpretação sistemática dos artigos 1(6)(f) e 1(5) do ECT, assim como do Ato Final da Conferência da Carta Europeia de Energia.

Por fim, é preciso mencionar que a Conferência da Carta de Energia possui um mandato de revisão e modernização periódica conforme estabelece o 34(7) do ECT,⁷²² bem como autorização e aprovação dos termos de referência para negociação de Protocolos no âmbito do artigo 34(3)(h).⁷²³ Na 29ª Conferência da Carta de Energia, aprovou-se, em 27 de novembro de 2018, a Declaração da Carta de Energia de Bucareste, em que se entendeu pela necessária modernização do ECT, essencial para o desenvolvimento do setor energético. Nesse sentido, os Estados reafirmaram a indispensabilidade de se mitigar os riscos atrelados aos cenários político, regulatório e jurídico.

A Declaração da Carta de Energia de Bucareste enfatiza que os governos possuem alto nível de responsabilidade em criar um ambiente favorável aos investimentos no setor energético, atraindo recursos em prol do desenvolvimento sustentável.⁷²⁴ Após esta declaração, aprovou-se uma lista de tópicos para discussão sobre a modernização do ECT, dentre eles: (i) definição de investimento, investidor e atividade econômica no setor energético, que inclui, de acordo com a sua redação atual, a construção e operação de instalações de geração de energia

⁷²² “(7) *In 1999 and thereafter at intervals (of not more than five years) to be determined by the Charter Conference, the Charter Conference shall thoroughly review the functions provided for in this Treaty in the light of the extent to which the provisions of the Treaty and Protocols have been implemented. At the conclusion of each review the Charter Conference may amend or abolish the functions specified in paragraph (3) and may discharge the Secretariat*”. ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁷²³ ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019. Ressalta-se que, após a revisão inicial em 1999, foram realizadas três revisões do ECT em 2004, 2009 e 2014. Em 2009, não houve consenso quanto ao processo de revisão, razão pela qual não houve a produção de um documento final referente à revisão. Por fim, destaca-se que não há data para a próxima revisão. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Process Review*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/review/>>. Acesso em: 10 ago. 2019. “*In 2009 a modernization process of the Energy Charter Process was launched which resulted in the adoption of the political declaration of an International Energy Charter on 20 May 2015. The declaration reflects the ‘global modern energy challenges and maps out common principles and areas of international cooperation in the field of energy for the 21st Century*””. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 19.

⁷²⁴ “*We believe that governments have a high degree of responsibility to create an environment conducive for investment in the energy sector and to mobilise finance from a wide variety of sources, in particular in recognition of the large investment requirements towards a sustainable energy future and to meet UN Sustainable Development Goal 7, which stipulates access to sustainable energy for all*”. ENERGY CHARTER TREATY. *Bucharest Energy Charter Declaration*. Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ECC/20181128-FINAL_Bucharest_Energy_Charter_Declaration.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

elétrica, incluindo aquelas com uso de fonte eólica e outras fontes renováveis;⁷²⁵ (ii) exercício do poder de regular; (iii) definição do padrão de tratamento justo e equitativo e expropriação indireta; (iv) compensação e avaliação dos danos; e (v) desenvolvimento sustentável e responsabilidade social corporativa, entre outros.⁷²⁶

Nesse sentido, é possível concluir que a agenda de tópicos para modernização do ECT revela uma preocupação da Conferência da Carta de Energia com os investimentos estrangeiros em energia renovável e temas conexos. A revisão e modernização dos termos do ECT, portanto, se torna uma ferramenta importante para introduzir potenciais alterações que contribuirão para o desenvolvimento do sistema de proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável no âmbito do ECT.

3.2 A proteção dos investimentos estrangeiros em energia nos acordos internacionais de investimentos

Com objetivo de regular as relações entre investidores estrangeiros e Estados receptores de investimentos, determinando direitos e obrigações para ambas as partes, os acordos internacionais de investimento⁷²⁷ passaram a ser celebrados com maior frequência,⁷²⁸ criando uma complexa estrutura de “acordos bilaterais sobrepostos”⁷²⁹ em constante evolução. E, com

⁷²⁵ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/european-union-and-euratom/>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷²⁶ Para uma lista completa, ver site do ECT. ENERGY CHARTER TREATY. *Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

⁷²⁷ A aceção de tratado de investimentos, na contribuição de Jeswald Salacuse, compreende um acordo internacional incorporado em um ou mais documentos escritos pelos quais dois ou mais Estados concordam com certas regras legais para governar os investimentos realizados por nacionais de uma parte do tratado no território de outra parte do tratado. SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford International Law Library, 2nd ed., 2015, p. 141.

⁷²⁸ “A notável expansão do direito internacional no que afeta às relações entre países hospedeiros e investidores internacionais gerou um corpo denso do que pode ser considerado um novo direito internacional costumeiro, o qual emerge de um rico conjunto de fontes, tratados, estatutos, doutrina e decisões arbitrais”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. *Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP*, 2008, p. 2.

⁷²⁹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 2.

isso, o Direito Internacional dos Investimentos apresenta “realidade normativa particular que reúne alguns milhares de acordos internacionais sobre a mesma matéria”.⁷³⁰

Tendo em vista a ausência de um acordo multilateral sobre a energia renovável, é preciso recorrer a outros acordos internacionais como fonte para a proteção internacional dos investimentos estrangeiros neste setor, particularmente relevante para aqueles Estados que não são parte do ECT.

Pretende-se examinar, assim, como a energia se encontra regulada nos acordos internacionais de investimentos e como se compatibiliza a proteção do investimento estrangeiro com as políticas nacionalistas comumente aplicáveis aos assuntos energéticos.⁷³¹ Até porque, a amplitude geográfica do ECT limita a aplicabilidade das suas normas a um número restrito de Estados-Partes. Nesse particular, não se pode deixar de reconhecer “o legado dos tratados bilaterais de investimento que vem sendo celebrados há mais de 50 anos”,⁷³² sendo necessário analisar os BITs e TIPs.⁷³³

Diante da relevância em se estabelecer mecanismos de proteção internacional para suprir eventuais deficiências de um sistema interno adequado ao investimento estrangeiro, denota-se a importância em compreender se existem padrões de proteção nos acordos internacionais de investimento específicos para o setor energético e para a energia renovável.

⁷³⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 3.

⁷³¹ Para uma análise da compatibilização do investimento estrangeiro “com a tutela estatal do meio ambiente”, com base em uma “abordagem empírica” focalizada na “sistematização das tendências de desenvolvimento dos acordos internacionais”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, 2018, p. 140-157.

⁷³² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, p. 140-157, 2018, p. 143.

⁷³³ A terminologia empregada pela UNCTAD determina que “*A bilateral investment treaty (BIT) is an agreement between two countries regarding promotion and protection of investments made by investors from respective countries in each other’s territory*” e, com relação aos TIPs, a categoria adotada pela UNCTAD se refere a “*various types of investment treaties that are not BITs. Three main types of TIPs can be distinguished: 1. broad economic treaties that include obligations commonly found in BITs (e.g. a free trade agreement with an investment chapter); 2. treaties with limited investment-related provisions (e.g. only those concerning establishment of investments or free transfer of investment-related funds); and 3. treaties that only contain “framework” clauses such as the ones on cooperation in the area of investment and/or for a mandate for future negotiations on investment issues*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

O ponto de partida surgiu com os acordos internacionais de investimentos disponibilizados na base da UNCTAD.⁷³⁴

O método empregado para verificação dos acordos consistiu, primeiramente, em uma filtragem na *database* da UNCTAD, selecionando aqueles que continham em seu texto menção expressa à energia. Em segundo lugar, identificou-se se algum dos acordos selecionados apresentava referência à energia renovável.⁷³⁵ Uma última etapa compreendeu a análise textual dos acordos internacionais de investimentos que possuíam estrutura lexical equivalente ao termo ‘energia’ em seu corpo de texto e, ainda, ‘energia renovável’ ou apenas ‘renováveis’.

3.2.1 O dimensionamento da análise dos acordos internacionais de investimentos

Em virtude da multiplicidade de acordos internacionais de investimentos, depara-se com um conjunto normativo complexo para verificação individual de cada um dos acordos. De forma mais detalhada,⁷³⁶ a análise envolveu a coleta de dados a partir de um levantamento de elementos linguísticos presentes nos BITs. Para tanto, foram utilizados programas estatísticos para auxiliar neste procedimento e viabilizar a filtragem dos acordos relevantes para este estudo.

Em um primeiro passo, 3.206 tratados internacionais de investimentos (BITs e TIPs)⁷³⁷ foram extraídos da base de dados da UNCTAD com auxílio do *Software Estatístico Livre R*.⁷³⁸

⁷³⁴ A UNCTAD é o principal órgão referência para este tema. Ressalta-se que seu principal escopo é conceder suporte aos países em desenvolvimento para acessar os benefícios de uma economia globalizada de forma mais justa e efetiva. Para tanto, a UNCTAD disponibiliza análises, facilita negociações para alcançar consenso, e oferece ajuda técnica com objetivo de permitir que tais países usem o comércio, investimentos, financiamento e tecnologia como veículo para desenvolvimento sustentável e inclusivo. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *About UNCTAD*. Disponível em: <<https://unctad.org/en/Pages/aboutus.aspx>>. Acesso em: 13 dez. 2019.

⁷³⁵ Deve-se destacar, ainda, que o termo ‘empírico’ “denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa)”. EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, Vários Tradutores, 2013, p. 11. Nesse sentido, baseamos tal pesquisa em ‘dados’, ou seja, no quadro normativo dos tratados sobre investimentos, pelos quais analisamos os BITs e os TIPs resultantes da lista originada pelo comando acionado no *terminal iOS*.

⁷³⁶ Como destacado por Fábio Morosini no Prefácio da tradução do livro de Lee Epstein e Gary King, é preciso esclarecer a metodologia adotada, dado que “a metodologia utilizada para se chegar a uma determinada conclusão é tão importante quanto à conclusão em si, pois aquela permitirá a confirmação desta e validará o conhecimento produzido”. EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, Vários Tradutores, 2013, p. 8.

⁷³⁷ Os acordos internacionais de investimentos foram extraídos da base de dados da UNCTAD no dia 30 de maio de 2019, limitando-se a análise dos acordos catalogados até este período. Ressalta-se que a base de dados é pública e os BITs são disponibilizados pela UNCTAD para todos interessados. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷³⁸ A partir de uma linha de comando é possível programar para que o *Project R* desempenhe o download de todos os arquivos de um determinado site, salvando-os na pasta de destino do computador para a qual foi direcionada na

Na segunda etapa, utilizou-se o *terminal iOS* para fazer a mineração dos textos, delimitando: (i) as partes dos acordos; e (ii) a referência expressa à palavra-chave ‘energia’ nas línguas inglesa, francesa, alemã, italiana e espanhola.

Assim, todos os acordos extraídos da base de dados do UNCTAD que possuíam em seu texto a palavra “energy”, “energía”, “energie”, “energia” ou “énergie” foram reunidos automaticamente pelo sistema e formaram parte de uma lista em que era possível identificar o número do arquivo, as partes e a frequência de ocorrências da palavra-chave.⁷³⁹ Após a mineração dos textos, aproximadamente 300 BITs assinados entre 1965 e 2015 resultaram do primeiro refinamento (Apêndice 3), que representam em torno de 10% do universo de BITs mapeados e disponíveis na plataforma da UNCTAD.

Estes acordos foram escolhidos para a pesquisa ora realizada, adotando-se os parâmetros de codificação com objetivo de se criar códigos que representassem aspectos normativos, de modo a sistematizar o resultado da análise dos textos. Nesta sistematização, a técnica de codificação para transformar o texto dos acordos em códigos foi empregada de modo que fosse possível identificar a padronização das cláusulas inseridas nos acordos selecionados. O método de codificação se fundamentou nas técnicas previamente utilizadas no projeto de mapeamento dos acordos bilaterais internacionais promovido pela UNCTAD.⁷⁴⁰

própria linha de comando estabelecida pela autora. R PROJECT. *About*. Disponível em: <<https://www.r-project.org/>>. Acesso em: 27 mar. 2019. A linha de comando utilizada pela autora foi: “url <- “[endereço do site da UNCTAD]” html <- paste(readLines(url), collapse="\n") library(stringr) matched <- str_match_all(html, "/Download/TreatyFile/(.*?)\") links <- matched[[1]][,2] urls <- paste("http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/", links, sep="") dest <- paste(links, ".pdf", sep = "") getwd() setwd("[diretório de salvamento]") getwd() for(i in seq_along(urls)){download.file(urls[i], dest[i], mode = "wb")}”.

⁷³⁹ Para realizar tal procedimento, foi preciso formular um comando a ser inserido no *terminal iOS* no local onde se encontravam os arquivos que foram retirados da plataforma da UNCTAD. Após a execução do referido comando, a pesquisa por palavras-chave é automática e resulta em uma lista com as seguintes informações: número do arquivo, nomes das partes e vezes em que a palavra ‘energia’ era mencionada no texto do acordo. Por exemplo, “1.pdf, (Germany with Afghanistan), 3; 13.pdf, (France with Albania), 1; 39.pdf, (Albania with United States of America), 1; 62.pdf, (Germany with Angola), 2; 64.pdf, (Italy with Angola), 1; 68.pdf, (Germany with Antigua and Barbuda), 2; 92.pdf, (Germany with Argentina), 2”.

⁷⁴⁰ As técnicas utilizadas foram adaptadas ao presente estudo utilizando como fonte as ferramentas utilizadas no projeto de mapeamento da UNCTAD, do qual a autora participou durante o período de setembro a dezembro de 2016. Em tal projeto, a UNCTAD forneceu um guia com definições determinando o código atribuível a cada tipo de definição disposta em um acordo bilateral de investimentos. A UNCTAD sorteava os BITs que deveriam ser analisados por cada participante. Após o sorteio, um membro da equipe realizava o mapeamento inserindo o código em uma tabela de ‘Excel’ disponibilizada pela UNCTAD. O mapeamento era, posteriormente, confrontado com o mapeamento realizado por um membro de outra Universidade participante do projeto. “*The IIA Mapping Project is a collaborative initiative between UNCTAD and universities worldwide to map the content of IIAs. The resulting database serves as a tool to understand trends in IIA drafting, assess the prevalence of different policy approaches and identify treaty examples*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Mapping of IIA Content*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/iaa-mapping#section-6>>. Acesso em 19 ago. 2019. Ver detalhamento do projeto por Ely Caetano Xavier Junior: “O projeto de mapeamento consiste em um esforço coletivo realizado em cooperação com diferentes

Após a codificação, foram revisadas cada referência à ‘energia’ encontrada no corpo do texto, anexo ou protocolo do acordo bilateral de investimento, seja em seu sentido amplo, seja especificamente relacionada à energia nuclear ou ao setor de eletricidade. Como o mapeamento possuía a finalidade precípua de identificar a existência de medidas que objetivassem a promoção e proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável em tais instrumentos bilaterais, caso encontrássemos algum dispositivo que fizesse menção a este setor, também seria considerado o número de ocorrências.

Os códigos foram atribuídos a cada dado do acordo como se trata de um acordo bilateral de investimento, um acordo que possui um protocolo ou anexo.⁷⁴¹ Além disso, também foram inseridas as informações sobre (i) os Estados-Partes; e (ii) a data de assinatura e a vigência do acordo⁷⁴². Nas cláusulas com menção à ‘energia’, identificou-se a localização da referência ao termo (no texto do acordo, no anexo ou no protocolo),⁷⁴³ e se relacionava com os princípios do tratamento nacional, nação mais favorecida ou tratamento justo e equitativo.⁷⁴⁴

Avaliou-se, principalmente, se havia uma exclusão específica ou genérica com relação ao setor de energia. Em outras palavras, se o acordo excepcionava este setor do âmbito de incidência de algum princípio como, por exemplo, o tratamento nacional ou, ainda, se havia alguma proibição à imposição de restrições na legislação nacional que se relacionasse com o setor energético, reforçando a necessidade de cooperação e aplicabilidade de princípios não-discriminatórios aos investimentos estrangeiros. Por fim, o resultado do mapeamento também

instituições de ensino superior do mundo para codificar de maneira sistemática os acordos internacionais investimentos. Esse esforço coletivo foi possível em virtude da elaboração de um referencial de codificação que contém as categorias de codificação e seus respectivos códigos. Em seguida, os acordos foram codificados por dois diferentes analistas que tiveram a possibilidade de discutir a codificação a posteriori para eliminar as discrepâncias”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 149. No momento, é possível acessar a metodologia do projeto de mapeamento que foi disponibilizada pela UNCTAD no seu site. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. UNCTAD IIA Mapping Project. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/uploaded-files/document/Mapping%20Project%20Description%20and%20Methodology.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

⁷⁴¹ (i) para o acordo bilateral de investimento, atribuiu-se o código ‘0’; (ii) para o acordo bilateral de investimento com protocolo, atribuiu-se o código ‘1’; (iii) para outro tipo de acordo internacional que contém uma cláusula com medidas de proteção de investimentos, como um acordo de livre comércio, atribuiu-se o código ‘2’.

⁷⁴² Para o acordo bilateral de investimento que não estava em vigor, atribuiu-se o código ‘0’, para aqueles em vigor, atribuiu-se o código ‘1’. As informações sobre os acordos foram retiradas da database da UNCTAD. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷⁴³ (i) para a referência que se encontra no texto do acordo bilateral de investimento, atribuiu-se o código ‘0’; (ii) para a referência que se encontra no protocolo adicional ao acordo bilateral de investimento, atribuiu-se o código ‘1’; (iii) para a referência que se encontra no anexo ao acordo bilateral de investimento, atribuiu-se o código ‘2’.

⁷⁴⁴ No caso de existir uma referência no acordo bilateral de investimentos para algum desses princípios, atribuiu-se o código ‘1’, caso não haja referência, atribuiu-se o código ‘0’.

permitiu identificar a existência de cláusulas padronizadas relacionadas ao setor energético impostas pelos Estados-partes, podendo ser parte de um modelo de acordo pré-estabelecido.

3.2.2 a regulação das atividades de energia nos acordos bilaterais de investimentos

A codificação permitiu a identificação de padrões nos BITs em três cláusulas-tipo. Tais cláusulas foram reunidas em três grupos que demonstram uma tendência de padronização, havendo, contudo, uma oposição de parâmetros dos princípios de tratamento não discriminatório entre elas.

Em primeiro, identificou-se um maior número de BITs que reforçam a aplicabilidade do tratamento não discriminatório às atividades relacionadas aos investimentos estrangeiros no que tange a qualquer restrição aplicável à ‘aquisição’ de energia ou combustível. Em segundo lugar, alguns BITs apresentaram, em menor proporção, uma cláusula enfatizando a aplicabilidade do padrão de tratamento justo e equitativo aos investimentos estrangeiros no setor de energia. Por último, foi possível identificar, com mais frequência nos acordos celebrados pelos Estados Unidos, a exclusão expressa quanto à aplicabilidade de princípios de tratamento não discriminatório, especialmente tratamento nacional ou nação mais favorecida, ao setor elétrico ou nuclear.

a) cláusulas que proíbem o tratamento menos favorável à aquisição de energia e combustíveis

O resultado mais relevante da análise dos acordos internacionais se refere à presença de cláusulas que garantem a aplicabilidade dos princípios não discriminatórios (tratamento nacional e a cláusula da nação mais favorecida) às atividades relacionadas a investimentos estrangeiros em energia, especial quanto ao tratamento diferenciado com limitações à aquisição de energia ou combustível. Os acordos celebrados, principalmente, pela Alemanha⁷⁴⁵ e Itália⁷⁴⁶

⁷⁴⁵ Registra-se na plataforma da UNCTAD 155 BITs assinados pela Alemanha. Dentre eles, 6 não foram ratificados, 126 estão em vigor e 21 já foram denunciados. Assim, 55% dos acordos bilaterais assinados pela Alemanha fazem menção ao setor energético, seja no corpo do BIT ou no protocolo adicional ao acordo. A maior parte dos BITs que contém uma referência ao setor energético possuem um protocolo. Os acordos mais recentes, celebrados nos anos 2000, já não contam mais com um protocolo e a cláusula padrão do modelo do BIT da Alemanha, mas sim a menção à energia se encontra no corpo do texto do BIT. Esse é o caso, por exemplo, do acordo *Alemanha v. Angola* assinado em 30 out. 2003. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁴⁶ Existem 38 BITs celebrados pela Itália como Estado-Parte com países menos desenvolvidos desde 1987 a 2006. É possível citar o acordo bilateral de investimentos *Kuwait v. Romênia* celebrado em 21 mai. 1991 ou, ainda, o

focam em um tipo de cláusula padrão que determina o que seria considerado como “tratamento menos favorável” (*treatment less favourable*) concedido pelo Estado ao investidor estrangeiro.

Dos BITs celebrados pela Alemanha, 87 apresentaram uma referência ao “tratamento menos favorável” no artigo que garante a aplicabilidade dos princípios do tratamento nacional e da cláusula da nação mais favorecida aos investimentos estrangeiros estabelecidos no território do outro Estado-parte.

Artigo 3 (2) Nenhum Estado Contratante sujeitará os Investidores do 'outro Estado Contratante, no que diz respeito à sua atividade relacionada a Investimentos em seu território, a tratamento menos favorável do que concede a seus próprios investidores ou a investidores de qualquer terceiro Estado.⁷⁴⁷

No protocolo destes BITs, esclarece-se o que seriam ‘atividades’ na acepção do artigo 3(2) e o que poderia ser considerado “tratamento menos favorável” com relação às atividades consideradas como investimentos estrangeiros. A acepção de ‘atividades’ compreende, não exclusivamente, “o gerenciamento, manutenção, uso, aproveitamento e alienação de um Investimento”,⁷⁴⁸ enquanto “tratamento menos favorável” consiste em “tratamento diferenciado” em caso de limitação à aquisição de energia e combustíveis.

Em outras palavras, enfatiza-se que o Estado-Parte do BIT não deve impor tratamento diferenciado aos investidores estrangeiros de modo a limitar a aquisição de energia ou combustível, aplicando, nesses casos, os princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida.

Considerando, em particular, “tratamento menos favorável” na acepção do Artigo 3: tratamento diferenciado em caso de limitação à aquisição de matérias-primas e auxiliares, de energia e combustíveis, bem como de meios de produção e exploração de todo o tipo, o tratamento diferenciado em caso de impedimento à venda de produtos dentro do país e no estrangeiro e ainda outras medidas com efeitos semelhantes. Não serão consideradas como tratamento “menos favorável” nos termos deste Artigo as medidas tomadas por razões de segurança ou ordem pública, de saúde pública ou de ordem moral.⁷⁴⁹

acordo celebrado entre *Romênia v. Egito* em 24 nov. 1994. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁴⁷ “Article 3 (2) Neither Contracting State shall subject Investors of the 'other Contracting State, as regards their activity in connection with Investments in its territory, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Afghanistan - Germany BIT (2005)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1/afghanistan---germany-bit-2005->>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁴⁸ “Ad Article 3 (a) The following shall more particularly, though not exclusively, be deemed "activity" within the meaning of Article 3 (2): the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of an Investment”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Afghanistan - Germany BIT (2005)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1/afghanistan---germany-bit-2005->>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁴⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Angola - Germany BIT (2003)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/97/angola---germany-bit-2003->>. Acesso em: 19 dez. 2019. “Ad Article 3 (a) The following

Trata-se de uma cláusula que visa garantir a proteção do investimento estrangeiro no que tange a aquisição de energia, tão sensível à política nacional dos Estados e aos interesses dos investidores, garantindo que tal investimento permaneça protegido pelos princípios do tratamento nacional e da nação mais favorecida de qualquer tratamento que lhe seja menos favorável. É mantida, contudo, a reserva de que “as medidas tomadas por razões de segurança ou ordem pública, de saúde pública ou de ordem moral” não serão consideradas como discriminatórias e, por conseguinte, não violarão os princípios previstos no acordo.

A proibição de se impor obrigações ou restrições à compra de energia ou combustíveis também se encontra em cláusulas de grande parte dos acordos celebrados pelo Kuwait. Na cláusula de tratamento dos investimentos, em que se garante a aplicabilidade do padrão de tratamento justo e equitativo (artigo 4(1)), tratamento nacional e cláusula da nação mais favorecida (artigo 4(1)) aos investimentos estrangeiros e atividades associadas, determina-se no artigo 4(4) que

Qualquer dos Estados Contratantes não deve impor aos investimentos de investidores de outro Estado Contratante medidas obrigatórias discriminatórias, que exijam ou restrinjam a compra de materiais, energia, combustível ou meios de transporte ou produção de qualquer espécie ou restrinjam a comercialização de produtos dentro ou fora território do Estado Contratante de acolhimento.⁷⁵⁰

No caso dos acordos assinados pela China, a proteção se cinge somente sobre a cláusula da nação mais favorecida, restringindo o tratamento discriminatório quanto às atividades de compra, venda e transporte de energia e combustíveis realizadas por investidores de um terceiro Estado. Com isso, não há incidência material sobre o tratamento nacional no modelo chinês de acordo bilaterais de investimentos, a saber

Todas as atividades relacionadas à compra, venda e transporte de matérias-primas e materiais auxiliares, energia e combustíveis, bem como os meios de produção e exploração de todos os tipos, devem receber tratamento não menos favorável do que aquele concedido às atividades vinculadas aos investimentos realizados por investidores de um terceiro Estado. O funcionamento normal dessas atividades não

shall more particularly, though not exclusively, be deemed "activity" within the meaning of Article 3 (2): the management, maintenance, use, enjoyment and disposal of an Investment. The following shall, in particular, be deemed "treatment less favourable" within the meaning of Article ,3: unequal treatment in the case of restrictions on the purchase of raw or auxiliary materials, of energy or fuel or of means of production or operation of any kind, unequal treatment in the case of impeding the marketing of products Inside or outside the country, as well as any other measures having similar effects. Measures that have to be taken for reasons of public security and order, public health or morality shall not be deemed "treatment less favourable" within the meaning of Article 3”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Afghanistan - Germany BIT (2005)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1/afghanistan---germany-bit-2005->>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁷⁵⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Áustria - Kuwait BIT (1996)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/252/austria---kuwait-bit-1996->>. Acesso em: 19 dez. 2019.

estará sujeito a nenhum obstáculo, desde que respeite as leis e regulamentos do Estado receptor, respeitando as disposições do presente acordo⁷⁵¹

O estudo revela que, ao menos, 50% dos BITs que fazem menção à energia, apresentaram uma cláusula que busca proteger as atividades associadas à aquisição de energia e combustíveis de possíveis medidas restritivas aplicadas por um Estado-parte. Parece-nos, portanto, que há uma preocupação com limitações à comercialização e transporte de energia, garantindo que o tratamento concedido a tais atividades não seja discriminatório e protegendo os investidores de medidas protetivas ao nacional do Estado receptor de investimentos ou de um terceiro Estado.

Desse modo, a partir da análise de 300 BITs, conclui-se que ao menos 150 apresentaram cláusulas específicas que objetivam (i) garantir que as atividades relacionadas aos investimentos estrangeiros não recebam tratamento menos favorável; sendo que este conceito compreende (ii) o tratamento diferenciado em caso de limitações à aquisição de energia e combustíveis e, assim, garante-se a proteção de tais atividades pelos princípios do tratamento nacional e/ou da cláusula da nação mais favorecida.

b) cláusulas que proíbem restrições à aquisição e transporte de energia como obstáculo ao tratamento justo e equitativo

Outra cláusula identificada nos acordos celebrados pela França proíbe quaisquer restrições à aquisição e transporte de energia, configurando, por sua vez, um obstáculo ao tratamento justo e equitativo. A cláusula-tipo encontrada em tais acordos determina que

Em particular, embora não exclusivamente, são considerados obstáculos legais ou factuais a um tratamento justo e equitativo, quaisquer restrições à compra e transporte de matérias-primas e materiais auxiliares, energia e combustíveis, bem como meios de produção e exploração de todos os tipos, qualquer obstáculo à venda e transporte de produtos dentro e fora do país, bem como todas as outras medidas que tenham efeito similar.⁷⁵²

Com isso, verifica-se um esforço de determinados Estados-partes em garantir que o tratamento justo e equitativo seja concedido aos investidores estrangeiros, especialmente pela legislação do Estado receptor. Consequentemente, os Estados-parte não devem impor restrições ou medidas discriminatória à comercialização e transmissão de energia, tampouco à produção

⁷⁵¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *China – Kuwait BIT (1985)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/925/china--kuwait-bit-1985->>. Acesso em: 21 dez. 2019. (tradução nossa)

⁷⁵² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Armenia - France BIT (1995)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/174/armenia--france-bit-1995->>. Acesso em: 19 dez. 2019.

e exploração energética.⁷⁵³ A redação desta cláusula muito se assemelha com aquela que garante a incidência do tratamento nacional e nação mais favorável nos acordos celebrados pela Alemanha. Nos acordos da França há, contudo, uma preocupação exclusiva com o tratamento justo e equitativo sem mencionar a proteção do investidor em relação às medidas de tratamento nacional ou cláusula da nação mais favorecida.

Assim, 58 BITs celebrados pela França contém uma cláusula que assegura que o Estado-parte não pode introduzir medidas restritivas à energia, sendo que qualquer restrição será considerada como entrave de direito ou fato ao tratamento justo e equitativo. Não há registro de cláusula similar em BITs celebrados por outros Estados.

c) cláusulas que estabelecem exceções ao tratamento nacional

A análise dos acordos revelou que a maior parte das referências à energia se insere em uma cláusula-tipo que visa garantir a incidência do tratamento não discriminatório para proteção do investimento estrangeiro quanto à comercialização e transmissão de energia e combustível. Em que pese o esforço da maior parte destes acordos em impedir o tratamento discriminatório ou, ainda, em garantir a aplicabilidade do padrão de tratamento justo e equitativo aos investimentos estrangeiros em energia, a análise dos BITs também revelou um padrão oposto.

Há um conjunto de BITs que inclui uma exceção quanto à aplicabilidade do princípio do tratamento nacional aos investimentos estrangeiros realizados, principalmente, nos setores elétrico ou nuclear. Trata-se de um movimento em sentido contrário ao padrão de tratamento consagrado no Direito Internacional dos Investimentos ao longo das últimas décadas.

No caso desses BITs, especialmente aqueles assinados entre 1986 e 1999, exclui-se o setor de energia, energia nuclear e do setor elétrico do âmbito de aplicabilidade do tratamento nacional. Em que pese a variação linguística no texto dos acordos, revela-se uma especial postura dos Estados Unidos em excepcionar o seu mercado energético da proteção dos investimentos estrangeiros em relação ao tratamento concedido aos seus nacionais, permitindo que os Estados Unidos empreguem uma postura diferenciada entre os investidores estrangeiros e os nacionais neste setor.

⁷⁵³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Camboja - France BIT (2000)*. Disponível em: <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/747/cambodia---france-bit-2000->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/747/cambodia---france-bit-2000-)>. Acesso em: 21 dez. 2019.

Na maior parte dos BITs, é reservado aos Estados Unidos o direito de manter exceções ou limitar a aplicabilidade do princípio do tratamento nacional no âmbito do setor energético e elétrico ou da energia nuclear, como no caso do acordo bilateral de investimentos Estados Unidos v. Armênia em 1992 que determina que

os Estados Unidos se reservam o direito de fazer ou manter exceções limitadas ao tratamento nacional, conforme disposto no Artigo II, parágrafo 1, nos setores ou assuntos indicados abaixo: transporte aéreo; navegação marítima e costeira; bancário; seguro; subsídios do governo; programas governamentais de seguros e empréstimos; produção de energia e energia;(...)⁷⁵⁴

Verifica-se, ademais, a exceção expressa à energia nuclear, como identificado no âmbito do BIT celebrado com a Albânia em 1995, cujo texto determina que “as exceções dos Estados Unidos dos compromissos de tratamento nacional são: energia nuclear, (...)”, entre outros setores.⁷⁵⁵ Enquanto a maior parte dos acordos que os Estados Unidos celebraram com este tipo de cláusula excepcionava o setor nuclear, a década de 1990 foi marcada por aqueles que a reserva se fazia à “energia” e à “eletricidade”, como se verifica no BIT Congo v. Estados Unidos celebrado em 12 de fevereiro de 1990.⁷⁵⁶

É bem verdade que este tipo de cláusula não se encontra exclusivamente inserida nos acordos celebrados pelos Estados Unidos, mas também está presente nos tratados celebrados por outros Estados. Esse é o caso do BIT entre Argentina v. Panamá, em que este último se reserva ao direito de estabelecer ou manter exceções limitadas nos setores previstos pela Constituição e nas leis panamenhas, no que tange às atividades expressamente reservadas aos

⁷⁵⁴ “*The United States reserves the right to make or maintain limited exceptions to national treatment, as provided in Article II, paragraph 1, in the sectors or matters it has indicated below: air transportation; ocean and coastal shipping; banking; insurance; government-grants; government insurance and loan programs; energy and power production; custom house brokers; ownership of real property; ownership and operation of broadcast or common carrier radio and television stations; ownership of shares in the Communications Satellite Corporation; the provision of common carrier telephone and telegraph services; the provision of submarine cable services; use of land and natural resources; mining on the public domain; maritime services and maritime-related services; and primary dealership in United States government securities*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Armenia - United States of America BIT (1992)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/199/armenia---united-states-of-america-bit-1992->>. Acesso em: 21 dez. 2019. (tradução nossa).

⁷⁵⁵ “*The U.S. exceptions from its national treatment commitments are: atomic energy; custom house brokers; licenses for broadcast, common carrier, or aeronautical radio stations; COMSAT; subsidies or grants, including government supported loans, guarantees, and insurance; State and local measures exempt from Article 1102 of the North American Free Trade Agreement pursuant to Article 1108 thereof; and landing of submarine cables*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Albania - United States of America BIT (1995)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/47/albania---united-states-of-america-bit-1995->>. Acesso em: 21 dez. 2019. (tradução nossa)

⁷⁵⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Congo - United States of America BIT (1990)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1027/congo---united-states-of-america-bit-1990->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

nacionais, dentre elas, a geração energética, direitos à exploração de recursos naturais, incluindo pesca e geração de energia hidrelétrica.⁷⁵⁷ E, ainda, no caso da reserva submetida pela Croácia⁷⁵⁸ no acordo celebrado com o Canadá em 1997, bem como pela Argentina no acordo com a Bulgária em 1993.⁷⁵⁹

No acordo entre Canadá e Peru celebrado em 2006, também é possível identificar restrições aos investimentos estrangeiros no que tange o setor de óleo e gás e nuclear do Canadá,⁷⁶⁰ assim como quanto aos recursos energéticos, desde que estejam localizadas a 50 km da fronteira peruana.⁷⁶¹

O setor elétrico também foi objeto de exclusão da incidência do tratamento nacional em alguns acordos como a reserva da Bulgária no BIT celebrado com a Argentina 1993, que garantiu a possibilidade de fazer ou manter limitadas exceções ao tratamento nacional em atividades relacionadas ao setor energético e elétrico.⁷⁶² No acordo celebrado pela Colômbia

⁷⁵⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Argentina - Panama BIT (1996)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/145/argentina---panama-bit-1996-->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁷⁵⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Croatia BIT (1997)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/51/croatia>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁷⁵⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Argentina - Bulgaria BIT (1993)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/8/argentina>>. Acesso em: 21 dez. 2019. No acordo celebrado entre Ucrânia e Canadá, aquele país fez uma exceção ainda mais específica, reservando-lhe o direito de limitar a aplicabilidade do tratamento nacional à construção de plantas de energia nuclear e à produção de eletricidade a partir da fonte nuclear. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Ukraine BIT (1994)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/8/argentina>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁷⁶⁰ “Ownership by “non-Canadians”, as defined in the Investment Canada Act, of a uranium mining property is limited to 49 percent at the stage of first production. Exceptions to this limit may be permitted if it can be established that the property is in fact “Canadian controlled” as defined in the Investment Canada Act. Exemptions from the policy are permitted, subject to approval of the Governor in Council, only in cases where Canadian participants in the ownership of the property are not available. Investments in properties by non Canadians, made prior to December 23, 1987, and that are beyond the permitted ownership level, may remain in place. No increase in non-Canadian ownership is permitted.” UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Peru BIT (2006)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/793/canada---peru-bit-2006->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁷⁶¹ “No foreign national, enterprise organized under foreign law or enterprise organized under Peruvian law and owned in whole or part, directly or indirectly, by foreign nationals may acquire or own by any title, directly or indirectly, land or water (including a mine, forest land, or energy sources) located within 50 kilometers of the Peruvian border. Exceptions may be authorized by Supreme Decree approved by the Council of Ministers in cases of expressly declared public necessity”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Peru BIT (2006)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/793/canada---peru-bit-2006->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

⁷⁶² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Argentina - Bulgaria BIT (1993)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/8/argentina>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

com Singapura em 2013, ressalva-se que nenhuma disposição poderá “impedir uma Parte de adotar as medidas que julgar necessárias para a proteção de suas infraestrutura pública, incluindo, entre outros, a infraestrutura de comunicações, de energia ou água”.⁷⁶³ É importante ressaltar, por fim, que as reservas previstas para a energia nuclear e setor elétrico se concentram, majoritariamente, no âmbito de exclusão da incidência do princípio de tratamento nacional.

3.2.3 A aplicabilidade dos dispositivos gerais para proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável nos acordos bilaterais de investimentos

Da análise realizada, verifica-se que a energia renovável não foi diretamente tratada no seio dos BITs, especialmente, no que tange a promoção dos investimentos neste setor. *A contrario sensu*, sempre que os investimentos em energia não tenham sido expressamente excluídos da incidência material do acordo,⁷⁶⁴ conclui-se que a proteção internacional dos investimentos estrangeiros em projetos de energia renovável se encontra primordialmente respaldada pelos seus dispositivos gerais.

É preciso destacar, contudo, que existe uma lacuna normativa nesses acordos, o que acaba por criar um cenário de fragmentação do mecanismo de proteção internacional aos investimentos estrangeiros em energia renovável. O panorama atual merece, por conseguinte, uma perspectiva propositiva, em que se recomenda a inserção de uma cláusula tipo que reforce a aplicabilidade de princípios de proteção aos investimentos em energia renovável, dado a ausência de cláusulas específicas para este setor.

Nesse caso, pressupõe-se que tais investimentos devem também se qualificar como investimentos estrangeiros nos termos da definição inserida no BIT aplicável ou, ainda, nos FTAs que possuem medidas de proteção de investimentos. Em outras palavras, além da previsão expressa à solução de controvérsia para conferir competência ao tribunal,⁷⁶⁵ a

⁷⁶³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Colombia - Singapura BIT (2013)*. Disponível em: <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1005/colombia---singapore-bit-2013->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1005/colombia---singapore-bit-2013-). Acesso em: 21 dez. 2019.

⁷⁶⁴ TREVISANUT, Seline. Foreign Investments in the Offshore Energy Industry: Investment Protection v. Energy Security v. Protection of the Marine Environment. In: TREVES, Tullio; SEATZU, Francesco; TREVISANUT, Seline (Ed.). *Foreign investment, international law and common concerns*. New York: Routledge, p. 247- 264, 2014, p. 254.

⁷⁶⁵ De acordo com o artigo 25 da Convenção de Washington de 1965, para que um procedimento seja instaurado perante o ICSID, é preciso que o Estado-parte demandado seja parte da Convenção de Washington de 1965 e o investidor detenha a nacionalidade de outro Estado-parte da referida convenção. Além disso, é preciso que haja um consentimento expresso dos Estados em um tratado internacional, contrato ou na própria lei nacional para que o ICSID tenha competência para julgar o procedimento. Além disso, o artigo 25 exige que o procedimento arbitral seja diretamente relacionado a um ‘investimento’, sem propor uma definição referente ao mesmo.

viabilidade da arbitragem de investimentos depende da base normativa para determinar jurisdição *ratione materiae e ratione personae*.⁷⁶⁶

Nesse particular, é importante observar que inexistente uma definição uniforme acerca do que constitui ‘investimento’ estrangeiro,⁷⁶⁷ existindo diversas acepções possíveis. Existem dois principais conceitos, que são (i) a definição baseada em ativos;⁷⁶⁸ e (ii) a definição baseada em empresa.⁷⁶⁹ Além disso, alguns BITs combinaram estes conceitos com restrições às atividades e/ou direitos que não podem ser considerados investimentos como, por exemplo, a exclusão do investimento de portfólio ou de outros ativos específicos.

Observa-se, ainda, que alguns BITs propuseram uma definição de investimentos, seja baseada em ativos ou em empresa, mas determinaram que para serem considerados

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019. Ver também CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 24; bem como SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 149.

⁷⁶⁶ “Any arbitral tribunal having to decide on a compensation claim initiated by a party who is allegedly an investor within the meaning of a BIT must determine whether the facts of the dispute comply with the BIT’s stipulations including its clause on applicable law, if any—and whether this consequently gives the tribunal jurisdiction”. KÜHN, Wolfgang; WIEGEL, Ulrike. The application of International Law and treaty provisions by arbitrators. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, v. 4, p. 451-472, 2003, p. 456. “protection is available only to those who are recognised as ‘investors’ under international law or by BITs, RTAs or FTAs, and only those economic activities that are recognised as ‘investment’ under international law or by such treaties are entitled to the relevant protection”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 81.

⁷⁶⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 29.

⁷⁶⁸ A título exemplificativo, o acordo bilateral de investimento entre Alemanha e Afeganistão celebrado em 20 de abril de 2005 inclui uma definição baseada em ativos “the term “investments” comprises every kind of asset, in particular: (a) movable and immovable property as well as any other rights in-rem, such -as mortgages, liens and pledges; (b) shares of companies and other kinds of Interest in companies; (c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value; (d) Intellectual property rights, in particular copyrights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how, and good will; (e) business concessions under public law, Including concessions to search for, extract and exploit natural resources; any alteration of the form In which assets are invested shall not affect their classification as Investment”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Treaty between the Federal Republic of German and the Islamic Republic of Afghanistan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1/download>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

⁷⁶⁹ “The term ‘investments’ comprises property values and rights connected with the participation in enterprises or associations or with other types of participation, in particular: (a) property rights and other real rights, (b) outstanding claims and rights having economic value, (c) copyrights, rights in the field of industrial property (such as patents, licences, trade marks and names), technical processes, know-how and good will, (d) other property values and rights in the sense of this paragraph”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between the government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the People’s Republic of Bulgaria on mutual encouragement and protection of investments*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4890/download>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

investimentos, as atividades e/ou direitos deveriam ter sido realizadas ou adquiridos em cumprimento às leis do Estado receptor.⁷⁷⁰ É bem verdade que esta limitação vem sendo interpretada pelos tribunais arbitrais, de modo geral, como “apenas uma condição de validade do investimento, que não afetaria o âmbito de aplicação material do acordo”,⁷⁷¹ podendo se caracterizar uma interpretação contrária à real intenção das partes.⁷⁷²

A contribuição de Ely Caetano Xavier Junior oferece uma análise das diversas características dos BITs e ressalta que, no que toca a definição de investimento, é possível identificar uma “preferência pela definição baseada em ativos”,⁷⁷³ a qual propõe uma lista não-exaustiva de atividades e/ou direitos a serem considerados investimentos. Além disso, os precedentes arbitrais contribuíram para determinar os critérios a serem utilizados para definir investimentos, interpretando este conceito em diversas oportunidades⁷⁷⁴ e perfazendo uma evolução dos seus elementos característicos.

⁷⁷⁰ “The term “investment”, in conformity with the hosting Party’s laws and regulations, shall include every kind of asset in particular, but not exclusively: (a) shares, stocks or any other form of participation in companies, (b) returns reinvested, claims to money or any other rights having financial value related to an investment. (c) movable and immovable property, as well as any other rights as mortgages, liens, pledges and any other similar rights as defined in conformity with the laws and regulations of the Party in whose territory the property is situated, (d) industrial and intellectual property rights such as patents, industrial designs, technical processes, as well as trademarks, goodwill, know-how and other similar rights, (e) business concessions conferred by law or by contract, including concessions related to natural resources. The said term shall refer to all direct investments made in accordance with the laws and regulations in the territory of the Party where the investments are made. The term “investment” covers all investments made in the territory of a Party before or after enter into force of this Agreement”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between the Republic of Turkey and the Transitional Islamic State of Afghanistan concerning the reciprocal promotion and protection of investments*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2/download>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

⁷⁷¹ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 42.

⁷⁷² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 40.

⁷⁷³ Ely Caetano Xavier Junior destaca que a lista não exaustiva de ativos e/ou direitos é, normalmente, “antecedido por uma cláusula geral determinando que quaisquer ativos são considerados investimentos para fins do referido acordo”. Além disso, o autor destaca que deve ser considerado “o disposto no artigo 25 da Convenção de Washington, que estabelece a existência de um investimento como condição para exercício da jurisdição arbitral, ainda que os negociadores da Convenção não tenham logrado alcançar um conceito próprio para o termo”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 40. Ver também KÜHN, Wolfgang; WIEGEL, Ulrike. The application of International Law and treaty provisions by arbitrators. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, v. 4, p. 451-472, 2003, p. 459-461.

⁷⁷⁴ Peter Cameron ressalta que as primeiras decisões arbitrais trataram da aceção de ‘investimentos’ de uma maneira muito casual, determinando ser suficiente para caracterizar como investimento que uma empresa tenha aportado significativo volume de capital. Os critérios para definição do termo ‘investimentos’ passaram a fazer parte da jurisprudência arbitral a contar do caso *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 24. Destaca-se a importante contribuição de Rudolf Dolzer e Christopher Schreuer sobre os antecedentes históricos acerca da interpretação de ‘investimento’ na jurisprudência arbitral. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph.

Nesse particular, podemos citar o caso *Fedax v. Venezuela*,⁷⁷⁵ que determinou cinco critérios para determinar o que são investimentos, posteriormente reduzidos para quatro pelo caso *Salini v. Marrocos*.⁷⁷⁶ Na decisão *Biwater Gauff v. Tanzania*,⁷⁷⁷ orientou-se para os critérios estabelecidos pelo caso *Salini*, os quais poderiam ser aplicados desde que observadas as intenções das partes para a celebração do BIT com a intenção de circunscrever o conteúdo da aceção de investimentos. Outro caso importante para aplicabilidade do critério *Salini* foi o laudo arbitral *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, que entendeu que aquele teste teria sido um incorreto exercício de jurisdição, devendo considerar ‘investimento’ como o comprometimento financeiro ou outros ativos com o propósito de obter lucro.⁷⁷⁸

Com relação à jurisdição *ratione personae*, o investidor normalmente circunscreve às (i) pessoas naturais e (ii) pessoas jurídicas. Tradicionalmente, aqueles que se qualificarem como investidor, segundo a definição proposta no acordo, poderiam submeter sua controvérsia à arbitragem.⁷⁷⁹ Existem algumas variações em relação à definição de investidor, a qual inclui

Principles of International Investment Law. Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2012, p. 66-75. Pierre-Emmanuel Dupont também oferece uma análise das decisões do ICSID entre setembro de 2008 e dezembro de 2010 com objetivo de examinar as diversas facetas da interpretação do termo “investimento”, revelando os pontos de controvérsia e uniformidade entre os intérpretes. DUPONT, Pierre-Emmanuel. The Notion of ICSID Investment: Ongoing ‘Confusion’ or ‘Emerging Synthesis’?. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, n. 245, 2011, p. 247-260.

⁷⁷⁵ Os critérios consistem na análise do (i) período de duração do investimento realizado; (ii) certa regularidade de lucro e receita obtida; (iii) a assunção de risco do investidor; (iv) o comprometimento substancial do investidor; (v) desenvolvimento do Estado receptor do investimento. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/96/3. 11 de julho de 1997. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/Fedax-July1997-2.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019. §21-33. Ver também CHATTERJEE, C. Investment-Related Promissory Notes Are Investments under the ICSID Convention: *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, v. 3, issue 1, p. 147-159, 2002, p. 148.

⁷⁷⁶ “In reading the Convention’s preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition. In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Salini Construtora S.P.A. v. Kingdom of Morocco*. ICSID Case No. ARB/00/4. 23 de julho de 2001. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019. §52.

⁷⁷⁷ “In the Tribunal’s view, there is no basis for a rote, or overly strict, application of the five *Salini* criteria in every case. These criteria are not fixed or mandatory as a matter of law. They do not appear in the ICSID Convention. On the contrary, it is clear from the travaux préparatoires of the Convention that several attempts to incorporate a definition of ‘investment’ were made, but ultimately did not succeed. In the end, the term was left intentionally undefined, with the expectation (*inter alia*) that a definition could be the subject of agreement as between Contracting States”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. ICSID Case No. ARB/05/22. 24 de julho de 2008. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/157>>. Acesso em: 15 dez. 2019. §310.

⁷⁷⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)*. Decisão para anulação em 16 de abril de 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/646>>. Acesso em: 15 dez. 2019. §57.

⁷⁷⁹ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 81.

peças naturais, podendo estender esta definição àqueles indivíduos com residência permanente⁷⁸⁰ ou, ainda, impor limitações como aquelas relativas aos indivíduos com dupla nacionalidade.

No caso da definição relativa às pessoas jurídicas, duas limitações comumente encontradas como aquela que (i) exige o exercício substancial da atividade empresarial; ou (ii) propriedade ou efetivo controle pelo investidor em relação ao investimento, em que alguns acordos determinam, por exemplo, um percentual mínimo de 50% da estrutura acionária.⁷⁸¹ Há, ainda, a proteção do investidor e do investimento realizado na fase pré-estabelecimento, incluindo na qualificação de investidor, pessoal natural ou jurídica em vias de realizar um investimento.⁷⁸²

Sem embargo, a caracterização do investidor estrangeiro se relaciona com os critérios internos do Estado-parte para se determinar a nacionalidade. “Com raras exceções, os acordos internacionais também não contêm regras claras sobre percentuais mínimos necessários para determinação da propriedade ou do controle sobre determinado ativo”⁷⁸³ e, com isso, delega-se aos tribunais arbitrais a interpretação para definição da nacionalidade por ser escassamente objeto dos dispositivos dos BITs.⁷⁸⁴

⁷⁸⁰ “Investor’ refers to: 1) Any individual who is a natural person or a permanent resident of a Party, according to its laws, that makes an investment in the territory of the other Party”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁷⁸¹ “an enterprise is: (i) “owned” by an investor if more than fifty (50) percent of the equity interest in it is owned by the investor; and (ii) “controlled” by an investor if the investor has the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Kenya for the promotion and protection of investment*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5374/download>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁷⁸² “investor of a Party1 means that seeks to make, is making or has made an investment; a natural person who is a dual citizen shall be deemed to be exclusively a citizen of the State of his or her dominant and effective citizenship”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between Canada and the Republic of Peru for the promotion and protection of investment*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

⁷⁸³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 42.

⁷⁸⁴ O artigo 25 da Convenção de Washington define “nacional de outro Estado-parte” como (i) uma pessoa natural que detinha a nacionalidade do Estado-parte que não seja o Estado demandado na data em que as partes consentiram a submeter a sua disputa à conciliação ou arbitragem, assim como na data em que o procedimento arbitral foi registrado, excluindo-se aqueles que possuem dupla nacionalidade, sendo uma delas a do Estado demandado; ou (ii) uma pessoa jurídica que detinha a nacionalidade do Estado-parte que não seja o Estado demandado na data em que as partes consentiram a submeter a sua disputa à conciliação ou arbitragem, ou, ainda, qualquer pessoa jurídica que detenha a nacionalidade de um Estado-parte na data em que as partes concordaram que aquela pessoa jurídica

Para as arbitragens de investimentos estrangeiros em energia renovável, a determinação do investimento como estrangeiro a partir da nacionalidade do investidor se caracterizou como especialmente relevante. Isto porque, a nacionalidade de outro Estado-Parte do ECT permitiu a alguns investidores recorrer à arbitragem internacional de investimentos. E, com isso, os investidores espanhóis se restringiram aos recursos no âmbito dos tribunais locais.

O cenário que se configurou com relação aos investidores nacionais e estrangeiros acabou se assemelhando a uma situação de ‘discriminação ao revés’ como denominado por Surya Subedi, que identifica certa tendência dos Estados em formular medidas que podem discriminar os investidores nacionais, já que muitos mecanismos que amparam o investidor estrangeiro não se estendem aos nacionais.⁷⁸⁵ Como resultado deste processo, os investidores constituem uma sociedade empresária em outro Estado para poder se caracterizar como estrangeiro e beneficiar do conjunto de regras para proteção internacional do Direito Internacional dos Investimentos.⁷⁸⁶

No caso da Espanha, a suposta discriminação ao revés não parece ter sido provocada de maneira intencional, mas se tornou uma consequência da existência de um sistema de proteção internacional apenas aplicável aos investimentos estrangeiros à luz do ECT. Assim, nem os investidores espanhóis, nem aqueles de nacionalidade de outros Estados que não fazem parte do ECT, teriam acesso ao sistema de proteção de investimentos previsto neste tratado.⁷⁸⁷ De alguma forma, parece-nos que o governo espanhol tentaria corrigir tal situação no *Real Decreto-ley* 17/2019 assegurando que o novo sistema de remuneração seja aplicável de maneira uniforme a todos os investidores.

Por fim, além da análise realizada nos BITs, outros tratados apresentaram referência à energia e, ainda, cláusulas específicas voltadas para o desenvolvimento da energia renovável.

seria tratada como nacional de outro Estado para fins da Convenção. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

⁷⁸⁵ Surya Subedi ressalta que “*foreign investors have additional protection under customary international law, BITs, investment contracts, WTO agreements, and other regional and international instruments. They have direct access to international investment tribunals and they stand to get compensation according to international standards against expropriation, whether traditional direct expropriation or relatively recent forms of indirect, regulatory or consequential expropriation*”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 221.

⁷⁸⁶ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 221.

⁷⁸⁷ No caso de investidores estrangeiros com nacionalidade de outros Estados que não são Partes Contratantes do ECT, a análise da proteção internacional daquele investidor estrangeiro deveria ser feita com fundamento no sistema de proteção previsto em um BIT ou TIP assinado pelo Estado do investidor e a Espanha.

Destaca-se que os TIPs, inclusive os acordos de livre comércio, podem oferecer proteção adicional aos investimentos estrangeiros. Tais acordos podem incluir regras protetivas aos investimentos em complementariedade com os dispositivos para fomento do comércio internacional e redução das barreiras tarifárias.

3.3 Os tratados com dispositivos sobre investimentos e a energia renovável

Muito embora o regime do Direito Internacional dos Investimentos se concentre, em grande parte, nos BITs, os tratados com dispositivos sobre investimentos⁷⁸⁸ também incluem dispositivos exclusivamente direcionados à promoção e proteção de investimentos. Dentre os TIPs, estão os acordos de livre comércio, no original denominados *free trade agreements* (FTAs),⁷⁸⁹ *Comprehensive Economic Partnership Agreement* (CEPA), *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) e *Association Agreements* celebrados pela União Europeia.

Alguns TIPs incluem um capítulo sobre investimentos, tal como aqueles dispostos nos BITs,⁷⁹⁰ e podem estabelecer, também medidas focalizadas na cooperação energética, desenvolvimento sustentável e no fomento à energia renovável.⁷⁹¹ Na contribuição de Peter Cameron, ressalta-se o número crescente de FTAs assinados nos últimos anos, os quais se tornaram instrumentos cada vez mais populares para regular temas como comércio e investimentos.⁷⁹² De modo semelhante aos dispositivos que se encontram nos acordos

⁷⁸⁸ MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 156.

⁷⁸⁹ Deve-se esclarecer que a terminologia ‘acordos de livre comércio’ adotada para todos os acordos bilaterais ou plurilaterais que tratam de medidas sobre comércio e investimentos que tenham sido negociados fora do âmbito da OMC que também como Acordo de Parceria Econômica ou Acordo de Associação adotado no âmbito da União Europeia.

⁷⁹⁰ MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 156.

⁷⁹¹ “*free trade agreements (FTAs) devote an ever growing space to environmental and renewable energy concerns within their texts*”. Elena Cima cria uma classificação dos dispositivos que regula a energia renovável, são eles: (a) especificamente relativos à energia renovável, os quais buscam efetivamente promover e desenvolver o setor; (b) relacionado à energia renovável, cujo dispositivo não visa o setor em si, mas está relacionado com a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável; e (c) com potencial impacto à energia renovável, apesar de não mencionar este setor diretamente. CIMA, Elena. Promoting Renewable Energy Through FTAs? The Legal Implications of a New Generation of Trade Agreements. Alphen aan den Rijn: *Journal of World Trade*, vol. 52, n. 4, p. 663-696, 2018, p. 663.

⁷⁹² “*Chile, for example, is a party to 14 FTAs and is in the process of negotiating or ratifying a further eight*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 167. “*The United States now has 14 FTAs with 20 countries*”. UNITED STATES OF AMERICA. *Congressional Research Service*. NAFTA Renegotiation and the Proposed United States-Mexico-Canada

bilaterais, os TIPs incluem obrigações vinculantes com relação ao estabelecimento e proteção dos investimentos estrangeiros, introduzindo uma estrutura para cooperação entre os Estados-partes, inclusive mecanismos de solução de controvérsias.⁷⁹³

Os FTAs podem apresentar amplitude regional como é o caso do *Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement* (DRCAFTA)⁷⁹⁴ que objetiva liberalizar os mercados dos Estado-Partes, inclusive em relação aos serviços públicos de energia elétrica e água. O mecanismo de solução de controvérsias adotado no DRCAFTA é similar ao modelo adotado pelo Acordo de Livre Comércio da América do Norte, no original, denominado *North American Free Trade Agreement* (NAFTA),⁷⁹⁵ concedendo direitos aos investidores similares ao disposto neste acordo.⁷⁹⁶

Assim, parece-nos que uma análise importante para a regulação da energia renovável circunscreve os dispositivos inseridos nos TIPs, em especial, nos FTAs, que tratam da energia e, nomeadamente, promovem o desenvolvimento das renováveis. Daqueles TIPs extraídos do site da UNCTAD,⁷⁹⁷ pouco mais de 30 acordos possuem algum dispositivo que faz referência

Agreement (USMCA). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 3. Nesse sentido, See Chak Mun ressalta que os acordos de livre comércio passaram a ser utilizados como mecanismo de resposta às insuficiências do sistema de comércio multilateral da OMC. CHAK MUN, See. *The Comprehensive Economic Cooperation Agreement: The Strategic Imperatives*. Florida: *Singapore Yearbook of International Law*, vol. 10, 2006, p. 233-242. “O interesse dos Estados na celebração de acordos de livre comércio (FTAs) pode ser explicado ao menos por dois fatores: (a) o insucesso das negociações da Rodada de Doha; (b) a agenda da rodada voltada principalmente para os interesses dos países em desenvolvimento”. XAVIER JUNIOR. Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, p. 140-157, 2018, p. 150.

⁷⁹³ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 167.

⁷⁹⁴ WORLD BANK GROUP. *Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement*. Disponível em: <[https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic\(CAFTA\).pdf](https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic(CAFTA).pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁷⁹⁵ “signed by Canada, Mexico and the United States of America in 1992. It entered into force on 1 January 1994. For the most part, NAFTA deals with trade issues, but Chapter 11 deals with investment, establishing a regime for the settlement of a wide range of investment disputes between Parties to NAFTA and investors of another Party. It provides investors with guaranteed access to international arbitration. NAFTA differs from BITs in the sense that while it provides protection to investment, it also covers issues of trade among the contracting parties”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 164.

⁷⁹⁶ Importante observação feita por Peter Cameron em relação ao surgimento de casos no âmbito do DR-CAFTA no setor elétrico: “The DR-CAFTA agreement is already being tested by investors in cases involving the railways, electricity and mining sectors. In the electricity case, an investor in the Guatemalan electricity distribution sector, Teco Energy, claimed that electricity regulatory authority had unilaterally set a tariff that was too low, causing Teco’s subsidiary to incur significant losses. Under the relevant concession agreements, the tariffs were subject to a five-year review”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 168.

⁷⁹⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

à energia renovável e/ou cooperação energética com objetivo de alcançar estabilidade e segurança jurídica a longo-prazo.⁷⁹⁸

É verdade que são utilizadas diferentes técnicas para integrar o setor da energia renovável nos dispositivos dos TIPs, o que permite que o exame desses tratados seja executado a partir de distintas perspectivas.⁷⁹⁹ Verifica-se que há diferentes formas de se inserir o tema da energia renovável nos mais modernos acordos internacionais. Este tema pode se localizar (i) no âmbito da linguagem geral do acordo; (ii) em dispositivos que determinam a necessária proteção do setor de energia renovável como área prioritária para cooperação internacional entre os Estados-partes; assim como (iii) quanto ao comprometimento do Estado em criar um sistema normativo que implemente, aperfeiçoe e harmonize as legislações para promoção e desenvolvimento da energia renovável.

De todo modo, é importante esclarecer que a localização das referências à energia se encontra fora do capítulo sobre investimentos, sendo mais comum encontrá-la no âmbito da cooperação entre os Estados-Partes. Além disso, nos TIPs celebrados pelo Japão com a Índia (2011) e Mongólia (2015), Índia e Coreia (2009), o teor da cláusula que trata da cooperação no setor de energia se encontra excluído do âmbito de aplicação do mecanismo de solução de controvérsias estabelecido no tratado. Em outros TIPs, a menção à energia se encontra no capítulo de ‘comércio e desenvolvimento sustentável’, como no acordo entre a Associação Europeia de Livre Comércio (EFTA) e Estados da América Central (2013) ou, ainda, em capítulo que regula exclusivamente assuntos energéticos, como é o caso do acordo entre Austrália e Japão assinado em 2014.

Com base nesse resultado, parece-nos haver um esforço progressivo para inserir dispositivos focalizados na energia renovável, em particular, naqueles celebrados durante a última década. Trata-se de um quadro distinto do que encontramos nos BITs, já que não demonstram uma preocupação com a energia renovável em seus dispositivos.

⁷⁹⁸ A título exemplificativo, cita-se o Acordo de Parceria Econômica entre Austrália e Japão que reconheceu da importância de um sistema estável de abastecimento energético e, principalmente, a relevância do papel desempenhado pelo comércio, investimentos e cooperação em alcançar segurança energética a longo-prazo. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Australia - Japan EPA (2014)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3487/australia--japan-epa-2014->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁷⁹⁹ Após analisar 37 FTAs majoritariamente celebrados pela União Europeia e Estados Unidos com outros Estados-Partes da OMC, Elena Cima criou uma taxinomia dos dispositivos sobre energia renovável nos FTAs conforme mencionada em nota de rodapé acima. CIMA, Elena. Promoting Renewable Energy Through FTAs? The Legal Implications of a New Generation of Trade Agreements. Alphen aan den Rijn: *Journal of World Trade*, vol. 52, n. 4, p. 663-696, 2018, p. 666.

Nesse sentido, analisaremos os TIPs que apresentam as medidas mais relevantes relacionadas à energia renovável, demonstrando como se tornou um setor cada vez mais proeminente no quadro jurídico internacional, especialmente relacionado às medidas para promoção e proteção dos investimentos estrangeiros e comércio internacional.

Em primeiro lugar, podemos citar o Acordo de Parceria Econômica entre Índia e Coreia, no original, denominado CEPA, em vigor desde 01 de janeiro de 2010, no qual se verifica um avanço com relação às medidas direcionadas para o setor de energia renovável. O seu artigo 13(13) reconhece a importância do desenvolvimento das fontes de energia renovável como a energia solar, eólica, biomassa, em ambas as economias e, por conseguinte, estabelece um mecanismo de cooperação para pesquisa, *design* e desenvolvimento de tecnologia.

1. As Partes, reconhecendo a importância do desenvolvimento das fontes de energia renovável em suas respectivas economias, concordam em cooperar em pesquisa, *design* e desenvolvimento de várias tecnologias de energia renovável, incluindo energia solar, eólica, bioenergia e outras desde que mutuamente acordado.
2. A cooperação nos termos do nº 1 pode incluir, mas não se limita às seguintes formas: a) intercâmbio de informações políticas e técnicas; (b) intercâmbio de pessoal, incluindo cientistas, reguladores e outros especialistas; (c) organização de seminários, oficinas, etc.; (d) promover projetos conjuntos de pesquisa e desenvolvimento; e (e) facilitar investimentos e *joint ventures*.
3. A partilha de custos e direitos de propriedade intelectual pode ser mutuamente acordada caso a caso ou projeto a projeto.⁸⁰⁰

No âmbito do CEPA entre a Índia e Coreia, a cooperação pode incluir, mas não se limitar (i) ao intercâmbio de informação técnica e regulatória e de cientistas, *policy makers*, entre outros *experts*; (ii) à organização de seminários, workshops, etc.; (iii) à promoção de pesquisa conjunta e desenvolvimento de projetos; assim como (iv) aos investimentos e *joint ventures*.⁸⁰¹ É preciso ressaltar que no artigo 13.14 se exclui expressamente o mecanismo de solução de controvérsias previsto no CEPA aos dispositivos do capítulo 13 – que inclui a energia renovável - não permitindo que o descumprimento do conteúdo de tal dispositivo seja invocado pelas partes em uma arbitragem.

Em 2011, a Índia celebrou outro CEPA com o Japão, contando apenas com o artigo 129 que determina que o setor energético deve ser objeto de cooperação internacional entre os Estados-Partes com objetivo de liberalizar e facilitar o comércio e o fluxo de investimentos

⁸⁰⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *India - Korea, Republic of CEPA (2009)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3271/india---korea-republic-of-cepa-2009->>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁸⁰¹ “Article 129 - Fields of Cooperation The fields of cooperation under this Chapter shall include: (...) (f) energy;”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *India - Korea, Republic of CEPA (2009)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3271/india---korea-republic-of-cepa-2009->>. Acesso em: 23 dez. 2019.

neste setor, sem fazer referência à energia renovável.⁸⁰² Do mesmo modo que o CEPA celebrado com a Coréia, a norma do artigo 129 não permite o recurso ao mecanismo de solução de controvérsias previsto no acordo.

O Acordo de Parceria e Cooperação entre a União Europeia, seus Estados Membros e a República do Iraque, assinado em 11 de maio de 2012, porém não ratificado, prevê um conjunto de normativas específicas para promoção de cooperação no setor energético. O artigo 91(1) do acordo determina que as Partes devem se esforçar

por melhorar a cooperação no setor da energia em relação aos princípios dos mercados de energia livre, competitivo e aberto, com o objetivo de: (a) aprimorar a segurança energética, garantindo a sustentabilidade ambiental e promovendo o crescimento econômico; (b) desenvolvimento de estruturas institucionais, legislativas e reguladoras no setor de energia, para garantir o funcionamento eficiente do mercado de energia e promover investimentos em energia; (c) desenvolvimento e promoção de parcerias entre empresas da União e do Iraque no campo da exploração, produção, processamento, transporte, distribuição e serviços no setor de energia⁸⁰³

Além disso, no artigo 91(2), as Partes concordam em promover contatos mutuamente benéficos com vistas a “reforçar a cooperação para melhorar a segurança energética e combater as alterações climáticas, por meio da promoção de fontes renováveis de energia, eficiência energética e redução da queima de gás”.⁸⁰⁴

Trata-se de um acordo que também contém dispositivos que determinam a necessidade de desenvolver quadros institucionais, legislativos e regulatórios no setor energético para assegurar o funcionamento eficiente deste mercado e promover investimentos em energia.⁸⁰⁵ Este modelo de cláusula funcionaria adequadamente nos acordos celebrados com países em desenvolvimento que apresentassem um panorama de insegurança jurídica com objetivo de facilitar os investimentos em setores nacionalmente protegidos como o da energia. No entanto, as medidas deste acordo ainda não se encontram em vigor, já que o tratado não foi ratificado até o momento.

⁸⁰² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *India - Japan EPA (2011)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/other/ia/3298/india---japan-epa-2011->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸⁰³ Artigo 91. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU-Iraq Cooperation Agreement*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3301/eu-iraq-cooperation-agreement>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁸⁰⁴ Artigo 91. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU-Iraq Cooperation Agreement*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3301/eu-iraq-cooperation-agreement>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁸⁰⁵ Artigo 91. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU-Iraq Cooperation Agreement*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3301/eu-iraq-cooperation-agreement>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

O Acordo entre a União Europeia e o Cazaquistão denominado *Enhanced Partnership And Cooperation Agreement* (EPCA), assinado em 21 de dezembro de 2015, não ratificado até o momento, introduziu o artigo 147 intitulado ‘setor de energia renovável’. Este artigo incide sobre as medidas que possam afetar o comércio e investimentos entre os Estados-Partes relacionados à geração de energia a partir de fontes renováveis, *inter alia*, energia solar, eólica e hídrica.

Nesse artigo, determina-se, entre outras medidas, que as partes devem agir com transparência com relação aos “termos, condições e procedimentos para a conexão e acesso às redes de transmissão de energia elétrica”, não discriminando “fornecedores da outra Parte ou contra energia elétrica de fontes renováveis”.⁸⁰⁶ Além disso, as partes deverão garantir “a adoção de medidas apropriadas relacionadas à rede e ao mercado para minimizar o corte (limitações) de energia elétrica produzida a partir de fontes de energia renováveis”.⁸⁰⁷

Ainda no âmbito deste acordo, o artigo 207 com o título “fontes renováveis de energia” foi inserido, determinando a cooperação entre os Estados-Partes para o desenvolvimento de “fontes renováveis de energia de maneira econômica e ambientalmente correta, incluindo cooperação em questões regulatórias, certificação e padronização, bem como no desenvolvimento tecnológico”.⁸⁰⁸ Além disso, deve-se fomentar a cooperação em pesquisa, organização de programas de treinamento, seminários, conferências para intercâmbio de informações, dados e estatísticas no desenvolvimento da energia renovável.

Observa-se, nesse caso, uma influência das normativas europeias no conteúdo das cláusulas do Acordo entre a União Europeia e o Cazaquistão, já que as regras contra a discriminação da energia elétrica, assim como aquelas relacionadas à acessibilidade às redes fazem parte de dispositivos já existentes nas diretivas publicadas neste setor.

Nos acordos mais modernos, como aquele celebrado entre a Associação Europeia de Livre Comércio, no original, denominado, *European Free Trade Association* (EFTA) e os Estados da América Central, de 24 de junho de 2013, que entrou em vigor em 19 de agosto de

⁸⁰⁶ Artigo 147. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU - Kazakhstan EPCA* (2015). Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/other/3627/eu---kazakhstan-epca-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸⁰⁷ Artigo 147. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU - Kazakhstan EPCA* (2015). Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/other/3627/eu---kazakhstan-epca-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸⁰⁸ Artigo 207. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU - Kazakhstan EPCA* (2015). Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/other/3627/eu---kazakhstan-epca-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

2017, dispõe um artigo específico para promoção do comércio e investimentos com a finalidade de favorecer o desenvolvimento sustentável, em que se lê

1. As Partes esforçar-se-ão por facilitar e promover o investimento estrangeiro, o comércio e a disseminação de bens e serviços benéficos ao desenvolvimento sustentável, incluindo: a) tecnologias ambientais, energia renovável sustentável, produção orgânica, bens e serviços com eficiência energética e com rótulo ecológico, inclusive tratando dos aspectos relacionados às barreiras não-tarifárias; (b) bens e serviços que são objeto de esquemas como comércio justo e ético. 2. As Partes procurarão facilitar e promover o desenvolvimento de práticas e programas que visem promover retornos econômicos adequados a partir da conservação e uso sustentável do meio ambiente, como o ecoturismo. 3. Para esse fim, as Partes concordam em fazer o intercâmbio de ideias e podem considerar, conjunta ou bilateralmente, a cooperação nessa área. 4. As Partes incentivarão a responsabilidade social das empresas, bem como a cooperação entre empresas em relação a bens, serviços e tecnologias que contribuam para o desenvolvimento sustentável e são benéficos para o meio ambiente.⁸⁰⁹

De maneira semelhante, o *Economic Partnership Agreement* (EPA) celebrado entre Japão e Mongólia em 2015 estabelece que as partes devem promover cooperação também focalizada no setor energético para facilitar os investimentos e fomentar o desenvolvimento sustentável entre os Estados-partes.⁸¹⁰

Em vigor desde 20 de dezembro de 2015, o FTA entre Coréia e China estabelece no seu artigo 17.18(1) a cooperação para construção de uma parceria mais estável, forte e mutualmente benéfica no setor energético e recursos naturais.⁸¹¹ As partes devem promover os investimentos para construção de instalações com foco em uma relação bilateral estável e mutuamente benéfica.⁸¹² Além disso, o desenvolvimento de parcerias para transferência de tecnologias de eficiência energética e energia limpa é incentivado.

⁸⁰⁹ EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION. *Free Trade Agreement Between the EFTA States and the Central American States*. Disponível em: <<https://efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/central-america/EFTA-Central-America-free-trade-agreement.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁸¹⁰ “the Parties shall enhance further cooperation between their Governments, and encourage and facilitate mutual cooperation between relevant entities of the Parties, one or both of whom are entities other than the Governments of the Parties, in the following fields: (k) mining and energy”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Japan - Mongolia EPA (2015)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3494/japan---mongolia-epa-2015->>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹¹ “1. The Parties shall promote cooperation under this Chapter as a means of building a stronger, more stable, and mutually beneficial partnership in the field of energy and resources”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *China - Korea, Republic of FTA (2015)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3569/china---korea-republic-of-fta-2015->>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹² “Article 17.18 (2). The Parties shall: (a) promote cooperation between the public and private sectors of the Parties, through their government bodies, public organizations, research centers, universities, and enterprises, engaged in the field of energy and resources; (b) encourage and support business opportunities, including investment, related to plant construction in the field of energy and resources for a stable and mutually beneficial bilateral relationship; (d) enhance policy dialogues on energy saving and comprehensive utilization of resources through senior seminars and other forms and promote cooperation on environment industry through projects, workshop, training, field visits and other appropriate form”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *China - Korea, Republic of FTA (2015)*. Disponível em:

O FTA entre Coréia e Nova Zelândia, em vigor desde 20 de dezembro de 2015, incentiva a criação de parâmetros para promoção de comércio e investimentos, incluindo tecnologias relacionadas à energia que contribuam para a proteção do meio ambiente, em particular, a energia renovável.⁸¹³ Contudo, foram inseridas cláusulas com exceções aplicáveis à energia nuclear por parte da Nova Zelândia,⁸¹⁴ e a Coréia mantém reforça seu poder de regular em relação à geração de energia elétrica, sua transmissão, distribuição e comercialização.⁸¹⁵

Dentre as medidas adotadas para promover o interesse comum em questões ambientais e energéticas relacionadas ao comércio internacional, as Partes também concordam em cooperar quanto às questões que incluam, entre outras, a disseminação de tecnologias relacionadas à energia e que sejam favoráveis à proteção do meio ambiente, inclusive energia renovável e eficiência energética.⁸¹⁶

Em 2014, a União Europeia assinou os Acordos de Associação (*Association Agreement*) com outros três países, Moldávia, Geórgia e Ucrânia, objetivando alcançar gradual integração econômica no mercado interno europeu, assim como criar uma área de livre comércio. Tais acordos fomentam a cooperação energética com base nos princípios da parceria, interesse mútuo, transparência e previsibilidade.

No âmbito do acordo celebrado com a Moldávia, os mecanismos de cooperação devem incluir a promoção da eficiência energética, a economia energética e a promoção das energia

<[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3569/china---korea-republic-of-fta-2015->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3569/china---korea-republic-of-fta-2015-). Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Korea, Republic of - New Zealand FTA (2015)*. Disponível em: <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015-). Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹⁴ “*New Zealand reserves the right to adopt any measure in order to prohibit, regulate, manage or control the production, use, distribution or retail of nuclear energy, including setting conditions for natural persons or juridical persons to do so*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Korea, Republic of - New Zealand FTA (2015)*. Disponível: <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015-). Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹⁵ “*Korea reserves the right to adopt or maintain any measure with respect to electric power generation, transmission, distribution, and sales. Any such measure shall not decrease the level of foreign ownership permitted in the electric power industry as provided by the entry in Korea’s Schedule*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Korea, Republic of - New Zealand FTA (2015)*. Disponível: <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015-). Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Korea, Republic of - New Zealand FTA (2015)*. Disponível: <[https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015->](https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of---new-zealand-fta-2015-). Acesso em: 02 jan. 2020.

renovável.⁸¹⁷ Ademais, a cooperação prevê a redução da emissão de gases de efeito estufa a partir do desenvolvimento de projetos de energia renovável.⁸¹⁸ Insere-se neste acordo um dispositivo que regula o comércio e investimentos para promoção do desenvolvimento sustentável, o qual inclui, dentre outras, a obrigação das partes em remover barreiras ao comércio e investimentos com relação a bens e serviços de particular relevância para as mudanças climáticas como, por exemplo, a energia renovável.⁸¹⁹

Para tanto, as partes se comprometem em adotar medidas regulatórias favoráveis à implantação de tecnologias e promoção de padrões que respondam às necessidades econômicas e ambientais, assim como concordam em minimizar os obstáculos técnicos ao comércio. Nesse sentido, a Moldávia garante que irá, gradualmente, aproximar seu sistema jurídico interno da legislação europeia, incluindo, os dispositivos previstos na Diretiva 2009/28/CE.⁸²⁰

Nesse cenário, o quadro normativo internacional dos TIPs se corporifica com enfoque mais avançado para a promoção de cooperação internacional em assuntos energéticos do que aquele encontrado no conjunto de BITs analisados. É possível identificar, ainda, dispositivos mais centralizados na energia renovável, com particular preocupação para o desenvolvimento sustentável. Como indicado e, apesar de determinada variação textual, grande parte dos acordos possuem medidas para cooperação energética, assim como preveem a necessidade de proteção ambiental e desenvolvimento da energia renovável, sendo alguns particularmente inseridos no âmbito da promoção do comércio e proteção dos investimentos.

É preciso reconhecer, por fim, que o modelo de acordo celebrado pela União Europeia imprime um padrão de adequabilidade que o outro Estado-parte deve se ater conforme o ambiente da energia renovável mais desenvolvido no cenário europeu. Outro aspecto relevante

⁸¹⁷ No Acordo de Associação com a Geórgia, a alínea ‘i’ do artigo 298 prevê o desenvolvimento e suporte da energia renovável com um foco primário das fontes hidrelétricas e promoção da integração bilateral e regional neste setor. EUROPEAN UNION. *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part*. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(02))>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹⁸ EUROPEAN UNION. *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and the Republic of Moldova, of the other part*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.260.01.0004.01.ENG>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸¹⁹ No Acordo de Associação com a Geórgia, a alínea ‘c’ do artigo 231 se encontra igualmente redigido como a alínea ‘c’ do artigo 367. Já o Acordo de Associação com a Ucrânia apresenta uma redação mais limitada, em que as partes se comprometem em facilitar e promover o comércio e os investimentos estrangeiros direto em produtos com uso de energia renovável, assim como solucionar questões relativas às barreiras não-tarifárias. EUROPEAN UNION. *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part*. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(02))>. Acesso em: 02 jan. 2020.

⁸²⁰ Tal dispositivo se encontra inserido nos três Acordos de Associação celebrados pela União Europeia.

nesse caso é a especial preocupação em se promover e proteger investimentos no setor de energia renovável, demonstrando a relevância que o capital estrangeiro e o uso de fontes limpas desempenham no Direito Internacional dos Investimentos. Parece-nos, portanto, uma tendência em prevalecer, cada vez mais, um corpo normativo internacional direcionado ao desenvolvimento da energia renovável, reduzindo acordos que buscavam, anteriormente, restringir a aplicabilidade de princípios não discriminatórios aos investimentos estrangeiros no setor energético.

3.4 A proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável nos processos de integração econômica regional

No plano internacional, não se pode circunscrever a análise dos mecanismos de proteção dos investimentos estrangeiros da energia renovável devido a relevância que este tema assumiu no cenário regional, nomeadamente, no âmbito da União Europeia. Posteriormente à assinatura do Protocolo de Quioto, as instituições europeias iniciaram um processo político-normativo para promoção do uso de fontes renováveis na geração de eletricidade, além da reorganização e liberalização do setor elétrico dos Estados-Membros.

No NAFTA, a proteção internacional dos investimentos estrangeiros também ganhou significativa relevância se caracterizando, contudo, para uma reduzida atenção para o setor energético. No Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), constata-se um cenário expressivamente mais limitado, dado que as medidas adotadas para o setor energético até o momento são reduzidas.

Devido ao panorama ainda em evolução nos processos de integração econômica regional do NAFTA e no MERCOSUL, a análise é feita a partir de uma visão conjunta das medidas adotadas no seio destas duas regiões para, posteriormente e de forma apartada, apresentar as sucessivas medidas legislativas adotadas pela União Europeia para promoção do uso da energia renovável no território dos seus Estados-Membros.

a) Acordo de Livre Comércio da América do Norte

O principal aspecto que nos interessa no NAFTA compreende o quadro de proteção dos investimentos estrangeiros inserido no seu Capítulo 11, o qual torna este acordo particularmente relevante em relação aos demais, diferenciando-o também dos BITs, os quais não costumam

incluir medidas relativas ao comércio, mas focalizam na promoção e proteção do investimento estrangeiro.

No que se refere à definição de ‘investimento’, o artigo 1139 do NAFTA contém duas listas de ativos, que determina os investimentos (i) incluídos e (ii) excluídos desta acepção.⁸²¹ Trata-se de uma noção de investimento com estrutura similar àquela adotada em alguns BITs, posto que parte de listas que dispõem o que pode ou não ser considerado investimento.⁸²² A definição de ‘investidor’ inserida no artigo 1139 se caracteriza como ampla, incluindo tanto a pessoa natural como uma empresa de um Estado-parte, como o próprio Estado-parte ou uma empresa estatal, que intenda estabelecer, esteja em vias de estabelecer ou já tenha estabelecido investimentos no território de outro Estado-parte.⁸²³

O conjunto de regras que regulam o tratamento e a proteção do investimento estrangeiro no Capítulo 11 do NAFTA determina obrigações principais, incluindo, entre outros, a aplicabilidade dos princípios do tratamento nacional (*national treatment*), nação mais favorecida (*most-favoured nation*, MFN), o padrão mínimo de tratamento – englobando o tratamento justo e equitativo (*fair and equitable treatment*) e a garantia de proteção integral e segurança (*full protection and security*).⁸²⁴

Na fase pré-estabelecimento, o NAFTA determina a aplicabilidade de princípios como tratamento nacional no momento da admissão do investimento, diferentemente de grande parte dos BITs.⁸²⁵ Neste cenário, os Estados-partes já adotaram interpretações vinculantes relacionadas ao artigo 1105,⁸²⁶ especificando que o conceito de padrão de tratamento justo e

⁸²¹ BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 168-169.

⁸²² CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 164.

⁸²³ ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *North American Free Trade Agreement*. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-06.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2019. “*The concept of “investor” in the context of BITs and NAFTA has a broad scope. Consequently, foreign investors that are shareholders in an investment have been allowed to use the investor-State dispute settlement procedures, and the protections in the agreement, irrespective of whether they are majority or minority shareholders*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*. New York and Geneva: UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, p. 1-93, 2015, p. 15.

⁸²⁴ Peter Cameron lista sete direitos substanciais no seio do Capítulo 11 do NAFTA. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 165.

⁸²⁵ “*most of the bilateral investment treaties accept that admission is effected on the basis of existing host country laws and regulations. Significant departures from this pattern, extending the application of national treatment to admission, are found in the North American Free Trade Agreement (NAFTA), in recent United States BITs, and in some “soft law” instruments*”. FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 419.

⁸²⁶ “*A NAFTA Free Trade Commission is established which allows the parties to issue binding interpretations of NAFTA provisions. For the most part, these are interpretations on procedural issues, although the power has been*

equitativo e garantia de proteção integral e segurança não pressupõe tratamento adicional ao previsto no padrão mínimo de costume internacional.⁸²⁷

Outro aspecto de significativa relevância no âmbito do NAFTA compreende o mecanismo de solução de controvérsia que permite que o investidor inicie dois tipos de procedimentos arbitrais: (i) controvérsia entre investidor de um Estado-parte em virtude de um prejuízo ou dano resultante da violação praticada por outro Estado-signatário do NAFTA; ou (ii) controvérsia por parte de um investidor que controla ou detém a propriedade de uma empresa (*enterprise*) em virtude de prejuízo ou dano resultante da violação praticada por um Estado-signatário do NAFTA.⁸²⁸

No NAFTA, o procedimento para solução de controvérsias pode ser iniciado com base nas regras do *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), na Convenção sobre a Solução de Controvérsias relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados, conhecida como Convenção de Washington, aprovada em 1965 e entrou em vigor em 1966, que estabeleceu o ICSID ou das regras adicionais disponibilizadas pelo ICSID desde 1978 (*ICSID Additional Facility Rules*).⁸²⁹

used to issue interpretations of NAFTA provisions in a statement of 31 July 2001". CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 166.

⁸²⁷ VERBURG, Cees. Modernising the Energy Charter Treaty: An opportunity to enhance legal certainty in investor-state dispute settlement. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, issue 2-3, p. 425-454, 2019, p. 443. “[NAFTA Free Trade Commission] declared that Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment and that the concepts of fair and equitable treatment and full protection and security do not require treatment in addition to the customary international law minimum standard”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 166. Ely Caetano Xavier Junior ressalta que no âmbito do NAFTA, “os Estados publicaram nota interpretativa sobre o padrão de tratamento justo e equitativo para associá-lo expressamente ao padrão de tratamento mínimo internacional e para limitar seu âmbito de aplicação por meio de uma mitigação da extensão das fontes de direito utilizadas que ficaram restritas ao costume internacional”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 51.

⁸²⁸ “There is a time limit on the introduction of claims. They may not be made if more than three years have elapsed from the date on which the investor or the enterprise acquired or should have acquired knowledge of the alleged breach and knowledge of loss or damage”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 166.

⁸²⁹ “Em 1978, foram adotadas as regras do mecanismo suplementar (*additional facility*) do ICSID, que autorizam o Secretário Geral do ICSID a administrar certos tipos de procedimentos entre Estados e nacionais de outros Estados que estão fora do âmbito de aplicação da Convenção de Washington pela ausência dos pressupostos *ratione personae* ou *ratione materiae*, o que pode ocorrer quando uma das partes não é um Estado-Parte ou nacional de um Estado-Parte, ou quando a controvérsia decorre diretamente de um investimento”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 19. “*In practice only one NAFTA party (the United States of America) is also a party to the ICSID Convention so all arbitrations have been brought under the ICSID Additional Facility or the UNCITRAL Arbitration Rules. NAFTA awards are therefore only enforceable under the New York Convention and are amenable to review by the courts at the seat*”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 166.

Para iniciar o procedimento arbitral no âmbito do ICSID, é preciso que o Estado seja parte da Convenção de Washington e o investidor seja nacional de outro Estado parte, além do necessário consentimento de submissão àquele procedimento de solução de controvérsia presente seja em um acordo internacional, em uma legislação ou, caso aplicável, em um contrato.⁸³⁰

A regulação de assuntos relacionados ao comércio no setor energético e petroquímicos, incluindo regras sobre requisitos de preço mínimo e máximo para exportação, impostos sobre exportação, medidas regulatórias energéticas relevantes para restrições de produção, entre outros assuntos está inserida no capítulo 6.⁸³¹ Tais regras não regulam, todavia, os equipamentos utilizados em diferentes segmentos da indústria energética, como aqueles para geração de energia elétrica com uso de fonte solar ou eólica, como turbinas e painéis fotovoltaicos.⁸³²

Um aspecto relevante é que as demais medidas do NAFTA, como aquelas relacionadas ao comércio, serviços, investimentos e concorrência também se aplicam aos temas energéticos conforme escopo do capítulo 6.⁸³³ Contudo, a amplitude de proteção dos investimentos em energia no âmbito do NAFTA se verifica mais limitada do que o ECT, já que este último propõe uma definição de atividade econômica no setor energético (*economic activity in the energy*

⁸³⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 19.

⁸³¹ ANURADHA, R. V.; JOSHI, Piyush. Trade and Energy Security: Legal Assessment of the Linkages and Implications for India. In: MATHUR, Sajal (Ed.). *Trade, the WTO and Energy Security: Mapping the Linkages for India*. New Delhi: Springer, Centre for WTO Studies, p. 95-146, 2014, p. 101. “*This Chapter applies to measures relating to energy and basic petrochemical goods originating in the territories of the Parties and to measures relating to investment and to the cross-border trade in services associated with such goods, as set forth in this Chapter*”. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *North American Free Trade Agreement*. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-06.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2019. “*On the issue of what all energy goods are covered within the ambit of the expression ‘energy and basic petrochemical goods’*, Chap. 6 lists products under their Harmonized Commodity Description and Coding System (HS) codes. This is a comprehensive list that includes uranium ores and concentrates, plutonium, thorium, and their compounds, coal, crude oil, petroleum oils, liquefied petroleum gas, other gaseous hydrocarbons, petroleum oils, petroleum jelly, etc”. ANURADHA, R. V.; JOSHI, Piyush. Trade and Energy Security: Legal Assessment of the Linkages and Implications for India. In: MATHUR, Sajal (Ed.). *Trade, the WTO and Energy Security: Mapping the Linkages for India*. New Delhi: Springer, Centre for WTO Studies, p. 95-146, 2014, p. 103.

⁸³² TREVISANUT, Seline. Foreign Investments in the Offshore Energy Industry: Investment Protection v. Energy Security v. Protection of the Marine Environment. In: TREVES, Tullio; SEATZU, Francesco; TREVISANUT, Seline (Ed.). *Foreign investment, international law and common concerns*. New York: Routledge, p. 247- 264, 2014, p. 255.

⁸³³ ANURADHA, R. V.; JOSHI, Piyush. Trade and Energy Security: Legal Assessment of the Linkages and Implications for India. In: MATHUR, Sajal (Ed.). *Trade, the WTO and Energy Security: Mapping the Linkages for India*. New Delhi: Springer, Centre for WTO Studies, p. 95-146, 2014, p. 101.

sector)⁸³⁴ mais abrangente, a qual inclui a geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis.

De especial relevo crítico para análise das regras sobre o setor energético no seio do NAFTA é o direito reservado aos Estados-Partes em restringir o acesso do investimento estrangeiro a algumas atividades do setor energético, excluindo a aplicabilidade do Capítulo 11 aos investimentos em energia nos Estados-Membros. Nesse particular, o México fez expressa reserva no Anexo 602.3 do NAFTA, exercendo seu direito de recusar a admissão de investimentos estrangeiros em atividades consideradas ‘estratégicas’, dentre elas, a exploração de gás natural e petróleo, minerais radioativos, assim como a geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia elétrica, reservando-lhe o direito de classificar o serviço da eletricidade como público.⁸³⁵

É interesse observar, portanto, que o NAFTA não se preocupou em promover ou regular particularmente o setor de energia renovável. O escopo de aplicabilidade das medidas do NAFTA se concentra em promover a liberalização do comércio com relação aos produtos no setor de energia, focalizando na eliminação de barreiras tarifárias e não-tarifárias, além da proteção do investimento no âmbito dos Estados-Partes.

Não se pode deixar de contextualizar, por fim, que a celebração do NAFTA se realizou no início da década de 1990, quando instrumentos e políticas internacionais direcionadas para a promoção do uso de fontes renováveis de energia como instrumento de combate às mudanças climática se caracterizavam como ainda incipientes.

⁸³⁴ Article 1(5) “*Economic Activity in the Energy Sector*” means an economic activity concerning the exploration, extraction, refining, production, storage transport, transmission, distribution, trade, marketing, or sale of Energy Materials and Products except those included in Annex NI, or concerning the distribution of heat to multiple premises”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/european-union-and-euratom/>>.

Acesso em: 12 dez. 2019. O ECT ainda disponibiliza uma lista não-exaustiva das atividades que poderiam ser consideradas ‘Atividade Econômica no Setor Energético’, que engloba a construção e operação de plantas de geração de energia elétrica, incluindo aquelas com uso de fonte eólica e outras fontes renováveis. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/european-union-and-euratom/>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

⁸³⁵ Uma lista completa das disposições da reserva feita pelo México se encontra no Anexo 602.3 do NAFTA. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *North American Free Trade Agreement*. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-06.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2019. “*The reservation clarifies that even when Mexico allows foreign investors to participate in activities related to energy exploration and exploitation, it is still allowed to impose restrictions on them that would otherwise be impermissible under the investment protection standards contained in NAFTA*”. TREVISANUT, Seline; GIANNOPOULOS, Nikolaos P. Investment Protection in Offshore Energy Production: Bright Sides of Regime Interaction. Brill Nijhoff, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, p. 789–827, 2018, p. 794. Ver também UNITED STATES OF AMERICA. *Congressional Research Service*. NAFTA Renegotiation and the Proposed United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 20.

Ressalta-se, por fim, que em 18 de maio de 2017, a administração Trump notificou o Congresso dos Estados-Unidos sobre a sua intenção em iniciar negociações para modernização e renegociação do NAFTA, por meio do Acordo entre Estados Unidos, México e Canadá, no original, denominado *United States-Mexico-Canada Agreement* (USMCA) assinado em 30 de novembro de 2018, o qual ainda não se encontra em vigor. O USMCA inclui a revisão de diferentes disposições substanciais do NAFTA, como normas sobre regras de origem, além de estabelecer preceitos mais atualizados em áreas como comércio digital e propriedade intelectual.⁸³⁶

O setor da energia permanece no escopo de regulação do USMCA, porém deixa de formar um capítulo em separado do acordo, dispersando parte dos seus dispositivos para outros capítulos. Permanece, assim, a reserva do México quanto ao setor energético, sendo que a proibição constitucional relativa à entrada de investimentos estrangeiros neste setor está inserida em um novo capítulo.⁸³⁷

b) Mercado Comum do Sul

Em que pese a preocupação com a preservação do meio ambiente e aproveitamento mais eficaz dos recursos naturais estar presente nas premissas do Tratado de Assunção para a constituição do MERCOSUL,⁸³⁸ o primeiro documento a registrar uma referência com relação à energia renovável foi adotado em 1993 pelo Grupo Mercado Comum (GMC) que estabeleceu “Diretrizes para as Políticas Energéticas no Mercosul”.

Na Resolução nº 57/93, considerou-se a energia como insumo básico para o desenvolvimento social e econômico dos países em processo de integração do MERCOSUL

⁸³⁶ UNITED STATES OF AMERICA. *Congressional Research Service*. NAFTA Renegotiation and the Proposed United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 1.

⁸³⁷ O relatório do Congresso Americano destaca o posicionamento dos investidores norte-americanos no México após a reforma regulatória aprovada por este país em 2013. “*Following the reforms, Mexico adopted new procurement rules to increase efficiency and effectiveness in the procurement process. In the NAFTA renegotiations, U.S. industry groups called for the United States to use NAFTA’s so-called ratchet mechanism in regard to Mexico’s energy reforms, which would prevent the reforms from being reversed and grant protection to U.S. investors*”. UNITED STATES OF AMERICA. *Congressional Research Service*. NAFTA Renegotiation and the Proposed United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2019. p. 20.

⁸³⁸ MERCOSUR. *Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

e,⁸³⁹ por essa razão, se faz necessário determinar os elementos básicos que permitam coordenar as políticas energéticas nacionais, conforme os princípios consignados no Tratado de Assunção. Na opinião de Laura Casola e Alexander Freier, a energia renovável se configura, desde o princípio, pressuposto necessário para se lograr êxito em promover o desenvolvimento sustentável no âmbito do processo de integração regional.⁸⁴⁰

Dentre os elementos propostos pela Resolução nº 57/93, destaca-se (i) a viabilidade econômica financeira dos projetos energéticos da região; (ii) a otimização da produção e do uso de fontes de energia da região; (iii) a facilitação da integração entre os mercados energéticos; (iv) a promoção do uso racional de energia e sua conservação; (v) a harmonização da legislação ambiental e o estabelecimento de estruturas organizacionais que permitam a mitigação dos impactos sobre o meio ambiente resultante da produção, transmissão e consumo de energia, incorporando os custos ambientais aos da energia; mas principalmente (vi) a promoção da geração e uso de energia renovável com fundamento econômico e sustentável.⁸⁴¹

O principal tratado que envolve o tema da energia no MERCOSUL consiste no Acordo Marco sobre Complementação Energética Regional entre os Estados-parte e Associados, celebrado em 09 de dezembro de 2005. Em tal acordo reafirmou-se a necessidade de cooperação em matéria energética com vistas à integração das estratégias nacionais, nomeadamente, nos setores de geração, transmissão, distribuição e comercialização de energia entre os Estados do MERCOSUL.

No seu artigo 6º, o Acordo Marco sobre Complementação Energética Regional determina que sejam celebrados acordos regionais, sub-regionais ou bilaterais na área de energia renovável com objetivo de incrementar a integração energética.⁸⁴²

Em 2009, o Conselho do Mercado Comum estabeleceu as Diretrizes de Fontes Renováveis de Energia no âmbito do MERCOSUL com objetivo de orientar a cooperação

⁸³⁹ MERCOSUR. *Resolución GMC/RES N° 57/93*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/resoluciones/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁸⁴⁰ CASOLA; Laura; FREIER, Alexander. El nexó entre cambio climático y energía renovable en el Mercosur. Un análisis comparativo de las legislaciones de Argentina y Brasil. Bogotá: *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, 2018, p. 153-179.

⁸⁴¹ MERCOSUR. *Resolución GMC/RES N° 57/93*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/resoluciones/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁸⁴² Trata-se de acordo que não se encontra em vigor, já que não foi ratificado por nenhum Estado-membro. MERCOSUR. *Acuerdo Marco de Complementación Energética*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/tratados/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

energética e, nomeadamente, o desenvolvimento das fontes renováveis no processo de integração regional.⁸⁴³

No âmbito das Diretrizes, declarou-se o interesse comum dos Estados-parte em implementar mecanismos e procedimentos que promovam a participação das fontes renováveis no abastecimento energético como instrumento de sustentabilidade ambiental, segurança energética, assim como desenvolvimento econômico e social. Com isso, a diversificação energética se caracteriza como uma estratégia para a própria integração regional.

As Diretrizes de Fontes Renováveis de Energia constituem, todavia, recomendações para que os Estados-partes do MERCOSUL promovam medidas para uso das fontes renováveis para geração de energia elétrica e calor de forma sustentável, incrementando a participação de tais fontes na matriz energética dos Estados-partes. Além disso, recomenda-se o intercâmbio de informação sobre o quadro normativo dos Estados-partes para diversificação da matriz energética e políticas públicas para o desenvolvimento sustentável, além do intercâmbio de tecnologia e capacitação na gestão destas fontes.⁸⁴⁴

Nesse passo, concluímos que os dispositivos contidos no NAFTA e no quadro normativo do MERCOSUL, mesmo que a partir de recomendações e dispositivos não-vinculantes, se encontram com o escopo consideravelmente mais limitado do que identificamos no Direito da União Europeia. Em atenção aos compromissos ambientais assumidos no plano internacional, a União Europeia vem modificando seu quadro normativo para promover progressivamente o uso de fontes renováveis em seu território.

Os três principais atos normativos europeus neste setor – as Diretivas 2001/77/CE, 2009/28/CE e 2018/2001 – construíram uma estrutura complexa e avançada para promoção da energia renovável, incluindo, por exemplo, regimes de apoio financeiro, facilitação e priorização do acesso da eletricidade produzida às redes, certificados de garantia de origem, entre outras medidas. Diante da evolução dos antecedentes históricos da normativa europeia e a complexidade da sua estrutura, decidiu-se apartá-la da análise do NAFTA e MERCOSUL.

⁸⁴³ MERCOSUR. *Mercosur/CMC/Rec. 02/09. Directrices de Fuentes Renovables de Energía en el Ámbito del Mercosur.* Disponível em: <http://www.energia.gob.ar/contenidos/archivos/Reorganizacion/rel_inter/OLADE/MERCOSUR_CMC_REC%20N02_09.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

⁸⁴⁴ MERCOSUR. *Mercosur/CMC/Rec. 02/09.* Disponível em: <http://www.energia.gob.ar/contenidos/archivos/Reorganizacion/rel_inter/OLADE/MERCOSUR_CMC_REC%20N02_09.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

4 O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE ENERGIA RENOVÁVEL

Após a segunda crise do petróleo de 1979, e, especialmente, em razão dos compromissos assumidos na assinatura do ECT,⁸⁴⁵ da UNFCCC e do Protocolo de Quioto,⁸⁴⁶ o consumo de fontes renováveis se consolidou como um dos pilares da política energética da União Europeia. A energia ganhou tal relevância no Direito da União Europeia que está progressivamente formando um Direito da Energia da União Europeia ou Direito da União Europeia da Energia.⁸⁴⁷

Ao mesmo tempo em que há uma preocupação em desenvolver o setor, liberalizá-lo e ampliar as medidas contra as mudanças climáticas, muitos são os desafios impostos ao progresso das fontes energéticas na matriz local.⁸⁴⁸

Com isso, parece-nos importante solucionar questões fundamentais no setor energético tanto a nível regional, quanto no âmbito do Direito Interno dos Estados-Membros. No entendimento das instituições da União Europeia, era preciso desmantelar os monopólios da

⁸⁴⁵ Registra-se que, no caso da União Europeia, o ECT foi assinado em 17 de dezembro de 1994 e entrou em vigor em 16 de abril de 1998. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/european-union-and-euratom/>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁴⁶ A União Europeia assinou o Protocolo de Quioto em 29 de abril de 1998 e o ratificou em 31 de maio de 2002. UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Signatories Parties – European Union*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61063>>. Acesso em: 23 set. 2019. A Espanha assinou o Protocolo de Quioto em 29 de abril de 1998 e o ratificou em 31 de maio de 2002. UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Signatories Parties - Spain*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61203>>. Acesso em: 23 set. 2019. A União Europeia assinou o Acordo de Paris em 22 de abril de 2016 e o ratificou em 05 de outubro de 2016. UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Signatories Parties – European Union*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61063>>. Acesso em: 23 set. 2019. “Los gobiernos acordaron en 1997 el Protocolo de Kioto de la Convención Marco sobre Cambio Climático de las Naciones Unidas, ratificado por la Unión Europea en el año 2002. Dicho Protocolo es un acuerdo internacional que tiene como objetivo reducir las emisiones de GEI en un porcentaje aproximado de un 5%, dentro del periodo que va desde el año 2008 al 2012, en comparación a las emisiones del año 1990”. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 86.

⁸⁴⁷ “European Union energy law is an integral part or subset of ‘international’ energy law and conversely, energy law itself has played a fundamental role in the formation of the European Union, with two of the three founding treaties focusing on energy”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 241. “The European Energy Union is a transformative political-legal project. Fulfilling the mandate of the Lisbon Treaty that inserted ‘energy’ as a policy and competence of the Union into the Treaty on the Functioning of the European Union, the European Council in March 2015 adopted the strategy for establishing a European Energy Union”. ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 4.

⁸⁴⁸ HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 199.

comercialização de energia, bem como assegurar aos detentores dos privilégios naturais a adequada aplicação de princípios como o tratamento não-discriminatório e incentivo à concorrência.⁸⁴⁹

Com isso, a meta inicial da União Europeia consistia em reestruturar tanto o quadro normativo quanto institucional dos setores energéticos dos seus Estados-membros para criar uma indústria mais ampla e competitiva na região.⁸⁵⁰ E, desse modo, o desenvolvimento do Direito da Energia não está confinado a um país em particular, mas vem sendo um projeto supranacional.

A União Europeia apostou substancialmente na geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis como mecanismo para combate aos efeitos das mudanças climáticas e aprimoramento da eficiência energética.⁸⁵¹ O processo de transição energética iniciado pela União Europeia e seguido pelos Estados-Membros visa dar cumprimento aos compromissos assumidos no plano internacional. As medidas comunitárias em prol do desenvolvimento de energia renovável existem há décadas e, como ressalta Roberto Galán Vioque, a implementação destes atos normativos vem se configurando de forma embrionária desde 1970.⁸⁵²

Logo após, na década de 1980, a publicação da Resolução do Conselho nº C241/01 circunscrita aos novos objetivos comunitários de política energética para 1995 e à convergência de medidas dos Estados-membros fixou a “manutenção do desenvolvimento das energias novas e renováveis” como um objetivo para que se aumentasse a sua participação na matriz energética europeia.⁸⁵³

Em paralelo, a União Europeia começou a promover, desde a década de 1990, a desregulação e abertura dos mercados no setor de energia, construindo uma arquitetura para o

⁸⁴⁹ Exemplos de monopólios naturais são a transmissão, armazenamento e distribuição de energia elétrica. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 242.

⁸⁵⁰ WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 241.

⁸⁵¹ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 95.

⁸⁵² GALÁN VIOQUE, Roberto. *La integración de las energías renovables en el mercado energético*. In: RÍOS, Isabel González; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 72.

⁸⁵³ EUROPEAN COUNCIL. OJ C241, 25.9.1986. *Resolução do Conselho de 16 de setembro de 1986 relativa a novos objetivos comunitários de política energética para 1995 e à convergência das políticas dos Estados-membros*, 1986. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925(01))>. Acesso em: 10 mai. 2019. p. 3.

setor energético focalizada na necessidade de combate às mudanças climáticas.⁸⁵⁴ Em 1993, o Conselho Europeu criou um programa denominado “ALTENER” que alocava capital para apoiar ações direcionadas ao desenvolvimento do uso de fontes renováveis de energia. Dentre as iniciativas amparadas por este programa, constavam os “estudos e avaliações técnicas” relacionados à função legislativa, assim como “medidas de apoio às iniciativas dos Estados-membros destinadas a ampliar ou criar infraestruturas” e ações para a cooperação nacional, internacional e regional se destacaram.⁸⁵⁵

Após a criação do ALTENER, a União Europeia desenvolveu uma estratégia comunitária no âmbito da energia renovável com especial destaque para a publicação do Livro Verde em 1996 intitulado “Energia para o Futuro: Fontes Renováveis”.⁸⁵⁶ Em tal documento, os principais objetivos são: (i) o aumento da concorrência; (ii) a segurança de abastecimento; e (iii) a proteção do meio ambiente.

O Livro Verde se consolidou como passo prévio para a publicação do Livro Branco de 1997 “Energia para o futuro: Fontes Renováveis de Energia, Relatório para Estratégia e Plano de Ação”⁸⁵⁷ em que a União Europeia já determinava as primeiras metas para consumo de energia a partir de renováveis.⁸⁵⁸ O Livro Branco de 1997 estabelecia objetivos para consumo de fontes limpas de energia como, por exemplo, alcançar 12% da inserção das renováveis na União Europeia até 2020.⁸⁵⁹ Ainda mais, atentou-se para os benefícios do uso das fontes renováveis, centralizando-as no marco da evolução do mercado de energia, já que naquele

⁸⁵⁴ HESELHAUS, Sebastian. Energy Transition Law and Economics. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, p. 19 - 41, 2018, p. 25.

⁸⁵⁵ EUROPEAN UNION LAW. OJ L253, 18.9.1993. *Decisão do Conselho de 13 de setembro de 1993 relativa à promoção das energias renováveis na Comunidade (programa Altener)*, 1993. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=OJ:L:1993:235:TOC>>. Acesso em: 10 mai. 2019. p. 3

⁸⁵⁶ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM (96)576 final (20/11/1996). *Energia para o Futuro: Fontes Renováveis de Energia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0576&from=PT>>. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 26; 34.

⁸⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2019. (Tradução nossa)

⁸⁵⁸ VALTERRA, María Cervera. La ordenación jurídica de las energías renovables en la Unión Europea. In: REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, p. 23-42, 2017, p. 37.

⁸⁵⁹ “The strategy and action plan in this White Paper therefore, are directed towards the goal of achieving a 12% penetration of renewables in the Union by 2010 - an ambitious but realistic objective”. EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2019. p. 4. Ver também GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 95-98.

momento havia uma baixa representatividade das fontes renováveis no consumo energético bruto na União Europeia, limitada a 6%.⁸⁶⁰

Naquele momento, havia uma preocupação em garantir o abastecimento e reduzir a dependência das importações de energia e, por fim, aprimorar a segurança energética.⁸⁶¹ Outros aspectos determinantes àquela época para o desenvolvimento da energia renovável consistiam na oportunidade econômica e social para criar novos empregos⁸⁶² e gerar desenvolvimento regional.

Objetivava-se, assim, gerar oportunidades equitativas no mercado de energia renovável sem excessiva demanda financeira. Para tanto, era necessário atrair investimentos públicos e privados para o desenvolvimento deste novo setor, adotando iniciativas para facilitar o acesso da energia renovável à rede elétrica,⁸⁶³ além da adoção de políticas tarifárias e tributárias favoráveis ao uso de energia renovável.⁸⁶⁴

Portanto, há uma progressiva evolução pela qual perpassa a política europeia para promoção do uso de energias renováveis, cujo desenvolvimento apresenta seu estágio

⁸⁶⁰ Além disso, o relatório da Comissão Europeia destaca a disparidade do consumo de energia renovável nos países europeus. “*The share of renewable energies in the gross inland energy consumption differs widely between Member States, from less than 1% to over 25%.*”. EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2019. p. 4; 6. Destaca-se o fato de que se inclui a energia hidrelétrica nesse percentual. Com relação à energia hidrelétrica, o relatório evidencia que a expansão desse tipo de fonte de energia apresentava limitação física em virtude dos seus impactos ambientais, exigindo uma expansão da exploração de outras fontes. EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2019. p. 11.

⁸⁶¹ À época, as estatísticas da União Europeia apontavam para a importação de 50% de produtos energéticos. “*The EU’s dependence on energy imports is already 50% and is expected to rise over the coming years if no action is taken, reaching 70% by 2020. This is especially true for oil and gas which will increasingly come from sources at greater distances from the Union, often with certain geopolitical risks attached. Attention will therefore increasingly focus on security of supply.*” EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2019. p. 4.

⁸⁶² Segundo os dados estatísticos utilizados no Livro Branco, a estimativa de novos empregos para 2010 alcançaria entre 500 e 900 mil, caso o consumo de energia renovável aumentasse para 12%, “*it can be seen that the doubling of the share of renewables may require an increase of approximately 30% in the total energy sector investment but it could create an estimated gross figure of 500,000 - 900,000 new Jobs*”. EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019. p. 11.

⁸⁶³ Segundo o Livro Branco, seria possível facilitar o acesso à energia gerada com uso de fontes renováveis garantindo a prioridade do seu acesso no sistema de transmissão elétrica. EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019. p. 15.

⁸⁶⁴ EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*, 1997. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019. p. 15-16.

embrionário na década de 1970, passando por uma fase intermediária durante a década de 1990 e se encontra em pleno progresso desde a implementação da Diretiva 2001/77/CE.

Em virtude de uma perspectiva hierárquica do quadro normativo europeu, é preciso estabelecer uma análise, em primeiro lugar, do Tratado de Funcionamento da União Europeia adotado em 2012. Partindo desta perspectiva, serão analisadas as Diretivas europeias implementadas por ordem cronológica para, assim, tratar dos impactos destas normativas na legislação dos Estados-Membros.

4.1 O Tratado de Funcionamento da União Europeia: um marco para o desenvolvimento da energia renovável

O pressuposto fundamental do Direito da Energia da União Europeia⁸⁶⁵ se consolidou no artigo 194.1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Tal dispositivo se estabeleceu como marco para a política energética europeia, com especial atenção ao desenvolvimento da energia renovável, configurando um salto jurídico qualitativo nesta matéria.

No âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno e tendo em conta a exigência de preservação e melhoria do ambiente, a política da União no domínio da energia tem por objetivo, num espírito de solidariedade entre os Estados-Membros: a) Assegurar o funcionamento do mercado da energia; b) Assegurar a segurança do aprovisionamento energético da União; c) Promover a eficiência energética e as economias de energia, bem como o desenvolvimento de energias novas e renováveis; e d) Promover a interconexão das redes de energia⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ Deve-se ressaltar que, como descreve Alexandra Wawryk, o Direito da Energia da União Europeia é muito mais amplo do que a regulação da energia renovável no âmbito das Diretivas da União Europeia, englobando assim, os atos normativos relacionados ao setor de gás, energia elétrica, entre outros dispositivos que regulam a emissão de gases de efeito estufa. A autora salienta que “*a series of specific Directives concerning electricity and gas markets, which began with the Electricity Market Directive of 1996 and the Gas Market Directive of 1998 and which were later superseded by new Directives in 2003 and 2009 by the second and the third legislative packages for an internal EU gas and electricity market respectively; various Regulations addressing access to gas and electricity networks; and a number of Directives and Regulations directed to other issues, such as security of supply. More recently, the EU has introduced a range of measures to reduce greenhouse gas ('GHG') emissions and meet its obligations under the Kyoto Protocol, including the EU emissions trading scheme, and measures to encourage renewable energy, carbon capture and storage and energy efficiency. EU energy law has influence beyond those countries that are its member states. As well as the laws and Directives being binding upon its 27 member states, the countries of the European Economic Area apply most of the EU's energy law*”. WAWRYK, Alexandra. *International Energy Law: An Emerging Academic Discipline*. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 242-243. Volker Roeben ressalta que os tratados que criaram as Comunidades Europeias já faziam referência ao carvão e à energia nuclear, contudo, o Tratado de Lisboa definiu uma política geral e competência para energia. ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 4.

⁸⁶⁶ PARLAMENTO EUROPEU. C 326/135. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 29 out. 2019, p. 89.

Com isso, a energia se consolida como um objetivo autônomo da União Europeia, ainda que guarde relação com a temática do meio ambiente. Quatro objetivos governam esta política: (i) funcionamento do mercado interior da energia; (ii) fomento à eficiência e economia energética; (iii) abastecimento energético; e (iv) interconexão de redes e o desenvolvimento da energia renovável.⁸⁶⁷

A política energética da União Europeia se sujeita aos “princípios de subsidiariedade, proporcionalidade e coordenação, autolimitação imposta pelo direito originário que sem dúvida marca a evolução do derivado e, conseqüentemente, do peso específico desta matéria como parte do acervo comunitário”.⁸⁶⁸

No que se refere à subsidiariedade do quadro jurídico europeu, o texto do artigo 194.2 do TFUE determina que é “direito dos Estados-Membros determinarem as condições de exploração dos seus recursos energéticos, a sua escolha entre diferentes fontes energéticas e a estrutura geral do seu aprovisionamento energético”.⁸⁶⁹ Conseqüentemente, se compartilha a competência da União Europeia para a política energética com os Estados-Membros.

Com fundamento no artigo 194.1 do TFUE, em especial, alínea ‘d’, decorreram outros atos normativos que objetivaram a redução das emissões de gases de efeito estufa e a promoção da energia renovável. Tais atos normativos estabeleceram objetivos para a União Europeia e Estados-Membros, autorizaram a instituição de regimes de apoio, criaram sistemas de garantia de origem e determinaram a necessária inserção das renováveis no sistema de transmissão e distribuição na União Europeia.

Não se pode deixar de observar que todos estes mecanismos foram e continuam sendo relevantes para o desenvolvimento da promoção das renováveis e, com o propósito de apresentar criticamente a histórica evolução dessas normativas, serão analisadas as Diretivas da União Europeia de modo individual e por ordem cronológica.

⁸⁶⁷ VALTERRA, María Cervera. La ordenación jurídica de las energías renovables en la Unión Europea. In: REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, p. 23-42, 2017, p. 33-34.

⁸⁶⁸ “Resulta conveniente indicar que la política energética comunitaria se encuentra sujeta por los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y coordinación, autolimitación impuesta por el derecho originario que sin duda marca la evolución del derivado y consiguientemente, del peso específico de esta materia en el común del acervo comunitario”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 123.

⁸⁶⁹ PARLAMENTO EUROPEU. C 326/13. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 29 out. 2019, p. 89.

4.2 As Diretivas da União Europeia para promoção da energia renovável

4.2.1 Diretiva 2001/77/CE para promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renovável

O primeiro ato europeu que regulou diretamente o uso das fontes renováveis foi a Diretiva 2001/77/EC, de 27 de setembro de 2001, relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes renováveis de energia.⁸⁷⁰ Afirma-se que tal Diretiva se consolidou como resultado dos debates suscitados sobre energia renovável no Livro Branco publicado em 1997.

Nesse cenário, a geração da eletricidade com uso de fontes renováveis se revela um mecanismo de proteção ao meio ambiente. O texto da Diretiva 2001/77/CE faz referência direta à necessidade de compatibilizar as medidas nacionais com “compromissos relativos às alterações climáticas aceites pela Comunidade nos termos do Protocolo de Quioto”.⁸⁷¹

Consagra-se, portanto, a implementação dos mecanismos regionais em conformidade com os compromissos assumidos pela União Europeia no plano multilateral internacional, demonstrando a interseção entre os planos internacional e nacional com influência entre si. Como resultado, um quadro jurídico normativo complexo para o desenvolvimento da energia renovável foi incorporado ao Direito da União Europeia.⁸⁷²

É importante citar alguns aspectos inéditos sobre o uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica introduzidos pela Diretiva 2001/77/CE. Em primeiro lugar, estabeleceu-se uma quota indicativa comunitária equivalente a, aproximadamente, 20%.⁸⁷³ Em segundo, cada

⁸⁷⁰ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

⁸⁷¹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2018. p.1. “*En los considerandos de la Directiva se estima que la Comunidad infrutiliza las fuentes de energía renovables siendo su impulso es fuente de empleo local y elemento positivo para la cohesión social, contribuyendo a la seguridad del aprovisionamiento y haciendo posible el cumplimiento de los objetivos de Kyoto*”. PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 86.

⁸⁷² SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. vii.

⁸⁷³ Artigo 3º, §2º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis*

Estado-Membro determinou sua própria meta indicativa não vinculante a ser cumprida até 2010, o que compreendia uma quota de eletricidade proveniente de fontes renováveis (conforme abreviação adotada pela União Europeia à época, E-FER).⁸⁷⁴

Tabela 2 – Metas indicativas nacionais dos Estados-Membros para 2010 – Diretiva 2001/77/CE

Estado-Membro	% de Eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis (TWh) em 1997	% de Eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis (TWh) a ser alcançada em 2010
Alemanha	4,5%	12,5%
Áustria	70,0%	78,1%
Bélgica	1,1%	6,0%
Dinamarca	8,7%	29,0%
Espanha	19,9%	29,4%
Finlândia	24,7%	31,5%
França	15,0%	21,0%
Grécia	8,6%	20,1%
Irlanda	3,6%	13,2%
Itália	16,0%	25,0%
Luxemburgo	2,1%	5,7%
Países Baixos	3,5%	9,0%
Portugal	38,5%	39,0%
Reino Unido	1,7%	10,0%
Suécia	49,1%	60,0%

Fonte: PARLAMENTO EUROPEU⁸⁷⁵

Como as metas nacionais eram apenas indicativas, não determinavam a tão-necessária obrigatoriedade para que cada Estado-Membro cumprisse seu objetivo individual.⁸⁷⁶ David

no mercado interno da electricidade, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 3.

⁸⁷⁴ Em um primeiro momento, a Espanha determinou sua meta indicativa no patamar de 29,4%. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando n° 5. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 1.

⁸⁷⁵ Tabela elaborada pela autora com dados do Anexo da Diretiva 2001/77/CE. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2018. Anexo, p. 7.

⁸⁷⁶ GALÁN VIOQUE, Roberto. La situación de las energías renovables en la Unión Europea y en particular en España – La anómala “cohabitación” de sistemas nacionales de fomento con la existencia de un mercado interior

Pérez-Bustamante Yábar opina que a ausência de uma obrigação se consolidou como um dos equívocos que seriam corrigidos na próxima Diretiva.⁸⁷⁷

Outro aspecto relevante estava disposto no seu Preâmbulo, o qual consiste na necessidade de se instituir um regime de garantia de origem com a finalidade de “facilitar o comércio” de energia elétrica com uso de fontes renováveis. Este regime passa a ser utilizado como meio para incrementar a “transparência” aos consumidores, posto que poderão decidir qual eletricidade desejam consumir - proveniente de fontes renováveis ou não.⁸⁷⁸

Além disso, a Diretiva 2001/27/CE autorizou a implementação dos regimes de apoio no seu artigo 4º, sem incluir, contudo, uma definição concreta do que seria este mecanismo, o que foi feito apenas na Diretiva 2009/28/CE. Nesse aspecto, limitou-se a afirmar que os Estados-Membros “dispõem de diferentes mecanismos de apoio às fontes de energia renováveis, incluindo certificados verdes, auxílio ao investimento, isenções ou reduções fiscais, reembolso de impostos e regimes de apoio direto aos preços”,⁸⁷⁹ sem se aprofundar no tema.

Aos Estados-Membros foi delegada a competência para implementar os regimes de apoio de forma discricionária, sem a intenção, ao menos naquele momento, de instituir um sistema comunitário. Como justificativa, afirmou-se que as instituições europeias tinham “experiência limitada com os regimes nacionais”⁸⁸⁰ e a geração de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis ainda não era tão representativa no mercado energético.

Em outras palavras, a União Europeia permitiu que os Estados-Membros adotassem as medidas que entendessem apropriadas para que o consumo de eletricidade produzida com uso de fonte de energia renováveis fosse incrementado sem, entretanto, determinar um regime

de la energía. In: CAVALCANTI, Caio César Torres (Coord.). *O Direito da Energia no Contexto Ibero-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Synergia, p. 359-382, 2017, p. 362.

⁸⁷⁷ Em termos procedimentais, o acompanhamento das metas se lograva a partir de relatórios plurianuais elaborados pelos Estados-Membros e entregues à Comissão Europeia. David Pérez-Bustamante Yábar ressalta que o acompanhamento era realizado pelo relatório quinquenal que descrevia o consumo elétrico de fontes renováveis, assim como as medidas adotadas para alcançá-lo, além de um informe bianual sobre o grau de cumprimento dos objetivos indicativos nacionais. PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 86.

⁸⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando nº 10. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁸⁷⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando nº 14. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁸⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando nº 14. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

comum europeu.⁸⁸¹ Cada Estado-Membro poderia estabelecer um sistema de incentivo individual de maneira facultativa, dando margem a uma pletera de iniciativas descoordenadas de regimes de apoio financeiro às fontes renováveis.⁸⁸²

É verdade que, mesmo autorizando que os Estados-Membros estabelecessem seus regimes de apoio de maneira individual e discricionária, a Diretiva 2001/77/CE ressaltou a necessidade de se reavaliar, em momento ulterior, a adequabilidade das medidas de apoio ao setor elétrico europeu. Destacou-se, ainda, que seria possível apresentar, posteriormente, “uma proposta de quadro comunitário relativo aos regimes de apoio à eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis”.⁸⁸³

Naquele momento já se realçava a necessidade de “manter a confiança dos investidores e evitar custos irrecuperáveis”, assim como criar um quadro financeiro favorável às fontes renováveis para que a energia elétrica produzida fosse tão acessível quanto àquela advinda de combustíveis fósseis.

Com relação às barreiras ainda existentes aos projetos de energia renovável, a Diretiva 2001/77/CE destacou a necessidade de simplificação do processo administrativo para os empreendimentos dedicados à energia renovável no intuito de viabilizá-los. Nesse particular, as decisões dos órgãos administrativos deveriam ser coordenadas e baseadas nos princípios da transparência e não-discriminação, sempre atentando às peculiaridades das diferentes tecnologias das renováveis.⁸⁸⁴

Na Diretiva 2001/77/CE também se reconheceu a necessidade de facilitar o acesso da eletricidade produzida a partir de fontes renováveis às redes de transmissão e distribuição, tendo sido este tema regulado no âmbito do artigo 7º.⁸⁸⁵ Desde então, já se destacava a necessidade

⁸⁸¹ Artigo 3º, §1º. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 3.

⁸⁸² Nesse contexto, a Espanha adotou o *Decreto-Real* 661/2007, de 25 de maio de 2007, assim como outros atos normativos, se caracterizando como um regime muito ambicioso para fomentar o uso de fontes renováveis em seu território.

⁸⁸³ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando nº 16. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁸⁸⁴ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 100.

⁸⁸⁵ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>.

de que a eletricidade com uso de fontes renováveis recebesse um tratamento não-discriminatório, objetivo e transparente em relação aos custos aplicáveis com relação ao acesso à rede.⁸⁸⁶

Em 2006, o Conselho Europeu definiu uma Política Energética para Europa que coincidiu com a Comunicação da Comissão Europeia relativa a um “Programa Europeu de Proteção das Infraestruturas Críticas”.⁸⁸⁷ Tal documento determinava uma estratégia a longo prazo para desenvolver a energia renovável na União Europeia até 2020 com o objetivo de que 20% da energia elétrica fosse proveniente de fontes renováveis.⁸⁸⁸

Todavia, o “ano de 2007 marcou um ponto de viragem na política da União Europeia em matéria de clima e energia”,⁸⁸⁹ posto que se determinou a posição de liderança da União Europeia na transição para a segurança energética, sustentável e limpa. Na Comunicação da Comissão Europeia de 10 de janeiro de 2007, intitulada “Roteiro das Energias Renováveis”, destacou-se como a energia renovável poderia ser utilizada para alcançar a segurança energética e a redução das emissões de gases de efeito estufa,⁸⁹⁰ exigindo um marco regulatório capaz de reforçar o seu uso e fomento na geração de eletricidade.⁸⁹¹

Para a Comissão Europeia, as políticas nacionais para fomento de fontes renováveis se demonstravam inadequadas, entendendo necessário que fossem adotadas medidas adicionais,

content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>. Acesso em: 29 out. 2019. Ver também o histórico elaborado por Isabel González Ríos acerca do panorama jurídico da União Europeia sobre energias renováveis. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 95-98.

⁸⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando nº 22. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁸⁸⁷ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM(2006) 786 final. *Comunicação da Comissão relativa a um Programa Europeu de Protecção das Infra-Estruturas Críticas*, 2006. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0786&from=EN>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

⁸⁸⁸ VALTERRA, María Cervera. La ordenación jurídica de las energías renovables en la Unión Europea. In: REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, p. 23-42, 2017, p. 38.

⁸⁸⁹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM(2008) 30 final. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0030&from=EN>>. Acesso em: 13 nov. 2019, p. 2.

⁸⁹⁰ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM(2006) 848 final. *Roteiro das Energias Renováveis Energias Renováveis no Século XXI: construir um futuro mais sustentável*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0848&from=PT>>. Acesso em: 13 nov. 2019, p. 10.

⁸⁹¹ Isabel González Ríos ressalta os principais problemas da implementação de projetos de energias renováveis destacado pelo Programa de Trabalho de Energias Renováveis: “*el elevado coste de implantación, las trabas administrativas que encuentran las empresas interesadas en este tipo de instalaciones y la ausencia de un adecuado marco normativo comunitario*”. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 97.

dentre as quais (i) a eliminação de barreiras para integração das fontes energéticas renováveis no setor elétrico da União Europeia e no sistema de rede de transmissão; bem como (ii) o reexame das políticas de incentivos dos Estados-Membros e a “necessidade de propor a harmonização de regimes de apoio para as energias renováveis”.⁸⁹²

Com isso, em janeiro de 2008, a União Europeia anunciou o seu Pacote de Medidas sobre Clima e Energia denominado 2 vezes 20 até 2020,⁸⁹³ objetivando cortar as emissões de gases de efeito estufa em 20% até 2020, assim como melhorar a eficiência energética em 20% e incrementar o uso das renováveis até alcançar 20% do total consumo energético.⁸⁹⁴

É preciso registrar a preocupação com os latentes custos que persistiam como entrave para a geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis. Nesse sentido, ainda existiam barreiras estruturais às renováveis como a imposição de autorizações administrativas para o planejamento, construção e financiamento dos empreendimentos que, na opinião da Comissão Europeia, contribuíam para desestimular os investidores interessados em desenvolver tais projetos.⁸⁹⁵ Com isso, adotou-se a Diretiva 2009/28/CE com objetivo de tratar dos desafios para as renováveis a nível europeu e nacional, assim como garantir maior solidez ao quadro jurídico da União Europeia e dos Estados-Membros.⁸⁹⁶

4.2.2 A Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis

Em 23 de abril de 2009, entrou em vigor a Diretiva 2009/28/CE⁸⁹⁷ e se consubstanciou, naquele momento, como novo marco jurídico europeu para o fomento ao uso da energia

⁸⁹² COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM(2006) 848 final. *Roteiro das Energias Renováveis Energias Renováveis no Século XXI: construir um futuro mais sustentável*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0848&from=PT>>. Acesso em: 13 nov. 2019, p. 13.

⁸⁹³ EUROPEAN COMMISSION. *2020 Climate & Energy Package*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_pt>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁸⁹⁴ TAMAMES, Ramón. Prólogo. In: AMIGO, Juan Castro-Gil et al. *Riesgo regulatório em las energias renovables*. Navarra: Aranzadi, p. 13-27, 2015, p. 16.

⁸⁹⁵ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 134-135.

⁸⁹⁶ PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energias renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 107.

⁸⁹⁷ Isabel González Ríos explica que a Diretiva 2009/28/CE suprimiu alguns artigos da Diretiva 2001/77/CE com efeitos a partir de 1 de abril de 2010 e revogou definitivamente esta Diretiva em 01 de janeiro de 2012. Além disso, destaca a autora que a Diretiva 2009/28/CE foi aprovada com base na necessidade de se reduzir as emissões dos gases de efeito estufa e para cumprimento das obrigações do Protocolo de Quioto, mas também garantir a segurança energética, o desenvolvimento tecnológico, a inovação, o emprego e o desenvolvimento regional,

renovável.⁸⁹⁸ Em que pese a existência de instrumentos normativos que já incentivam esta fonte de energia, o cenário do seu desenvolvimento ainda se caracterizava como desafiador.⁸⁹⁹ Novos projetos não se demonstravam financeiramente viáveis para os investidores⁹⁰⁰ que necessitavam de incentivos mais atrativos.

Após verificar que os objetivos anteriormente estabelecidos para 2010 não seriam alcançáveis e, visando cumprir o Pacote de Medidas sobre Clima e Energia,⁹⁰¹ a Comissão estabeleceu na Diretiva 2009/28/CE que a União Europeia deveria alcançar até 2020 a quota de 20%⁹⁰² de participação das fontes renováveis, desta vez, no consumo final bruto de energia.⁹⁰³ Em paralelo, cada Estado-Membro deveria calcular e definir seus objetivos nacionais para a quota de energia proveniente de fontes renováveis de maneira individual.

À luz das posições tomadas pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho e pela Comissão, deverão ser estabelecidos objetivos nacionais obrigatórios coerentes com

especialmente nas zonas rurais e isoladas. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 100.

⁸⁹⁸ “El marco jurídico comunitario del apoyo a las energías renovables (ER) se encuentra en la Directiva del Parlamento y del Consejo europeos 2009/28/CE, de 23 de abril, de Fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, que sustituyó a la anterior Directiva 2001/77/CE de 27 de septiembre, de Promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad”. GALÁN VIOQUE, Roberto. El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Org.). *Estudos de Direito da Energia*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 0, p.41-66, 2014, p.43. Para uma recapitulação histórica e geral da Diretiva 2009/28/CE, assim como acerca do fomento da energia renovável, ver MORA RUIZ, Manuela. Revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables. Madrid: *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año nº 44, nº 257, 2010, págs. 167-196; bem como GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 98-107. Ver também PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011.

⁸⁹⁹ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Renewable Energy Medium-Term Market Report 2015: Market Analysis and Forecasts to 2020*. Disponível em: <<https://www.iea.org/Textbase/npsum/MTrenew2015sum.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2018. p. 7.

⁹⁰⁰ “Investment in CSP plants is ‘front-end loaded,’ with the largest outlays incurred in planning, designing and then constructing the plants prior to their entry into service. The large initial investments in such plants must eventually be recouped from revenues from electrical power sold over a solar plant’s service life, plus any subsidies received”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019, p. 20.

⁹⁰¹ PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 107.

⁹⁰² “A melhoria da eficiência energética constitui um objetivo fundamental da Comunidade, que visa alcançar uma melhoria de 20 % da eficiência energética até 2020”. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE, 2009*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁹⁰³ GALÁN VIOQUE, Roberto. El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Org.). *Estudos de Direito da Energia*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 0, p.41-66, 2014, p. 43.

uma quota de 20% de energia proveniente de fontes renováveis e uma quota de 10% de energia proveniente de fontes renováveis no sector dos transportes no consumo energético da Comunidade, a atingir até 2020.⁹⁰⁴

Tais objetivos foram dispostos no Anexo I da Diretiva 2009/28/CE, conforme tabela abaixo, sendo que a Espanha estabeleceu seu objetivo nacional em 20% a ser alcançado em 2020, o que foi reiterado no ordenamento jurídico pátrio no âmbito da *Ley 2/2011* para a Economia Sustentável.⁹⁰⁵

Tabela 3 – Quotas de energia proveniente de fontes renováveis para os Estados-Membros da União Europeia em 2020 – Diretiva 2009/28/CE

Estado-Membro	Quota de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia, 2005 (S2005)	Objetivo para a quota de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia, 2020 (S2020)
Alemanha	5,8%	18,0%
Áustria	23,3%	34,0%
Bélgica	2,2%	13,0%
Bulgária	9,4%	16,0%
Chéquia	6,1%	13,0%
Chipre	2,9%	13,0%
Croácia	12,6%	20,0%
Dinamarca	17,0%	30,0%
Eslovênia	16,0%	25,0%
Espanha	8,7%	20,0%
Estônia	18,0%	25,0%
Finlândia	28,5%	38,0%
França	10,3%	23,0%
Grécia	6,9%	18,0%
Hungria	4,3%	13,0%
Irlanda	3,1%	16,0%
Itália	5,2%	17,0%
Letônia	32,6%	40,0%
Lituânia	15,0%	23,0%
Luxemburgo	0,9%	11,0%

⁹⁰⁴ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Considerando n° 13. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁹⁰⁵ Artigo 78.1 da *Ley 2/2011*. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>>. Acesso em: 14 nov. 2019. Ver também GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 99.

Malta	0,0%	10,0%
Países Baixos	2,4%	14,0%
Polónia	7,2%	15,0%
Portugal	20,5%	31,0%
Reino Unido	1,3%	15,0%
República Eslováquia	6,7%	14,0%
Romênia	17,8%	24,0%
Suécia	39,8%	49,0%

Fonte: PARLAMENTO EUROPEU⁹⁰⁶

Um aspecto relevante e inovador introduzido pela Diretiva 2009/28/CE se refere à obrigatoriedade de cumprimento das quotas de fontes renováveis tanto para a União Europeia⁹⁰⁷ quanto para os Estados-Membros. Trata-se de uma obrigatoriedade anteriormente não disposta na Diretiva 2001/77/CE,⁹⁰⁸ que instituía apenas metas indicativas.

Com a finalidade de incentivar o cumprimento destes objetivos, a Diretiva 2009/28/CE determinou, em seu artigo 4º, que os Estados-membros deveriam aprovar um Plano de Ação Nacional em matéria de energia renovável fixando compromissos individuais.⁹⁰⁹ A Comissão Europeia se encarregava de avaliar o referido plano, especialmente, no que tange a implementação de medidas para assegurar que a quota de energia proveniente de fontes

⁹⁰⁶ Tabela elaborada pela autora com dados do Anexo I da Diretiva 2009/28/CE. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁹⁰⁷ Ressalta-se que a Diretiva 2009/28/CE faz referência direta à obrigatoriedade da meta de 20% a nível europeu que foi aprovada pelo Conselho Europeu em março de 2007. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Considerando nº 9. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019. Ver também RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 137.

⁹⁰⁸ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 100.

⁹⁰⁹ “*Ante la exigencia que la Directiva 2009/28/CE impuso a los Estados miembros de elaborar planes de acción nacionales para concretar a nivel estatal la redacción de dichos planes, la Comisión emitió la Decisión de 30 de junio de 2009, por la que se establece un modelo para los planes de acción nacionales en materia de energía renovable en virtud de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento y del Consejo*”. PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Ed. Dykinson, 2011, p. 160-161. Ver também GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 101.

renováveis fosse equivalente ou superior à meta indicativa, podendo emitir recomendações aos Estados-Membros.⁹¹⁰

A obrigatoriedade do Plano de Ação foi um ineditismo da Diretiva 2009/28/CE, posto que a Diretiva 2001/77/CE apenas fazia pontual referência a um documento similar, porém sem regular ou torná-lo um compromisso. Importante observar que a avaliação do Plano de Ação Nacional por parte da Comissão e Parlamento Europeu se configuraria, na opinião de Manuela Mora Ruiz, o exercício de controle das instituições da União Europeia sobre a atuação dos Estados-Membros no âmbito do desenvolvimento da energia renovável.⁹¹¹

Observa-se que a Diretiva 2009/28/CE procurou regular mais detalhadamente os regimes de apoio, introduzindo uma definição de “regime de apoio” e especificando a possibilidade de utilizá-lo como mecanismo financeiro para que os Estados pudessem cumprir o objetivo nacional obrigatório. Manteve-se, contudo, regras similares ao previamente estabelecido na Diretiva 2001/77/CE, deixando a cargo dos Estados a implementação dos regimes de apoio⁹¹² e permitindo que fossem estabelecidos regimes conjuntos entre dois ou mais Estados-membros.⁹¹³

Os Estados-Membros passam a ter que apresentar um relatório bianual à Comissão Europeia sobre “os progressos na promoção e utilização de energia proveniente de fontes renováveis”. Este relatório deve apresentar “a introdução e o funcionamento dos regimes de apoio e outras medidas de promoção de energia proveniente de fontes renováveis”.⁹¹⁴

Além disso, regulou-se o sistema de garantia de origem, além do aperfeiçoamento dos procedimentos administrativos e eliminação de barreiras regulatórias, entre outras questões. A garantia de origem prevista na Diretiva 2009/28/CE permitia que os consumidores

⁹¹⁰ “A Comissão envia ao Parlamento Europeu os planos de acção nacionais para as energias renováveis e os documentos de previsão na forma publicada na plataforma de transparência a que se refere o n.º 2 do artigo 24.º, bem como quaisquer recomendações por ela emitidas nos termos do n.º 5 do presente artigo”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁹¹¹ MORA RUIZ, Manuela. La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis? Madrid: *Actualidad Jurídica Ambiental*, p. 1-22, 2014 p. 6.

⁹¹² RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 138.

⁹¹³ Artigo 11º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁹¹⁴ Artigo 22. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019.

identificassem quando a energia elétrica era produzida com uso de fontes renováveis,⁹¹⁵ regime este reconhecidamente necessário na Diretiva 2001/77/CE.

É preciso destacar que a Diretiva 2009/28/CE avançou na regulamentação sobre os critérios de qualificação da garantia de origem. No âmbito do seu procedimento, determinou-se a obrigatoriedade em especificar não somente a fonte a partir da qual a energia foi produzida, como também se a mesma foi utilizada para geração de eletricidade ou para o aquecimento.⁹¹⁶ Os critérios aplicáveis na outorga da garantia de origem deveriam se caracterizar como objetivos não discriminatórios.⁹¹⁷

A Diretiva 2009/28/CE também tratou do acesso prioritário ou garantido à rede elétrica da eletricidade gerada por fontes renováveis como meio importante para integração das mesmas no mercado interno de eletricidade.⁹¹⁸ O conceito de ‘acesso garantido’ introduzido por esta diretiva objetivava assegurar que a energia elétrica “vendida e beneficiária de apoio tenha acesso à rede, permitindo a utilização de um máximo de eletricidade proveniente de fontes de energia renováveis produzida em instalações ligadas à rede”.⁹¹⁹

Os Estados-Membros também passaram a poder adotar medidas para o desenvolvimento da infraestrutura das redes de transmissão e distribuição que impusessem certas obrigações aos operadores das redes para facilitar o acesso da eletricidade produzida a partir de fontes renováveis.⁹²⁰

⁹¹⁵ A garantia de origem foi definida na Diretiva 2009/28/CE como “documento electrónico com a única função de provar ao consumidor final que uma dada quota ou quantidade de energia foi produzida a partir de fontes renováveis, exigido pelo no. 6 do artigo 3º. da Directiva 2003/54/CE”. Artigo 2º, alínea ‘j’. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019

⁹¹⁶ Artigo 15º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019

⁹¹⁷ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 99.

⁹¹⁸ Art. 16.2 a) “Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para que os operadores das redes de transporte e os operadores das redes de distribuição nos respectivos territórios garantam o transporte e distribuição prioritários da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁹¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Considerando nº 60. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019.

⁹²⁰ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Considerando nº 60. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 17 nov. 2019. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los*

É preciso fazer algumas observações sobre a Diretiva 2009/28/CE, dado que a mesma foi aprovada em um contexto de plena crise financeira que impactou diversos Estados-Membros da União Europeia, especialmente a Espanha. Roberto Galán Vioque destaca que a Diretiva 2009/28/CE se configurou como aposta para o fomento da energia renovável, o que requeria investimentos como um dos pilares para a recuperação econômica.⁹²¹ Comenta-se, ainda, que a Diretiva 2009/28/CE não apenas se omitiu em relação à harmonização dos regimes nacionais como reafirmou a discricionariedade dos Estados para que permanecesse nos moldes que cada país entendesse adequado.⁹²² Assim, deixou-se de formular, novamente, um regime de apoio comunitário e harmonizado para todos os Estados-Membros.

Eis, pois, que em 2013 a Comissão Europeia publicou o Livro Verde intitulado “Um quadro para as políticas de clima e de energia em 2030”⁹²³ e, em 30 de novembro de 2016, a Comissão Europeia apresentou o pacote “Energia Limpa para todos europeus”, que figurou como passo significativo para a implementação da União da Energia. Tal estratégia foi declarada em 25 de fevereiro de 2015 como prioridade da Comissão Juncker, a qual objetivava garantir aos consumidores da União Europeia – residenciais ou comerciais – energia segura, sustentável, competitiva e acessível.⁹²⁴

servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 100-101.

⁹²¹ GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 72.

⁹²² GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 77. Ver artigo 3º e considerando nº 25. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019. Ver também RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 163. Ver, ainda, Roberto Galán Vioque que comenta a doutrina espanhola criticava a opção pela não harmonização dos regimes de apoio e que para evitar os desequilíbrios que se estava produzindo na União Europeia, seria preciso que se estabelecesse um sistema único de fomento. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red*: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 101.

⁹²³ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde: Um quadro para as políticas de clima e de energia em 2030*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0169&from=EM>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

⁹²⁴ “Since its launch in 2015, the European Commission has published several packages of measures and regular progress reports, which monitor the implementation of this key priority, to ensure that the energy union strategy is achieved”. EUROPEAN COMMISSION. *Building the energy union*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/building-energy-union>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

Com o pacote “Energia Limpa para todos europeus”, a Comissão Europeia determinou as seguintes dimensões para a União da Energia: (i) segurança, solidariedade e confiança; (ii) mercado interno de energia totalmente integrado; (iii) eficiência energética; (iv) ação climática, descarbonização da economia; e (v) pesquisa, inovação e concorrência.⁹²⁵ Estas são medidas que visavam facilitar a transição dos combustíveis fósseis para energia limpa e redução das emissões de gases de efeito estufa em cumprimento com os compromissos assumidos no Acordo de Paris.⁹²⁶

Nesse cenário, reestruturou-se o quadro jurídico europeu para fomento das fontes renováveis de energia, resultando na publicação da Diretiva 2018/2001 que promoveu importantes alterações na normativa da União Europeia.

4.2.3 A Diretiva 2018/2001 relativa à promoção das fontes renováveis

Em 24 de dezembro de 2018, entrou em vigor a Diretiva 2018/2001, a qual reformulou a Diretiva 2009/28/EC⁹²⁷ e reestruturou o quadro jurídico para a promoção da energia renovável na União Europeia. A Diretiva reflete a atual política europeia para fomento do uso de fontes renováveis e visa ultrapassar os obstáculos ainda presentes para que a União Europeia concretize uma verdadeira transição energética. Como os novos dispositivos pormenorizaram vários aspectos para além da geração de energia elétrica, é necessário delimitar a análise desta diretiva.

⁹²⁵ “Security, solidarity and trust - diversifying Europe's sources of energy and ensuring energy security through solidarity and cooperation between EU countries. A fully integrated internal energy market - enabling the free flow of energy through the EU through adequate infrastructure and without technical or regulatory barriers. Energy efficiency - improved energy efficiency will reduce dependence on energy imports, lower emissions, and drive jobs and growth. Climate action, decarbonising the economy - the EU is committed to a quick ratification of the Paris Agreement and to retaining its leadership in the area of renewable energy. Research, innovation and competitiveness - supporting breakthroughs in low-carbon and clean energy technologies by prioritising research and innovation to drive the energy transition and improve competitiveness”. EUROPEAN COMMISSION. *Building the energy union*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/building-energy-union>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁹²⁶ “A União da Energia constitui o vetor e a contribuição principais da UE para uma transição global e abrangente para uma economia hipocarbónica”. COMISSÃO EUROPEIA. COM(2016) 860 final. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité Das Regiões e ao Banco Europeu de Investimento*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d2648a37-c626-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 13 nov. 2019.

⁹²⁷ Segundo o artigo 37 da Diretiva 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, a Diretiva 2009/28/CE somente será “revogada com efeitos a partir de 1 de julho de 2021, sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros no que respeita aos prazos de transposição para o direito interno das diretivas”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 59.

Assim, novos temas relacionados à energia renovável foram regulados pela Diretiva 2018/2001 como (i) a integração da energia renovável no setor de arrefecimento e aquecimento;⁹²⁸ e (ii) a regulação mais detalhada de procedimentos administrativos como concessão de licenças, acesso e operação da rede elétrica e integração das fontes renováveis no setor de transportes com regras específicas para biocombustíveis, biolíquidos e combustíveis biomássicos.⁹²⁹ Ademais, foram introduzidas normas sobre autoconsumo energético⁹³⁰ e criadas regras para aumentar a participação dos consumidores no mercado de energia,⁹³¹ além do maior destaque dado à eficiência energética.

Outro aspecto relevante se refere ao mecanismo de promoção do uso de fontes renováveis por meio do estabelecimento das metas dos Estados-Membros e da União Europeia. Até a Diretiva 2009/28/CE, as quotas obrigatórias eram estabelecidas para cada Estado-Membro, além do objetivo comunitário global da União Europeia. A partir da Diretiva 2018/2001, passou a vigorar uma quota global comunitária,⁹³² sem determinar objetivos nacionais vinculantes.

Consequentemente, os Estados-Membros se obrigam a fixar objetivos individuais no Plano Nacional Integrado em matéria de Energia e de Clima,⁹³³ conforme especificado no

⁹²⁸ “A fim de cumprir esses objetivos, reforçar a segurança dos investidores e promover o desenvolvimento de um mercado de aquecimento e arrefecimento a partir de energia renovável à escala da União, respeitando simultaneamente, o princípio da prioridade da eficiência energética, é conveniente incentivar o esforço dos Estados-Membros no fornecimento de aquecimento e arrefecimento a partir de energia renovável, contribuindo assim para o aumento progressivo da quota de energia renovável”. A Regulação para integração da energia renovável no setor de arrefecimento e aquecimento se insere no artigo 23, sendo que o aquecimento e arrefecimento urbano no artigo 24, ambos artigos são novidades da Diretiva 2018/2001. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 1. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

⁹²⁹ Artigo 20. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 1. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

⁹³⁰ Artigo 21. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 1. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

⁹³¹ “A Estratégia para a União da Energia reconheceu também o papel dos cidadãos na transição energética, na medida em que estes se apropriam da transição energética, tiram proveito das novas tecnologias para reduzir a sua fatura energética e participam ativamente no mercado”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 1. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

⁹³² PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 2.

⁹³³ Desse modo, cada Estado-Membro aprova o seu Plano Nacional Integrado em matéria de Energia e de Clima, respeitando o modelo aprovado pela Comissão Europeia com os requisitos mínimos estabelecidos na própria

Regulamento 2018/1999 relativo à governança da União da Energia e da Ação Climática publicado em 11 de dezembro.⁹³⁴ Sem embargo, os Estados-Membros também se comprometem a contribuir, coletivamente, para que a quota da União Europeia alcance a meta global fixada em 32%.⁹³⁵

A Diretiva 2018/2001 converteu os objetivos nacionais previstos na Diretiva 2009/28/CE⁹³⁶ como mínimo obrigatório para cada Estado-Membro transformando-os em ‘*pontos de referência*’. A partir do valor mínimo fixado, a trajetória de cada Estado-Membro deverá alcançar porcentagens mínimas em três etapas (2022, 2025 e 2027) para o aumento da participação das fontes renováveis no consumo energético.⁹³⁷ Caso o Estado-Membro se situe em patamar inferior ao valor mínimo estabelecido, este deverá corrigir o ‘desvio’ por meio de medidas adicionais.⁹³⁸ Desse modo, o sistema introduzido pela Diretiva 2018/2001 e regulamentado pelo Regulamento 2018/1999 objetiva estimular os Estados-Membros a apresentar uma trajetória de consumo de energia renovável cada vez mais ambiciosa.⁹³⁹

Diretiva. Artigo 4º, §1º. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁹³⁴ PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática*. Considerando no 59. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁹³⁵ Artigo 3º, §2º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 2.

⁹³⁶ Conforme disposto no anexo I da Diretiva 2009/28/CE.

⁹³⁷ Deve-se esclarecer que o Regulamento 2018/1999 especificou a trajetória de crescimento da quota de energia de fontes renováveis para 2022 (18%), 2025 (43%) e 2027 (65%) da quota total prevista para 2030. PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática*. Considerando no 59. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 10.

⁹³⁸ PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática*. Considerando no 59. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 10.

⁹³⁹ Artigo 4º, §2º: “Até 2022, a trajetória indicativa deve atingir um ponto de referência de pelo menos 18% do aumento total da quota de energia de fontes renováveis entre a meta vinculativa nacional desse Estado-Membro para 2020 e o seu contributo para a meta de 2030. Até 2025, a trajetória indicativa deve atingir um ponto de referência de pelo menos 43% do aumento total da quota de energia de fontes renováveis entre a meta vinculativa nacional desse Estado-Membro para 2020 e o seu contributo para a meta de 2030. Até 2027, a trajetória indicativa deve atingir um ponto de referência de pelo menos 65% do aumento total da quota de energia de fontes renováveis entre a meta vinculativa nacional desse Estado-Membro para 2020 e o seu contributo para a meta de 2030”. PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governança da União da Energia e da Ação Climática*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 18.

Enquanto a Diretiva 2009/28/CE se limitou a autorizar a adoção dos regimes de apoio, permitindo que sejam implementadas “medidas de cooperação” entre Estados-Membros ou com Estados que não fizessem parte da União Europeia,⁹⁴⁰ a Diretiva 2018/2001 apresentou uma regulação mais detalhada nesse quesito. Os regimes de apoio foram regulados no artigo 4º, fazendo expressa referência (i) à relevância de um quadro financeiro que promova os investimentos em projetos de energia renovável; (ii) ao necessário cuidado com a previsibilidade e estabilidade do regime de apoio e seu consequente impacto nos investimentos em energia renovável; e (iii) a garantia de um processo de seleção aberto, transparente, concorrencial, não discriminatório e eficaz economicamente.

Além disso, preocupa-se em garantir a contribuição direta para o cumprimento da quota comunitária global de 32% em 2030, criar incentivos para integrar as fontes renováveis no setor de eletricidade, além de se maximizar as receitas dos geradores de energia elétrica.⁹⁴¹ A União Europeia parece abandonar definitivamente a possibilidade de estabelecer uma estratégia comunitária ou harmonizar o regime de apoio a nível regional. Por conseguinte, a regulação de tais mecanismos se mantém sob responsabilidade de cada Estado-Membro.

No que tange a cooperação internacional, a Diretiva 2018/2001 avançou de modo a incentivar a celebração de projetos conjuntos, com regimes comuns de apoio no domínio da eletricidade renovável, permitindo dirigi-los a geradores de energia situados noutros Estados-Membros, bem como entre Estados-Membros e países terceiros. Nesse caso, é importante mencionar que a energia elétrica produzida em países terceiros, no âmbito dos projetos conjuntos, poderá ser computada e contribuirá para que o Estado-Membro da União Europeia cumpra com as quotas de uso de fontes renováveis na União Europeia.⁹⁴²

⁹⁴⁰ Artigo 3º, §3º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

⁹⁴¹ Artigo 4º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 25.

⁹⁴² Do mesmo modo, a Diretiva 2018/2001 também regulou os regimes de apoio conjuntos, autorizando que dois ou mais Estados-Membros combinem ou coordenem parcialmente os seus regimes nacionais. Artigo 12(3) “Para efeitos do cálculo das quotas de energia renovável ao abrigo da presente diretiva, a quantidade de eletricidade de fontes renováveis notificada nos termos do n.º 1, alínea b), deve ser adicionada à quantidade de energia de fontes renováveis tida em conta no cálculo das quotas de energia renovável do Estado-Membro que envia a carta de notificação”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 32.

A garantia de origem também foi regulada de forma mais pormenorizada na Diretiva 2018/2001, já que a Diretiva 2009/28/CE fazia referência tão-somente à eletricidade ou aquecimento/arrefecimento.⁹⁴³ Manteve-se a mesma definição, porém com uma regulação mais específica quanto ao seu valor de mercado. No artigo 19, as garantias de origem devem especificar a fonte a partir da qual foi produzida a energia e as datas de produção, além de detalhar ao que se refere o produto energético (eletricidade, gás, incluindo o hidrogénio ou aquecimento ou arrefecimento).⁹⁴⁴

É preciso destacar que a implementação da garantia de origem permanece como responsabilidade individual, sendo que os Estados-Membros não “podem reconhecer as garantias de origem emitidas por um país terceiro, exceto se a União tiver celebrado um acordo com esse país terceiro sobre o reconhecimento mútuo das garantias de origem”.⁹⁴⁵

No que tange o acesso e operação da rede elétrica, a Diretiva 2018/2001 eliminou a prioridade e o acesso garantido da eletricidade produzida com uso de fontes renováveis às redes de transmissão e distribuição de energia elétrica previsto pela Diretiva 2009/28/CE. Além disso, a aplicabilidade do princípio não-discriminatório sobre as tarifas de transmissão e distribuição da eletricidade produzida a partir de fontes renováveis é aplicada, desonerando os operadores de rede das obrigações previstas na diretiva anterior.⁹⁴⁶

Outro aspecto relevante da Diretiva 2018/2001 compreende a menção à estabilidade do apoio financeiro no novo artigo 6º que procurou tratar, nos seus dois primeiros parágrafos, das possíveis violações que podem ser ocasionadas pela instabilidade dos regimes de apoio nacionais.

1. Sem prejuízo das adaptações necessárias para cumprimento dos artigos 107.º e 108.º do TFUE, os Estados-Membros asseguram que o nível, bem como as condições, do apoio concedido aos projetos de energia renovável não sejam revistos de forma a

⁹⁴³ Artigo 15º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 22 mar. 2019

⁹⁴⁴ Artigo 19, §7º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 36.

⁹⁴⁵ Por fim, a Comissão Europeia avaliará a possibilidade de criar um rótulo ecológico com a finalidade de promover o uso de fontes renováveis de novos empreendimentos. Artigo 19, §11º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁹⁴⁶ Ressalta-se que grande parte do artigo 16º da Diretiva 2009/28/CE foi eliminada no âmbito do correspondente artigo 19 da Diretiva 2018/2001. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019.

afetar negativamente os direitos adquiridos ao abrigo dos mesmos e a prejudicar a viabilidade económica dos projetos que já beneficiam de apoio. 2. Os Estados-Membros podem adaptar o nível de apoio de acordo com critérios objetivos, desde que esses critérios sejam estabelecidos na concepção inicial do regime de apoio.⁹⁴⁷

Trata-se de um dispositivo inexistente nas Diretivas anteriores, em que se reconhece o desafio que a instabilidade dos regimes de apoio vem representando para os projetos de energia renovável. Nesse sentido, para que a efetiva promoção ocorra, é preciso garantir a estabilidade do marco regulatório nacional.⁹⁴⁸ Desse modo, estabelece-se como prioridade que os Estados-Membros assegurem a estabilidade do regime sobre a energia renovável, restringido as condições de revisão dos mesmos de modo a “afetar negativamente os direitos adquiridos” e “prejudicar a viabilidade econômica dos projetos”. Objetiva-se, portanto, eliminar o ambiente de insegurança que se proliferou no cenário europeu em virtude das alterações implementadas sobre o regime de alguns Estados-Membros.

Com fundamento neste dispositivo, o Parlamento Europeu e o Conselho reconhecem, portanto, a prejudicialidade gerada pela modificação substancial dos regimes de apoio que podem ocasionar a violação dos direitos adquiridos e prejudicar a viabilidade econômica dos projetos que já se beneficiam dos apoios concedidos.⁹⁴⁹

Além disso, é importante mencionar que a Diretiva 2018/2001 também reforçou o protagonismo dos regimes de apoio no âmbito do desenvolvimento da energia renovável. Nesse particular, “para o correto funcionamento dos regimes de apoio nacionais é vital que os Estados-Membros continuem a poder controlar os efeitos e os custos dos seus regimes de apoio nacionais em função dos seus diferentes potenciais”.⁹⁵⁰

O regime de apoio pode ser adaptado com critérios objetivos, desde que tais parâmetros sejam determinados no momento da sua implementação. As condições de prazo, tecnologia a

⁹⁴⁷ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Artigo 6º. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 27.

⁹⁴⁸ “There is thus broad consensus as to the actions that need to be taken at various levels – national, regional, and global – in order to move from current unsustainable patterns of production and use of energy to those that are sustainable”. GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 222. Nesse sentido, COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

⁹⁴⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 27.

⁹⁵⁰ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 73. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 12.

ser beneficiada, bem como o binômio adequação-capacidade do orçamento devem ser levados em consideração na instituição do benefício. É necessário, por conseguinte, manter a “confiança dos investidores” de modo a permitir que os regimes de apoio sejam eficazes na promoção do consumo de fontes renováveis. Com isso, a Diretiva 2018/2001 determina a revisão quinquenal dos regimes de apoio pelos Estados-Membros de modo a avaliar a sua eficácia, bem como os efeitos suportados pelos consumidores e investidores.⁹⁵¹

No nosso entendimento, o artigo 6º busca tratar do desafio enfrentado pelos investidores em consequência da instabilidade ocasionada pela modificação dos regimes introduzidos pela Espanha em 2007 e outros Estados-Membros como Itália e Chéquia. Irene Ruiz Olmo destaca que o artigo 6º da Diretiva 2018/2001, quando ainda era objeto de proposta, estabelecia uma referência na sua exposição de motivos ao caso espanhol⁹⁵² de modo a abordar a incerteza jurídica para os investimentos e, em última análise, assegurar a descarbonização a médio e longo-prazo.⁹⁵³ Conclui-se, por essa razão, que a incerteza dos regimes de apoio em países que modificaram substancialmente seus marcos regulatórios e adotaram medidas com incidência retroativa gerou um ambiente desfavorável aos investimentos estrangeiros no setor.⁹⁵⁴

É preciso citar, por fim, que os Estados-Membros devem colocar em vigor os dispositivos da Diretiva 2018/2001 até 30 de junho de 2021.⁹⁵⁵ Em que pese o processo evolutivo pelo qual perpassa o marco regulatório europeu para promoção da energia renovável, parece-nos que ainda se faz necessário tratar das questões latentes, entre outros aspectos, como a tutela da expectativa legítima dos investidores e os incentivos à coordenação das políticas nacionais energéticas.

⁹⁵¹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 27.

⁹⁵² RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 156.

⁹⁵³ “address investment uncertainty, along a path that takes account of medium and long term decarbonisation objectives”. EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0767&from=EN>>. Acesso em: 12 nov. 2019. p. 4.

⁹⁵⁴ Martijn Wilder e Lauren Drake supõem que a instabilidade do marco regulatório nacional provocou um decréscimo de 36% dos investimentos em fontes renováveis. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 359.

⁹⁵⁵ Artigo 36º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018L2001&from=LV>>. Acesso em: 07 out. 2019.

4.3 Os regimes de apoio para promoção da energia renovável nos Estados-Membros

Um dos obstáculos à geração de energia com uso de fontes renováveis em larga-escala se relaciona com o custo de tais projetos. Como a viabilização e as despesas relacionadas à tecnologia renovável ainda não se compatibilizaram financeiramente com aquelas das fontes tradicionais, a competitividade se configura mais limitada. Nesse contexto, os regimes de apoio objetivam, precipuamente, construir um ambiente favorável aos projetos de energia renovável com a consequente atração dos investimentos nacionais ou estrangeiros para o setor.⁹⁵⁶ Com base na premissa da importância de tais mecanismos, o quadro normativo europeu buscou incentivar que os Estados-Membros criem regimes de apoio de modo a fomentar o uso de fontes renováveis, reconhecendo a sua importância para que os objetivos nacionais sejam alcançados.⁹⁵⁷

Considerando que a implementação e regulação dos regimes de apoio foi delegada aos Estados-Membros, sem adotar um sistema comunitário para toda a União Europeia,⁹⁵⁸ inexistiu um sistema uniforme para todos os países.⁹⁵⁹ Os parâmetros para formulação, adequação e manutenção de tais regimes se encontram na legislação de cada Estado-Membro, gerando uma multiplicidade de regimes com distintas especificações e objetivos.⁹⁶⁰

⁹⁵⁶ WISER, Ryan H.; PICKLE, Steven J. Financing Investments in Renewable Energy: The Impacts of Policy Design. Edinburgh: *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, nº 2, 1998. p. 361.

⁹⁵⁷ A relevância desses mecanismos para a promoção da energia renovável é indiscutível, tendo sido expressamente reconhecida nas Diretivas 2001/77/CE, 2009/28/CE e 2018/2001. A Diretiva 2009/28/CE dispôs que se trata de um mecanismo importante para alcançar os objetivos estabelecidos na mesma. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*, 2009. Considerando nº 25. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁹⁵⁸ A opção por não instituir um regime de apoio a nível comunitário se demonstrou completamente abandonada desde a Diretiva 2009/28/CE: “*los sistemas de apoyo a las energías renovables no se encuentran armonizados; o la armonización es muy tenue*”. ALONSO MAS; María José. Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea. Navarra: Aranzadi. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 31, p. 1-24, 2015, p. 1.

⁹⁵⁹ GALÁN VIOQUE, Roberto. El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Org.). *Estudos de Direito da Energia*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 0, p.41-66, 2014, p.44.

⁹⁶⁰ “*At present, there is a multiplicity of support schemes in the EU, differing in design, set-up and goal. There is no harmonization across Member States of these schemes, resulting in a plethora of successful and less successful examples of the scale up of clean energy in the electricity grid. There seems to have been a conscious decision to not harmonize the various EU’s clean and renewable energy support schemes cross Europe. One reason for this may be the fact that both the schemes and renewable energy technologies as such are in the early stages of development that it would be premature to harmonize them across Member States on an EU level*”. MARHOLD, Anna-Alexandra. The Interplay Between Liberalization and Decarbonization in the European Internal Energy

Com isso, a Diretiva 2009/28/CE já se preocupava em aperfeiçoar a regulação de tais sistemas de apoio, ressaltando o caráter dinâmico e particular da sua implementação. Naquele momento, era preciso que os Estados estimulassem “confiança dos investidores” e que os regimes de apoio fossem “eficazes” para alcançar os objetivos nacionais.⁹⁶¹ Outra preocupação latente se relacionava com o necessário equilíbrio entre os custos que o mecanismo de apoio representava para os Estados-Membros e a real eficácia do cumprimento das metas.⁹⁶²

No que toca a definição dos regimes de apoio, é preciso destacar a ausência de um conceito na Diretiva 2001/77/CE, que se limitava a autorizar a “prestação de um apoio direto ou indireto aos produtores de eletricidade” pelos Estados-Membros. Para tanto, era necessário que os mecanismos de apoio contribuíssem para o cumprimento das metas indicativas, compatibilizando-os com os princípios do mercado interno de eletricidade e favorecendo a utilização eficaz das fontes renováveis, além de levar em consideração as suas características.⁹⁶³

Houve, contudo, uma evolução das regras sobre este instituto, introduzindo uma definição de “regime de apoio” na Diretiva 2009/28/CE,⁹⁶⁴ conceito este recentemente atualizado pela Diretiva 2018/2001. Muito embora as alterações introduzidas pela Diretiva 2018/2001 tenham sido modestas,⁹⁶⁵ é preciso destacar dois pontos relevantes: (i) a relação

Market for Electricity. In: MATHIAS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Eds.). *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing AG, vol. 5, p. 59-76, 2018, p. 72.

⁹⁶¹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*, 2009. Considerando nº 25. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 09 nov. 2019.

⁹⁶² “*Es decir, los sistemas de apoyo a las energías renovables no se encuentran armonizados; o la armonización es muy tenue*”. ALONSO MAS; María José. Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea. Navarra: Aranzadi. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 31, p. 1-24, 2015, p. 1.

⁹⁶³ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Considerando nº 22. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁹⁶⁴ Definição de ‘Regime de Apoio’, segundo a Diretiva 2009/28/CE “qualquer instrumento, sistema ou mecanismo aplicado por um Estado-Membro ou por um grupo de Estados-Membros que promove a utilização de energia proveniente de fontes renováveis, reduzindo o custo dessa energia, aumentando o preço pelo qual esta pode ser vendida ou aumentando, por meio da obrigação de utilizar energias renováveis ou de outra forma, o volume das aquisições de energias renováveis. Estão incluídos, designadamente, a ajuda ao investimento, as isenções ou reduções fiscais, o reembolso de impostos, os regimes de apoio à obrigação de utilização de energias renováveis, nomeadamente os que utilizam certificados verdes, e os regimes de apoio direto ao preço, nomeadamente as tarifas de aquisição e os pagamentos de prémios”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de abril de 2009 relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 8 nov. 2019.

⁹⁶⁵ A única alteração substancial entre o texto da Diretiva 2009/28/CE e a Diretiva 2018/2001 reside na redação expressa sobre o amplo rol dos mecanismos de apoio, denominando-os nesta última Diretiva como “instrumentos,

entre o mecanismo de apoio e a necessária redução do custo da energia renovável;⁹⁶⁶ e (ii) o caráter aberto do rol de medidas sempre que promovam o uso de fontes renováveis. Assim, no artigo 2(5) da Diretiva 2018/2001, regimes de apoio são definidos como

os instrumentos, sistemas ou mecanismos aplicados por um Estado-Membro ou grupo de Estados-Membros que promova a utilização de energia de fontes renováveis, reduzindo o custo dessa energia, aumentando o preço pelo qual esta pode ser vendida ou aumentando, mediante a obrigação em matéria de energia renovável ou de outra forma, o volume das aquisições de energia renovável, incluindo, sem, no entanto, se limitar, a ajuda ao investimento, as isenções ou reduções fiscais, o reembolso de impostos, os regimes de apoio à obrigação em matéria de energia renovável, nomeadamente os que utilizam certificados verdes, e os regimes de apoio direto ao preço, nomeadamente as tarifas de aquisição e os pagamentos de prémios variáveis ou fixos⁹⁶⁷

Enquanto a Diretiva 2009/28/CE se limitou a autorizar a adoção de regimes de apoio no âmbito do artigo 3º, a Diretiva 2018/2001 regulou esses mecanismos de forma mais complexa. No artigo 4º, especificam-se os aspectos principais como a necessidade de (i) se contribuir diretamente para o cumprimento da meta de 32% em 2030; (ii) criar incentivos para integrar fontes renováveis no mercado de eletricidade evitando distorções; (iii) maximizar as receitas dos geradores de energia elétrica; e (iv) garantir um processo de seleção aberto, transparente, concorrencial, não discriminatório e eficaz em termos econômicos.⁹⁶⁸

A Diretiva 2018/2001 também regulou os regimes de apoio conjuntos, autorizando que dois ou mais Estados-Membros combinem ou coordenem parcialmente os seus regimes de

sistemas ou mecanismos” e deixando claro que não se limita a uma “ajuda ao investimento”. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019.

⁹⁶⁶ “It is undisputed between the Parties that, compared to conventional power generation technologies, RE projects are not cost-competitive, at either the whole sale or retail level. Moreover, renewable energy investments are, at the outset capital-intensive, and the ongoing operating costs are relatively low”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §89. “It is undisputed that investments in the capital-intensive RE sector—including CSP power generation projects—require economic incentives from the State because such technologies at least initially cost more than conventional power generating facilities. The purpose of subsidization in this context is to allow the technologies to be developed in the hope that over time the costs associated therewith will decline, thus making RE technologies more competitive”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §540.

⁹⁶⁷ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 2.

⁹⁶⁸ Artigo 4º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 25.

apoio a nível nacional.⁹⁶⁹ Outro aspecto relevante é que as medidas são aplicáveis às variadas fontes renováveis, deixando a critério discricionário do Estado o tipo de regime de apoio aplicável à cada fonte de energia.⁹⁷⁰

Em um rol exemplificativo, a aceção de regime de apoio prevista na Diretiva de 2018/2001 inclui, entre outros mecanismos, “isenções ou reduções fiscais, reembolso de impostos”,⁹⁷¹ ou ainda, “certificados verdes, e os regimes de apoio direto ao preço, nomeadamente as tarifas de aquisição e os pagamentos de prémios, variáveis ou fixos”.⁹⁷² Os principais mecanismos já implementados pelos Estados-Membros são o sistema de tarifa fixa (*feed-in tariffs*) ou tarifa prémio (*feed-in premiums*), certificados verdes, quota obrigatórias, empréstimos, incentivos fiscais ou, ainda, sistemas de compensação (*net-metering*).⁹⁷³ Observa-se, assim, que vigoram distintos regimes de apoio introduzidos pelos Estados-Membros, como também por outros países que não fazem parte da União Europeia, já que os mecanismos financeiros de apoio se tornaram ferramenta essencial para o desenvolvimento da energia renovável.

4.3.1 *feed-in tariff*

O *feed-in tariff* (FIT) consiste em uma política de preço fixo estabelecida por um prazo determinado paga aos geradores de energia elétrica que utilizam fontes renováveis para cada

⁹⁶⁹ Artigo 13º. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019, p. 32

⁹⁷⁰ “Las Directivas que contienen las disposiciones relativas a estos mecanismos de apoyo, no señalan la obligación de utilizar un sistema específico para la energía fotovoltaica. Son los Estados los que deciden el sistema más apropiado para esta tecnología”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 163.

⁹⁷¹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*, 2009. Considerando nº 25. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 29 out. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*, 2009. Considerando nº 25. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 29 out. 2019.

⁹⁷³ RESTREPO, Tomás. Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty: *Eiser and Charanne in the Context of Climate Change*. Goettingen: *Goettingen Journal of International Law*, n. 8, p. 101-137, 2017, p. 102.

unidade alimentada no sistema de transmissão.⁹⁷⁴ Nesse sentido, a OCDE esclarece que o FIT oferece garantia de preço ao produtor de energia de determinada fonte energética por quilowatt-hora - \$/kWh -, alimentado no sistema de transmissão.⁹⁷⁵

Eis, pois, que além da garantia de estabilidade da tarifa, esta se configura, normalmente, acima do preço que se pagaria para eletricidade gerada com uso de combustíveis fósseis.⁹⁷⁶ Com isso, garante-se⁹⁷⁷ um preço mínimo de mercado fixado pela autoridade governamental⁹⁷⁸ a longo prazo, convencenando que os operadores da rede garantam a compra da energia elétrica.⁹⁷⁹

Deve-se ressaltar, contudo, que existem variações do FIT.⁹⁸⁰ O programa de tarifas pode ser delineado de maneira adaptada à tecnologia que visa fomentar, o tamanho do empreendimento, a localidade e o prazo. “As maiores diferenças estão no valor da tarifa bonificada, na duração dos contratos, na redução ou não do valor da tarifa bonificada ao longo do contrato e na limitação ou não da potência instalada”.⁹⁸¹

⁹⁷⁴ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 56.

⁹⁷⁵ “*They are market-based economic instruments, which typically offer long-term contracts that guarantee a price to be paid to a producer of a pre-determined source of electricity per kWh fed into the electricity grid*”. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Renewable energy feed-in tariffs*. Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RE_FIT#>. Acesso em: 10 nov. 2019.

⁹⁷⁶ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 384.

⁹⁷⁷ “*A feed-in tariff is a type of price support for renewable energy technologies, guaranteeing that electricity generated from renewable technologies will sell for a certain minimum price in electricity markets*”. WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 230. “*A FIT programme typically involves fixing the price paid for electricity produced from renewable energy at a level higher than the price for fossil fuel-fired electricity. A government regulatory authority unilaterally fixes the price, or prospective generators bid on the price, which encourages competition*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 384.

⁹⁷⁸ “*A government regulatory authority unilaterally fixes the price, or prospective generators bid on the price, which encourages competition*”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 384.

⁹⁷⁹ “*esta obligación legal se traduce en la imposición a los proveedores de electricidad de adquirir una determinada cuota de electricidad a un precio mínimo garantizado, superior al precio de mercado*”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 164.

⁹⁸⁰ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 55.

⁹⁸¹ FIGUEIRAS, Baltazar de Jesus Pina Patuleia. *Mecanismos de incentivos ao fotovoltaico: estudo comparativo Portugal/Brasil*. 86 f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Faculdade de Ciências, Universidade de Lisboa, 2013, p. 11.

Uma variação do FIT é denominada de tarifa prêmio (*feed-in tariff premium*) que consiste na “tarifa da eletricidade em vigor no mercado”⁹⁸² acrescida de um bônus. Esse sistema vigorou especialmente na Espanha,⁹⁸³ porém também foi implementado em outros países.⁹⁸⁴ Três elementos se configuram como característicos do programa de FIT: (i) acesso à rede de transmissão; (ii) contratos de longo-prazo para venda de eletricidade; e (iii) preço baseado no custo de produção acrescido de uma taxa de rentabilidade razoável.⁹⁸⁵

É possível citar inúmeras vantagens para se adotar o FIT, já que assegura maior certeza à energia produzida com fontes renováveis, encorajando os investimentos. O FIT se caracteriza como um dos mais efetivos mecanismos para conceder suporte financeiro direto aos projetos de energia renovável, pois garante um preço de venda maior no âmbito do *power purchase agreement* (PPA) e, com isso, gera um aumento da receita, permitindo que o gerado negocie melhor o financiamento para seu projeto. Por último, o FIT pode ser adotado no âmbito de várias fontes de energia renovável.⁹⁸⁶

Desse modo, o FIT é comumente adotado para encorajar investimentos e tornar projetos de energia renovável economicamente viáveis. De acordo com REN21, o FIT foi progressivamente implementado em diferentes países e, ao menos 107 países já utilizaram esse regime de apoio, conforme gráfico abaixo (Figura 8).

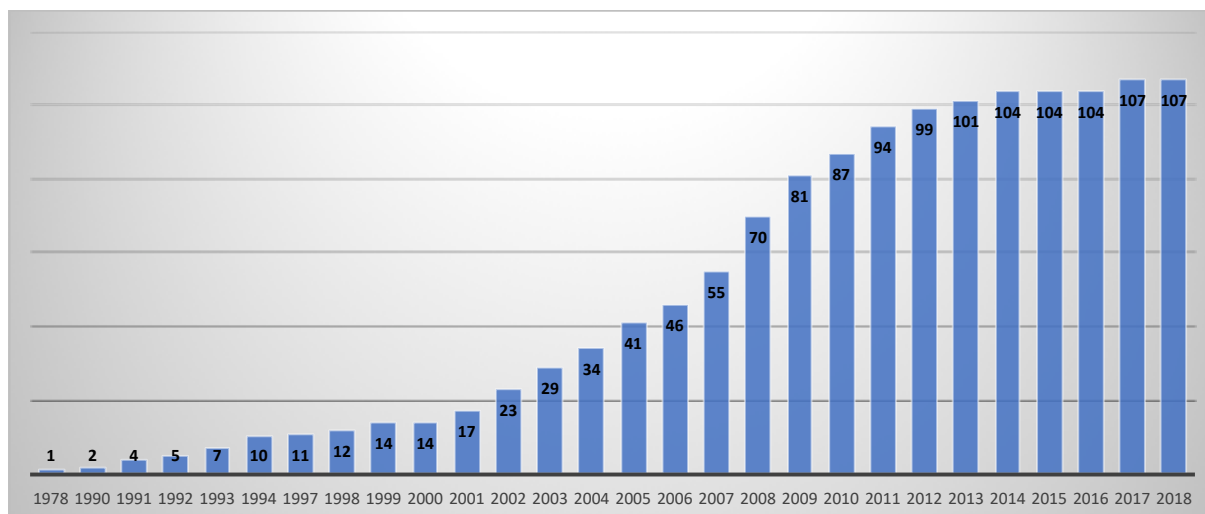
⁹⁸² FIGUEIRAS, Baltazar de Jesus Pina Patuleia. *Mecanismos de incentivos ao fotovoltaico: estudo comparativo Portugal/Brasil*. 86 f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Faculdade de Ciências, Universidade de Lisboa, 2013, p. 11.

⁹⁸³ Acerca do sistema *feed-in tariff*, Roberto Galán Vioque afirma que “*este es el modelo que eligió España aunque para algunas tecnologías lo combina, o mejor dicho lo combinaba, con la posibilidad de que el productor de energías con fuentes renovables optara por vender su electricidad en el mercado libre con el derecho a recibir una prima extra (este es el sistema que aplican también Alemania y Dinamarca)*”. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 102. “*To ensure that the combination of the two does not pay producers either too little or too much, the Spanish version uses a lower floor and upper cap*”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 55.

⁹⁸⁴ Da análise dos antecedentes históricos, alguns países se basearam fundamentalmente no sistema de tarifas como ocorreu com a Alemanha e Espanha. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 23.

⁹⁸⁵ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 55.

⁹⁸⁶ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 384.

Figura 8 –Evolução do número cumulativo de políticas *feed-in tariff*

Fonte: RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK⁹⁸⁷

Nem todos os programas ainda se encontram vigentes, posto que alguns foram extintos ou substituídos.⁹⁸⁸ Este arquétipo foi implementado inicialmente nos Estados Unidos, em 1978, porém outros países como, por exemplo, os Estados-membros da OCDE adotaram o FIT para projetos de energia solar fotovoltaica como demonstrado na tabela de vigência do programa de *feed-in tariff* (Apêndice 4).

Idealmente, as tarifas são garantidas por um período limitado e, posteriormente, reduzidas, permitindo que os investidores tenham tempo para obter seus resultados, mas que também recebam incentivos para redução do custo necessário para construção ou aquisição dos seus empreendimentos. O custo da tarifa é normalmente suportado pelos consumidores que arcam com uma sobrecarga sobre a energia elétrica adquirida.⁹⁸⁹

O FIT permite uma entrada mais facilitada da energia elétrica produzida com uso de fontes renováveis no mercado, encorajando produtores locais pequenos, além de incentivar o aumento do fluxo de investimento, demonstrando ser um regime de apoio útil para países em

⁹⁸⁷ O gráfico foi elaborado pela autora utilizando os dados do relatório de 2019 da *Renewable Energy Policy Network* disponibilizados na Tabela R11 intitulada “*Feed-in Electricity Policies, Cumulative Number of Countries/States/Provinces and 2018 Revisions*”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables Global Status Report 2009*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2009_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁹⁸⁸ *Renewable Energy Policy Network* (REN21) destaca que os programas de FIT dos seguintes países foram descontinuados: Espanha, Suécia, Noruega, Brasil, Ontario (Canadá), República da Coreia, África do Sula, Ilhas Maurício. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables Global Status Report 2009*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2009_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019, p. 208.

⁹⁸⁹ “*En este sistema se podría decir que los asociados a este sistema de apoyo recaen sobre los consumidores eléctricos*”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 164.

desenvolvimento. É preciso, contudo, que o programa de FIT seja adequadamente desenhado, implementado e suportado financeiramente pelo Estado para que se conforme como uma medida bem-sucedida para promoção da energia renovável.⁹⁹⁰

Na contribuição de Martijn Wilder e Lauren Drake, afirma-se que um dos exemplos bem-sucedidos é o da Alemanha, que introduziu o regime de FIT em 1990 e o alterou em 1998, finalmente substituindo-o em 2000. Com base nesse mecanismo, a Alemanha conseguiu fomentar a geração de energia eólica, hídrica, solar, geotermal e biomassa, contribuindo para que o setor de energia renovável alcançasse escala comercial.⁹⁹¹

No âmbito do programa de FIT proposto pela Alemanha, os geradores de energia elétrica se beneficiavam do acesso prioritário à rede elétrica e, ademais, contavam com a obrigação por parte dos distribuidores para comprar toda a energia gerada a um preço fixo.⁹⁹² Desse modo, existiam diferentes níveis de apoio de acordo com as especificidades de cada tecnologia, conforme seu nível de maturidade e custo.⁹⁹³

Cabe destacar os efeitos positivos no desenvolvimento da energia renovável na Alemanha. Em 2006, a sua participação no consumo bruto de eletricidade alcançou 11,8% e representou um crescimento de 13,4% em relação ao ano anterior com redução de, aproximadamente, 97 milhões de toneladas de emissões de dióxido de carbono.⁹⁹⁴ Em 2017, a quota de energia proveniente de fontes renováveis no consumo final bruto de energia marcava 15,5%, com projeção de 18% para 2020.⁹⁹⁵

⁹⁹⁰ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 384.

⁹⁹¹ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 383.

⁹⁹² A tarifa fixa pode variar dependendo da fonte de energia renovável.

⁹⁹³ “At the heart of the [German] current law is a requirement that operators of power grids give priority to plants generating electricity from renewable energy sources. Other features include different tariffs for different renewable technologies, tariffs fixed for twenty years from the commissioning of the energy installation, reviews every two years, and a consumer-pays scheme.” OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 193.

⁹⁹⁴ “In 2006, the share of renewable energy in total gross electricity consumption in Germany reached 11.8 per cent, an increase of 13.4 per cent from the year before, which resulted in an estimated reduction of 97 million tonnes in carbon dioxide emissions”. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 193.

⁹⁹⁵ EUROSTAT. *Share of renewable energy in gross final energy consumption*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/t2020_31/default/bar?lang=en>. Acesso em: 22 mar. 2019. “Even more encouraging are predictions that the share of renewable energy in Germany could reach 50 per cent

A Espanha também adotou o FIT para energia solar, eólica, biomassa e geotermal, por meio do regime de remuneração especial. Além disso, a Irlanda adotou o mecanismo do FIT para energia oceânica e a Suíça para energia elétrica produzida a partir da energia solar, eólica, no âmbito de hidrelétricas de menor escala, biomassa e geotérmica.⁹⁹⁶

Não se pode desprezar algumas particularidades relacionadas à implementação do FIT. Martijn Wilder e Lauren Drake se debruçam sobre o tema e destacam algumas críticas como (i) a incerteza do real impacto deste mecanismo no fomento das energias renováveis; (ii) a imprevisibilidade de que qualquer ajuste na tarifa após a implementação inicial do mecanismo pode resultar em insegurança jurídica, além de incrementar o risco potencialmente limitando o investimento e o desenvolvimento dos projetos em energia renovável; e (iii) a dificuldade para realizar a correção do preço da tarifa. Se a tarifa estiver muito alta, os custos incorridos pelo governo e consumidores podem exceder o limite desejável. Se a tarifa estiver muito baixa, os incentivos financeiros propostos pelo FIT serão insuficientes para encorajar os investimentos necessários.⁹⁹⁷

by 2050". OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 193.

⁹⁹⁶ "In 2012 the Swiss Federal Office of Energy commissioned an evaluation of the Feed-in Tariff System. It concluded that the feed-in tariff was successful in implementing the goals as far as more energy from renewable energy sources was produced. Nevertheless, the existing KEV system has become subject to criticism. Besides the lack of incentive to produce under market-oriented conditions, the question of a sufficient legal basis was raised also". HÄNNI, Julia. Energy Transition in Switzerland. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, p. 43-57, 2018, p. 48. Destaca-se, ainda, que a China e Índia se tornaram exemplos de países que adotaram o FIT para energia eólica e solar, respectivamente. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 384. Na China, o mecanismo foi implementado no início de 2006 com tarifas adotadas com referência ao preço do carvão, acrescido de um prêmio de aproximadamente 3 centavos por kWh. "China's feed-in law took effect at the start of 2006. Tariffs are set according to the average coal price for the relevant province, plus a premium of approximately 3 cents per kWh". OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 193.

⁹⁹⁷ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 383-384. Nesse sentido, afirma Richard Ottinger, Lily Mathews e Nadia Czachor sobre a dificuldade em estabelecer um programa de FIT em níveis apropriados, haja vista que este pode se configurar muito alto e os geradores de energia terão lucros à custo dos encargos públicos ou pode se caracterizar como muito baixo e a produção não será encorajada. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 193-194. "Se trata de un sistema en el que la remuneración que obtenían los productores era elevada. Como señalamos anteriormente esta remuneración era controlada por el regulador, pues era el

Outras críticas são apresentadas por Richard Ottinger que afirma que o FIT seria um regime de apoio que não encoraja inovação, posto que as tarifas são garantidas. Para o autor, a mola propulsora para o desenvolvimento da energia renovável deve se concentrar no incentivo à inovação e redução nos custos de produção. Na Alemanha, por exemplo, os investimentos em tecnologia reduziram o custo dos sistemas eólicos e fotovoltaico em, aproximadamente, 40% durante o período entre 1991 e 2002.⁹⁹⁸

Em virtude das dificuldades de muitos reguladores em desenhar adequadamente o programa de FIT, muitas políticas foram revisitadas durante o período de 2009-2013. Dentre os países que procederam com as alterações legislativas para reestruturar o programa de apoio de FIT se destacam principalmente Itália e Espanha.⁹⁹⁹

De especial relevo crítico é a compreensão de que o regime de apoio deve ser estruturado de modo adequado às características da fonte que se deseja fomentar e às necessidades dos consumidores, sendo coordenado com os compromissos assumidos em outros cenários como, por exemplo, no âmbito do comércio internacional. Atrelado a todos esses fatores, é preciso que o ambiente econômico seja também favorável para que o regime de apoio se configure como coerente com os princípios e parâmetros inicialmente estabelecidos.

4.3.2 incentivos fiscais

encargado de fijarla. Si bien es cierto que permitió en la primera fase de desarrollo de las energías renovables su efectiva implementación, países como Alemania o España lo han abandonado dado lo costoso que demostró ser. Lo difícil de este sistema es ajustar las primas a lo que realmente es necesario para compensar su coste y el riesgo de poner una sobreprima como ocurrió en España implica que las energías renovables sean vistas como una inversión y no como una actividad industrial". RUIZ OLMO, Irene. El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 164.

⁹⁹⁸ OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 193. Em que pese o sucesso de alguns programas de FIT, há quem afirme que a União Europeia estuda eliminar este tipo de incentivo ao longo dos próximos anos. MARHOLD, Anna-Alexandra. The Interplay Between Liberalization and Decarbonization in the European Internal Energy Market for Electricity. In: MATHIAS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Eds.). *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing AG, vol. 5, p. 59-76, 2018, p. 72.

⁹⁹⁹ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. Isabel Soares, Laura Cabeza-García e María Teresa García-Alvarez ressaltam estudos empíricos realizados com relação à efetividade do programa de FIT para promoção de energia solar fotovoltaica e energia eólica na Itália, França, Alemanha e Espanha. SOARES, Isabel; CABEZA-GARCÍA, Laura; GARCÍA-ALVAREZ, María Teresa. Assessment of energy policies to promote photovoltaic generation in the European Union. Elsevier: *Energy*, vol. 151, p. 864-874, 2018, p. 865.

Os incentivos fiscais podem assumir diferentes roupagens como, por exemplo, se caracterizar como “imunidades, isenções, reduções de base de cálculo, créditos prêmios, crédito outorgados” com objetivo de “estimular o contribuinte à adoção de determinados comportamentos”.¹⁰⁰⁰

Devem ser adotados de maneira acurada, posto que podem resultar na violação de outros instrumentos multilaterais no âmbito de sistemas de comércio ou concorrencial, como ocorre no caso da OMC e da União Europeia, respectivamente. Ademais, a experiência com a aplicabilidade de tais incentivos demonstra que os mesmos precisam ser aliados à boa qualidade da tecnologia e dos equipamentos que recebem eventuais benefícios.¹⁰⁰¹

Os incentivos fiscais utilizados para fomentar a geração de energia renovável podem constituir, por exemplo, em crédito fiscal que vincula os benefícios à quantidade de eletricidade produzida. Os créditos fiscais são tipicamente calculados com base no percentual do custo ou do resultado do projeto como, por exemplo, \$/kWh e, por isso, seria um mecanismo similar ao FIT no que se refere à administração do seu pagamento.

A principal diferença se estabelece no fato de que o detentor do projeto necessita ter obrigações tributárias suficientes para, de fato, monetizar o crédito fiscal.¹⁰⁰² É verdade que os pagamentos de crédito fiscal são geralmente preferenciais em relação às deduções fiscais, já que aqueles garantem benefícios equivalentes às pessoas de qualquer nível de renda e as deduções fiscais garantem maiores benefícios às pessoas que possuem rendas mais altas.¹⁰⁰³

¹⁰⁰⁰ MELO, José Eduardo Soares de. *Dicionário de direito tributário: material e processual*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 246. No direito brasileiro, Sílvia Helena Gomes Piva afirma que não há, na doutrina, “um consenso envolvendo a questão terminológica da expressão *incentivos fiscais*, o que também não é reforçado nem pelo Texto Constitucional e demais normas do plano infraconstitucional, tampouco pela Jurisprudência”. PIVA, Sílvia Helena Gomes. *Incentivos Fiscais: uma visão normativa*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 24. No prefácio da obra, Paulo Ayres Barreto faz uma referência à perspectiva internacional dos incentivos fiscais, de maneira que se consolidou como “o direito de os Países exercerem a sua soberania tributária de modo a criar incentivos para a instalação de negócios em seus territórios”. BARRETO, Paulo Ayres. Prefácio. In: PIVA, Sílvia Helena Gomes. *Incentivos Fiscais: uma visão normativa*. Salvador: Ed. JusPodivm, p. 13-18, 2018, p. 13.

¹⁰⁰¹ “However, as experience in California and India shows, strong investment support can backfire unless combined with rigorous equipment standards and maintenance requirements, as there is otherwise no incentive to choose reliable equipment or operate installations efficiently”. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. *Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities*. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 194.

¹⁰⁰² UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Feed-in Tariffs as a Policy Instrument for Promoting Renewable Energies and Green Economies in Developing Countries*. Disponível em: <https://unfccc.int/files/documentation/submissions_from_parties/adp/application/pdf/unep_us_ws2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁰³ OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. *Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities*. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 194.

Além dos créditos, também é possível conceder isenções fiscais às empresas geradoras de energia renovável ou, ainda, aos produtos utilizados para geração com uso de fonte renovável. Esse tipo de mecanismo apresenta duas questões críticas, como o fato de que são os recursos públicos que cobrem tais incentivos fiscais, além de vir a se caracterizar como pouco atrativo para a instalação de um grande projeto comercial de energia renovável.¹⁰⁰⁴

Trata-se de incentivos que foram adotados em alguns países ao redor do mundo, com objetivo de incentivar o uso de energia renovável direcionado ao patamar residencial, com pouco expressividade nos Estados-Membros da União Europeia.¹⁰⁰⁵ Roberto Galán Vioque aponta que este sistema foi principalmente adotado em Malta e na Finlândia e como instrumento adicional no Chipre, Reino Unido e Chéquia.¹⁰⁰⁶ No Brasil, é possível verificar algumas isenções fiscais, como aquela aplicável sobre os painéis fotovoltaicos, que serão tratadas mais adiante.

4.3.3 quotas obrigatórias

O sistema baseado em quotas obrigatórias constitui um mecanismo de apoio financeiro recente adotado a partir da década de 1990. Um número crescente de Estados vem instituindo este regime de maneira geral ou específica para as diferentes fontes renováveis.¹⁰⁰⁷ Os Estados-Membros da União Europeia também implementaram o sistema de quotas obrigatórias por meio

¹⁰⁰⁴ ALONSO MAS; María José. Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea. Navarra: Aranzadi. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 31, p. 1-24, 2015, p. 5. Enquanto subsidiar qualquer combustível, tecnologia ou produto distorce o mercado, caracterizando-se como medida indesejável a longo prazo, há quem alegue que subsídios temporários permitem introduzir as tecnologias de energia renovável no mercado, provando também serem efetivos, justificáveis e, muitas vezes, essenciais para o seu desenvolvimento. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 192.

¹⁰⁰⁵ Na China, por exemplo, as residências recebiam 30% de subsídio do governo chinês e, na Mongólia continental, o projeto piloto do sistema híbrido de energia fotovoltaica e eólica resultou na instalação de 400 projetos residenciais em seis condados durante o período de 1996 a 2001. No Nepal, 75% do custo de pequenas instalações familiares de biogás e solar utilizadas para bombas de água potável receberam incentivos do governo. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 192; 195.

¹⁰⁰⁶ GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 77.

¹⁰⁰⁷ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 386.

de uma obrigação aos consumidores, produtores e distribuidores de energia elétrica para participação de renováveis em percentual da matriz energética nacional.¹⁰⁰⁸

Esta é uma obrigação usualmente executável pela comercialização de certificados verdes, em que os Estados determinam as suas quotas e o preço da energia é estabelecido pelos agentes que participam do programa de incentivo.¹⁰⁰⁹ O objetivo das quotas obrigatórias é reduzir os custos absorvidos pelos consumidores em decorrência da aplicabilidade de outros regimes de apoio às fontes de energia renovável.¹⁰¹⁰

4.3.4 financiamentos públicos

Os financiamentos públicos também são importantes mecanismos de incentivo direcionados aos projetos de energia renovável. Tais empréstimos são comumente realizados com condições financeiras mais benéficas para criar um ambiente favorável aos investimentos.

Estes mecanismos de apoio já foram adotados em países como China¹⁰¹¹ e Estados Unidos, sendo que este último financiou grande parte dos projetos de energia solar no seu território.¹⁰¹² Não há, todavia, expressividade como mecanismo implementado nos Estados-Membros da União Europeia.

¹⁰⁰⁸ EUROPEAN COMMISSION. SEC(2008) 57. *Commission Staff Working Document: The support of electricity from renewable energy sources*. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2008/0057/COM_SEC\(2008\)0057_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2008/0057/COM_SEC(2008)0057_EN.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

¹⁰⁰⁹ Isabel Soares, Laura Cabeza-García e María Teresa García-Alvarez realizaram um estudo sobre a efetividade dos regimes de apoio FIT e quotas obrigatórias para incentivo à instalação de energia solar fotovoltaica nos Estados-Membros da União Europeia durante o período de 200-2014 para que as entidades reguladoras possam avaliar o melhor regime de apoio a ser adotado para cada fonte renovável. “*the objective of this paper is to analyse the effects of the two main RES-E support policies in the EU- feed-in tariff (FIT) and quota obligation - as well as their main policy design elements, on the installed solar PV capacity in the EU-28 in the period 2000-2014*”. SOARES, Isabel; CABEZA-GARCÍA, Laura; GARCÍA-ALVAREZ, María Teresa. *Assessment of energy policies to promote photovoltaic generation in the European Union*. Elsevier: *Energy*, vol. 151, p. 864-874, 2018, p. 865.

¹⁰¹⁰ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 167.

¹⁰¹¹ Na China, por exemplo, os financiamentos públicos oferecidos pelo governo apresentam taxas de juros equivalentes à metade dos juros de empréstimos tradicionais. Na Índia, uma redução maior se aplica para os projetos *on-grid* com capacidade maior que 3MW e na Coréia do Sul, a maior instalação eólica foi construída com a assistência de um financiamento público do governo e uma promessa de compra de energia com preço equivalente ao dobro pago às plantas de carvão e petróleo. OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. *Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities*. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, p. 183-206, 2008, p. 195.

¹⁰¹² Os Estados Unidos desenvolveram um programa de incentivo à energia renovável com base na iniciativa do Departamento de Energia dos Estados Unidos (“DOE”) denominado “*DOE’s SunShot Initiative*”. Tal programa buscou desenvolver a energia solar a partir de programas de fomento e disponibilizando financiamentos que se tornaram vitais para o desenvolvimento e construção de novas plantas de energia. UNITED STATES OF

4.3.5 certificados verdes

Os certificados verdes são uma espécie de regime de apoio em que os produtores vendem no mercado livre o título referente à energia elétrica gerada com uso de fontes renováveis.¹⁰¹³ Trata-se de um título comercializável sempre que a eletricidade seja proveniente de renováveis. A comercialização dos certificados verdes se consolida em um mercado secundário, promovendo uma compensação para reduzir o custo gerado pelo uso das fontes renováveis.

Normalmente, o produtor de energia renovável obtém da Administração Pública um número de certificados verdes em relação a sua produção, aportando aqueles necessários para cumprir com a geração que lhes corresponda e o excedente pode ser vendido no mercado para aqueles interessados que apresentam déficit de produção de renováveis.¹⁰¹⁴ O mecanismo de certificados verdes vem acompanhado por um regime de sanções econômicas para os consumidores ou produtores que não cumpram com sua quota de renováveis, tendo sido comumente aplicável na Bélgica, Itália, Polônia, Reino Unido e Suécia.¹⁰¹⁵

Na contribuição de María José Alonso Mas, ressalta-se que os certificados verdes apresentam o incentivo à maior produtividade com uso de fontes renováveis já que implica a

AMERICA. U.S. Department of Energy (DOE): *Solar Energy Technologies Office*. Disponível em: <<http://energy.gov/eere/sunshot/about>>. Acesso em: 02 jan. 2020. O desenvolvimento de tecnologias associadas aos programas de incentivo e financiamento de renováveis promovidos pelo DOE resultaram na construção de cinco importantes empreendimentos de energia solar nos Estados Unidos: *Solana*, *Genesis Solar*, *Ivanpah Solar Electric Generating System*, *Crescent Dunes* e *Mojave Solar One*. Tais projetos foram beneficiados de financiamentos de até bilhões para que a sua consecução fosse alcançada. UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Department of Energy. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*, 2014. Disponível em: <http://energy.gov/sites/prod/files/2014/05/f15/2014_csp_report.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2020. No caso de *Solana*, o projeto recebeu um empréstimo de US\$1,4 bilhões e mais um investimento de US\$2 bilhões; *Genesis Solar* e *Ivanpah Solar Electric Generating System* receberam um empréstimo parcial de US\$852 milhões e o total de US\$1,2 bilhões em investimentos; recebeu um empréstimo parcial de US\$852 milhões e o total de US\$1,2 bilhões em investimentos, *Crescent Dunes* recebeu um empréstimo parcial de US\$737 milhões e o total de US\$1 bilhão em investimentos; e *Mojave Solar One* recebeu um empréstimo parcial de US\$1,2 bilhões e o total de US\$1,7 bilhões em investimentos. UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Department of Energy. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*, 2014. Disponível em: <http://energy.gov/sites/prod/files/2014/05/f15/2014_csp_report.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2020.

¹⁰¹³ PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 107.

¹⁰¹⁴ ALONSO MAS; María José. Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea. Navarra: Aranzadi. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 31, p. 1-24, 2015, p. 7.

¹⁰¹⁵ GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 77.

garantia de compra de energia elétrica a preço maior de venda.¹⁰¹⁶

4.3.6 *net-metering*

O *net-metering* consiste em um mecanismo adotado especialmente para as instalações residenciais, em que há compensação entre o consumo e a geração de energia elétrica.¹⁰¹⁷ Nesse caso, a “energia elétrica produzida primeiramente é para consumo da residência e só no caso da produção ser maior que o consumo é que existe a venda de energia para a rede”.¹⁰¹⁸ No entanto, se o consumo for maior, é preciso pagar a diferença ao operador da rede elétrica. Este regime de apoio que, juntamente com a tarifa fixa, requer o pagamento de preços mais elevados do que aqueles praticados no mercado, são comumente suportados pelos consumidores finais.

Um aspecto relevante do mecanismo de *net-metering* se verifica na recente Diretiva 2018/2001, em que seu artigo 21, alínea ‘d’ tornou obrigatório que os Estados-Membros implementem o *net-metering*. Nesse particular, a Diretiva 2018/2001 determinou que os autoconsumidores de energia renovável terão o direito de “receber uma remuneração, inclusive, se aplicável, através de regimes de apoio, pela eletricidade renovável de produção própria fornecida à rede”, garantindo-lhes valor de mercado, entre outras características.¹⁰¹⁹

No Brasil, o crescimento da capacidade de geração distribuída de energia elétrica, cujo crescimento foi estimulado por medidas regulatórias que, particularmente, permitiram a implementação da geração distribuída¹⁰²⁰ com a compensação de eletricidade excedente, a qual

¹⁰¹⁶ ALONSO MAS; María José. Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea. Navarra: Aranzadi. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 31, p. 1-24, 2015, p. 8.

¹⁰¹⁷ FIGUEIRAS, Baltazar de Jesus Pina Patuleia. *Mecanismos de incentivos ao fotovoltaico: estudo comparativo Portugal/Brasil*. 86 f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Faculdade de Ciências, Universidade de Lisboa, 2013, p. 12.

¹⁰¹⁸ FIGUEIRAS, Baltazar de Jesus Pina Patuleia. *Mecanismos de incentivos ao fotovoltaico: estudo comparativo Portugal/Brasil*. 86 f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Faculdade de Ciências, Universidade de Lisboa, 2013, p. 12.

¹⁰¹⁹ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 60. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁰²⁰ “sistema de compensação de energia elétrica: sistema no qual a energia ativa injetada por unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa”. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Balanco Energético Nacional*. Disponível em: <<http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-ben>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

foi gerada por sistemas de menor porte,¹⁰²¹ desencadeou a revisão das tarifas pagas à eletricidade injetada na rede elétrica.

4.3.7 leilões

Por fim, é importante citar, também, que muitos países fazem uso de leilões direcionados às fontes renováveis que determina o preço da tarifa nos contratos de compra de energia elétrica. O REN21 ressalta que, em 2018, ao menos 48 países promoveram leilões para geração de energia elétrica com uso de renováveis em comparação a 29 em 2017.

Por um lado, alguns desses leilões foram direcionados para uma tecnologia de fonte renovável específica como, por exemplo, energia solar.¹⁰²² Por outro lado, outros leilões estabeleceram editais para várias tecnologias combinando fontes tradicionais e renováveis, como ocorreu no caso do Brasil, em que a ANEEL promoveu o Leilão N° 03/2018 para “compra de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração, a partir das fontes hidrelétrica, eólica e termelétrica - a carvão, a gás natural e a biomassa, no Ambiente de Contratação Regulada” com preços iniciais fixados em R\$/MWh.¹⁰²³

Posteriormente, o Leilão n° 4/2019 promovido pela ANEEL determinava a “compra de energia elétrica proveniente de novos empreendimentos de geração” para celebrar o “contrato de concessão de uso de bem público, emissão de autorização ou adequação de outorga existente, a partir das fontes hidrelétrica, eólica, solar fotovoltaica e termelétrica”.¹⁰²⁴

Em que pese a mudança do regime de apoio para o sistema de leilão ter ocorrido em muitos países, a REN21 afirma que o programa de FIT continua desempenhando papel central no desenvolvimento da energia renovável com especial destaque às tecnologias ainda em progresso. Em 2018, o FIT permaneceu vigente em aproximadamente 111 países.¹⁰²⁵ No Brasil

¹⁰²¹ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Balanço Energético Nacional*. Disponível em: <<http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-ben>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹⁰²² No Japão, o leilão foi realizado para produção de 447 MW a partir de energia solar. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *The Renewables Global Status Report 2019*. Disponível em <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/gsr_2019_full_report_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 59.

¹⁰²³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 03/2018-ANEEL*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leil%C3%A3o_A%20-%206_2018.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰²⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 04/2019-ANEEL*. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_leilao_04-2019_aneel_A-6_30len.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹⁰²⁵ “Despite the shift to auctions in many countries, feed-in tariff (FIT) policies continue to play a role in national and sub-national policy schemes and were in place in 111 countries by year’s end. FIT support for utility-scale

e Espanha, contudo, o procedimento de leilão vem se conformando como mecanismo de apoio para os empreendimentos de energia renovável.

4.4 A compatibilidade dos regimes de apoio com as regras de Direito da Concorrência da União Europeia e da Organização Mundial do Comércio

A partir de uma análise dos antecedentes históricos para implementação dos regimes de apoio demonstra-se que, ao mesmo tempo que tais mecanismos se caracterizam como instrumento central para a redução do custo dos projetos de energia renovável, eles precisam ser coordenados com outras obrigações assumidas no plano internacional.

Em outras palavras, as diversas repercussões no plano jurídico se expressam de múltiplas formas. Além da questão atrelada à instabilidade de tais mecanismos como resultado de subseqüentes alterações dos regimes de apoio, as características desses mecanismos também foram objeto de análise da sua compatibilidade com as regras de Direito da Concorrência da União Europeia (*auxílio de Estado*) e da OMC.

4.4.1 A aplicabilidade das regras de auxílio de Estado aos regimes de apoio

Em algumas oportunidades, a compatibilidade dos regimes de apoio foi avaliada à luz das regras de Direito da Concorrência da União Europeia, podendo se caracterizar como auxílio de Estado. Nessa linha, algumas decisões se tornaram notáveis contribuições para uma análise crítica sobre como a União Europeia interpreta os regimes de apoio que deveriam, a princípio, apoiar o desenvolvimento das renováveis. E, ao revés, as decisões europeias acabam por criar restrições à aplicabilidade dos regimes de apoio por seus Estados-Membros.

Em 13 de março de 2001, o Tribunal de Justiça da União Europeia emitiu a sentença no caso *PreussenElektra AG v. Schleswag AG* (C-379/98)¹⁰²⁶ decidindo acerca da caracterização do regime de apoio introduzido pela Alemanha como auxílio de Estado. Nesse contexto, o

renewable projects is often now limited to countries with nascent renewable energy markets. FITs also are used to support less-established technologies, or technologies with relatively high project development costs that often are not included in auctions.” RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *The Renewables Global Status Report* 2019. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/gsr_2019_full_report_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 59.

¹⁰²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-379/98. *PreussenElektra AG v. Schleswag AG* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0379&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Tribunal de Justiça da União Europeia também avaliou se o mecanismo poderia ser considerado como medida de restrição quantitativa à importação ou se teria efeito equivalente.¹⁰²⁷

O objeto da sentença *PreussenElektra AG v. Schleswig AG* circunscrevia a vigência da lei alemã editada em 1991, cuja versão inicial regulava “a compra pelas empresas públicas de fornecimento de eletricidade decorrente exclusivamente”¹⁰²⁸ de algumas fontes renováveis específicas, tendo esta lei sofrido diversas modificações posteriores.

No âmbito da referida legislação alemã, a *Schleswig* se obrigava a comprar eletricidade produzida com uso de fontes renováveis a preços mínimos fixos superiores ao valor econômico real. Por conseguinte, a *PreussenElektra* permanecia obrigada a reembolsar o custo à *Schleswig* por força do disposto no artigo 4º da lei alemã como meio de mitigar o encargo financeiro atrelado à energia renovável.¹⁰²⁹

Nesse particular, o Tribunal de Justiça da União Europeia avaliou se a obrigação de repartir o encargo financeiro constituía uma transferência direta ou indireta de recursos estatais, podendo se caracterizar como auxílio de Estado. É importante citar que qualquer auxílio estatal que direcione recursos diretamente seria considerado incompatível com o Direito da União Europeia na medida em que falseie ou ameace a concorrência, posto que tais medidas violariam o regime de concorrência europeu. A decisão no caso *PreussenElektra AG v. Schleswig AG* estabeleceu, contudo, que os mecanismos adotados pelo governo alemão não se caracterizavam como auxílio de Estado, posto que não representavam uma transferência direta ou indireta de

¹⁰²⁷ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 105.

¹⁰²⁸ “a partir da energia hidráulica, da energia eólica, da energia solar, de gases provenientes de centrais de tratamento de resíduos e de instalações de depuração ou de produtos ou de resíduos e lixos biológicos da agricultura e da silvicultura, bem como a indemnização a pagar por este tipo de contrato”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-379/98. *PreussenElektra AG v. Schleswig AG* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0379&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 4.

¹⁰²⁹ “o litígio na causa principal não versa sobre o auxílio que a *Schleswig*, em aplicação dos artigos 2.º e 3.º da *Stromeinspeisungsgesetz*, alterada, pretensamente dará aos produtores de electricidade a partir de fontes de energia renováveis, mas sobre a parte deste pretensão auxílio que a *PreussenElektra* se viu obrigada a reembolsar à *Schleswig* por força do disposto no artigo 4.º da *Stromeinspeisungsgesetz*, alterada (...) saber se uma regulamentação de um Estado-Membro que, por um lado, obriga as empresas privadas de fornecimento de electricidade a comprar electricidade produzida na sua zona de fornecimento a partir de fontes de energia renováveis a preços mínimos superiores ao valor económico real deste tipo de electricidade e, por outro, reparte o encargo financeiro resultante desta obrigação entre as referidas empresas de fornecimento de electricidade e os exploradores privados de redes de electricidade situados a montante constitui um auxílio de Estado na acepção do n.º 1 do artigo 92.º do Tratado”. §43; 56. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-379/98. *PreussenElektra AG v. Schleswig AG* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0379&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 19; 22.

recursos estatais.¹⁰³⁰

Outra decisão relevante foi o caso *Essent Netwerk Noord BV v. Aluminium Delfzijl BV* (C-206/06), acórdão emitido em 17 de julho de 2008, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou a legalidade do suplemento tarifário previsto para transmissão de eletricidade durante o ano de 2000.

O caso circunscreve a relação entre a operadora de rede *Essent Netwerk Noord BV* e a compradora de eletricidade e de serviços de transmissão *Aluminium Delfzijl BV*¹⁰³¹ à luz do quadro jurídico instituído pela Diretiva 96/92/CE, a qual definia as regras comuns para geração e transmissão de eletricidade.¹⁰³² O encargo tarifário suplementar sobre a energia elétrica adotado para custear a geração com a utilização e fontes renováveis foi considerado como auxílio de Estado.¹⁰³³

É preciso citar, por certo, o caso *Ålands Vindkraft AB v. Suécia* (C-573/12) apresentado pela companhia *Ålands Vindkraft AB* em face da Agência de Energia da Suécia (*Energimyndigheten*) em virtude da recusa desta em aprovar um parque eólico situado na Finlândia e explorado pela *Ålands Vindkraft*, para fins de obtenção de certificados verdes.¹⁰³⁴

Em 2009, a *Ålands Vindkraft* solicitou à Agência de Energia da Suécia a aprovação do seu parque eólico *Oskar*, situado no arquipélago das ilhas Åland da Finlândia, visando a

¹⁰³⁰ §57-61. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-379/98. *PreussenElektra AG v. Schleswag AG*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0379&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 19; 22. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 105-107. Ressalte-se que “as empresas não eram mandatadas pelo Estado para gerir recursos estatais, mas estavam vinculadas por uma obrigação de compra através dos seus recursos financeiros próprios”. §74º. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-206/06. *Essent Netwerk Noord BV v. Aluminium Delfzijl BV*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62006CJ0206&qid=1574095442059&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁰³¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-206/06. *Essent Netwerk Noord BV v. Aluminium Delfzijl BV*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62006CJ0206&qid=1574095442059&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁰³² PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de dezembro de 1996 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0092&from=PT>>. Acesso em: 18 nov. 2019

¹⁰³³ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 108.

¹⁰³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB v. Suécia*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

concessão de certificados de eletricidade.¹⁰³⁵ Entretanto, o pedido da *Ålands Vindkraft* foi indeferido sob o argumento de que apenas as instalações de produção de eletricidade com uso de renováveis localizadas territorialmente na Suécia poderiam ser suscetíveis à aprovação para efeitos da concessão de certificados verdes.

Nesse caso particular, é importante destacar que, de acordo com a legislação da União Europeia, a eletricidade é considerada mercadoria e, com base nesta premissa, o Tribunal de Justiça da União Europeia foi demandado a decidir se a legislação sueca discriminava empresas de outros Estados-Membros.¹⁰³⁶

No caso *Ålands Vindkraft AB v. Suécia*,¹⁰³⁷ determinou-se que a Diretiva 2009/28/CE permite que um Estado-Membro estabeleça um regime de apoio, como o

que prevê a atribuição de certificados negociáveis aos produtores de eletricidade a partir de fontes de energia renováveis apenas tendo em consideração a eletricidade produzida no território desse Estado e que obriga os fornecedores e certos utilizadores de eletricidade a entregar, anualmente, à autoridade competente, uma determinada quantidade desses certificados correspondente a uma quota-parte do total das suas entregas ou da sua utilização de eletricidade.¹⁰³⁸

No âmbito de tal regime de apoio, como são as empresas de distribuição que devem cumprir com a obrigação de compra dos certificados verdes no mercado até o cumprimento da quota estabelecida, não se pleiteou a caracterização de auxílio de Estado.¹⁰³⁹ O Tribunal de Justiça da União Europeia reafirmou que a Diretiva 2009/28/CE permitia a aplicação de regimes de apoio à eletricidade com aplicabilidade limitada ao território do Estado-Membro que instituiu a medida.

Nesse sentido, convém ressaltar uma contradição no posicionamento do Tribunal no com relação ao próprio desenvolvimento da energia renovável. Isto porque, autorizar a

¹⁰³⁵ “Tenía un parque (‘Oskar’) en lo que en teoría es territorio de Finlandia, en el archipiélago precisamente llamado Ålands, pero estaba mejor conectada con la red de Suecia y a quien se dirigió fue a la autoridad sueca (la fecha fue la de 30 de noviembre de 2009) para recabar el título necesario para obtener los correspondientes certificados. La respuesta fue negativa, por puras razones geográficas: la planta no se emplazaba en Suecia, ni tampoco en Noruega (con quien se había concluido un acuerdo), sino en Finlandia, país con el faltaba tal tratado”. JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Estudios (2014-2019). Sevilla: Global Law Press -Editorial Derecho Global, 2019, p. 89.

¹⁰³⁶ HESELHAUS, Sebastian. *Energy Transition Law and Economics*. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, p. 19 - 41, 2018, p. 35.

¹⁰³⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB v. Suécia*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰³⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB v. Suécia*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰³⁹ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 109.

delimitação do apoio à eletricidade com uso de fontes renováveis produzida no território estatal se contrapõe ao princípio do “bom funcionamento dos mesmos [regimes de apoio] para preservar a confiança dos investidores”, elemento de fundamental importância para que os Estados cumpram com as quotas nacionais indicadas nas Diretivas europeias para fomento das renováveis.¹⁰⁴⁰

É importante citar que o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que a legislação objeto da controvérsia pode ser considerada uma medida “equivalente a restrições quantitativas às importações, em princípio incompatível com as obrigações do direito da União resultantes do artigo 34º TFUE, a menos que esta legislação possa ser objetivamente justificada”.¹⁰⁴¹ Nessa linha de raciocínio, afirmou-se que as medidas legislativas adotadas pelo governo sueco eram justificáveis, haja vista o seu objetivo em promover a utilização das fontes de energia renováveis para energia elétrica e, por conseguinte, não se tratava de uma violação ao Direito da União Europeia.¹⁰⁴²

Entende-se, assim, que a decisão no caso *Ålands Vindkraft AB* contraria a própria perspectiva de espaço comunitário e os pressupostos da promoção da energia renovável edificadas na Diretiva 2009/28/CE, posto que esta buscava “facilitar a concessão de apoio transfronteiriço à energia proveniente de fontes renováveis”.¹⁰⁴³ Em que pese a importância em se determinar a individualidade estatal para determinar o regime de apoio, aplica-se o princípio cooperação entre os Estados-Membros no cenário europeu, especialmente, no que toca a produção energética em outro Estado.

Mesmo que se consagre a liberdade de um Estado-Membro em limitar a aplicabilidade do seu regime de apoio, é preciso ressaltar a incoerência desta decisão, já que o arquipélago das ilhas *Åland*, onde se situava o parque eólico *Oskar*, apresentava uma proximidade maior em

¹⁰⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB* v. Suécia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB* v. Suécia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB* v. Suécia. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019. “estaria justificada porque persigue como objetivo promover el uso de fuentes de energía renovables para la producción de electricidad. Para el Tribunal de Luxemburgo la restricción a la electricidad producida en territorio sueco sería proporcional”. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 109.

¹⁰⁴³ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*, 2009. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

relação à Suécia do que da própria Finlândia. Consequentemente, o acesso à rede seria mais facilitado do que se fosse no sistema finlandês. Assim, negar acesso à *Ålands Vindkraft AB* ao sistema de certificados verdes acaba por configurar um obstáculo adicional à produção de eletricidade a partir de fontes renováveis, o que contraria os pressupostos da Diretiva 2009/28/CE.

Importante também destacar, por fim, a sentença no caso *Vent De Colère! Fédération nationale* v. França, contra as portarias ministeriais do governo francês que fixou “condições de compra da eletricidade produzida pelas instalações que utilizam a energia mecânica do vento”.¹⁰⁴⁴ Nesse caso, foi questionado se o “mecanismo de compensação integral dos custos adicionais impostos a empresas em razão de uma obrigação de compra da eletricidade de origem eólica a um preço superior ao preço de mercado e cujo financiamento é suportado pelos consumidores finais” constituiria auxílio de Estado.¹⁰⁴⁵

O Tribunal de Justiça da União Europeia concluiu que se tratava de auxílio de Estado com base em alguns critérios, especialmente, que o pagamento de contribuições obrigatórias com uso de fundos públicos mesmo que sejam “geridos por entidades distintas da autoridade pública” podem ser considerados recursos estatais.¹⁰⁴⁶

A decisão mais recente e igualmente relevante é a *Achmea BV* v. República Eslováquia. Nesse caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou uma questão prejudicial a respeito de uma sentença arbitral proferida no âmbito do acordo bilateral de investimentos celebrado entre os Países Baixos e a antiga República Chéquia e Eslováquia em 1991 (BIT Países Baixos – Chéquia e Eslováquia 1991), tendo esta última sido sucedida pela Eslováquia.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-262/12. *Association Vent De Colère! Fédération nationale* v. França. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-262/12&language=PT>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-262/12. *Association Vent De Colère! Fédération nationale* v. França. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-262/12&language=PT>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁴⁶ “em causa no processo principal, instaurado e regulamentado pelo Estado-Membro, de compensação dos custos adicionais resultantes dessa obrigação de compra e pelo qual o Estado garantisse a esses operadores privados a cobertura integral dos referidos custos. Portanto, o artigo 107.º, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que um mecanismo de compensação integral dos custos adicionais impostos a empresas em razão de uma obrigação de compra da eletricidade de origem eólica a um preço superior ao preço de mercado e cujo financiamento é suportado por todos os consumidores finais de eletricidade no território nacional, como o que resulta da Lei n.º 2000-108, constitui uma intervenção através de recursos estatais”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-262/12. *Association Vent De Colère! Fédération nationale* v. França. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-262/12&language=PT>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁴⁷ Ressalta-se que a Eslováquia aderiu à União Europeia em 2004. O caso versa sobre a proibição à “distribuição de lucros obtidos a partir das atividades de seguros de saúde privados” imposta à *Achmea* em virtude de uma alteração legislativa na Eslováquia. O Tribunal Constitucional da República Eslovaca declarou em um Acórdão de 26 de janeiro de 2011 que a proibição prevista violava a Constituição Eslovaca. Por se sentir prejudicado pelas alterações legislativas promovidas pela República Eslovaca, a *Achmea* iniciou, em outubro de 2008, um

Na decisão, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que o artigo 8º do BIT Países Baixos – Chéquia e Eslováquia 1991, que instituiu o mecanismo de solução de controvérsias entre os Estados-Partes, violava a “autonomia do direito da União”.¹⁰⁴⁸ Isto porque, as eventuais controvérsias que versem sobre o direito material previsto no acordo bilateral de investimentos poderão envolver a interpretação do Direito da União Europeia, o que extrapolaria a competência dos tribunais europeus competentes para decidir sobre questões que se apliquem o direito substantivo europeu. Por conseguinte, a instituição de um órgão de solução de controvérsias que não se configura como parte do sistema jurisdicional da União Europeia extrapolaria a competência de um tribunal europeu¹⁰⁴⁹ e não deveria ser competente para analisar a controvérsia.

Em que pese a decisão de *Achmea* afirmar que se busca introduzir aspectos como a “confiança mútua entre os Estados-Membros” além de tratar da “preservação do caráter adequado do direito instituído pelos Tratados”,¹⁰⁵⁰ é preciso destacar o relevante impacto que esta decisão impõe aos demais tratados já celebrados pelos Estados-Membros.

Outro aspecto relevante é que o caso *Achmea BV* v. República Eslováquia vem sendo utilizado pela Espanha como instrumento de argumento de defesa nos casos de arbitragem internacional de investimentos na tentativa de se eximir de eventuais condenações. Os tribunais arbitrais¹⁰⁵¹ vêm interpretando, contudo, que a decisão *Achmea* possui limitada aplicabilidade

procedimento arbitral contra a Eslováquia e elegeu-se a cidade de *Frankfurt am Main* (Alemanha) como sede, aplicando-se o direito alemão à causa. Como previsto em muitos BITs, garante-se o tratamento justo e equitativo aos investimentos no Estado hospedeiro, além da livre transferência dos pagamentos relativos aos investimentos, bem como um procedimento de solução de controvérsias. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-284/16. *Achmea BV* v. República Eslováquia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁰⁴⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-284/16. *Achmea BV* v. República Eslováquia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁰⁴⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-284/16. *Achmea BV* v. República Eslováquia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁰⁵⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-284/16. *Achmea BV* v. República Eslováquia. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

¹⁰⁵¹ É possível citar os laudos arbitrais de *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.* v. Espanha; *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.* v. Espanha; *Nextera Energy Global Holdings B.V.* v. Espanha. Neste último, destaca-se que a Espanha nunca questionou a validade do seu consentimento ao artigo 26 do ECT até as recentes arbitragens de investimentos e tampouco buscou denunciar os BITs celebrados com outros Estados-Membros. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Nextera Energy Global Holdings B.V.* v. Spain. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020. §315.

e não se estende às controvérsias que envolvam acordos internacionais com Estados que não são membros da União Europeia,¹⁰⁵² como é o caso do ECT.

Na arbitragem *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha*, por exemplo, a Espanha utiliza o caso *Achmea* a seu favor para afirmar que esta decisão afeta a questão prejudicial relacionada à competência do tribunal arbitral. Segundo a Espanha, as regras de Direito Internacional aplicáveis ao caso vertente incluem o TFUE, tratado este que deveria ser interpretado apenas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.¹⁰⁵³

Interessante análise feita pelo tribunal arbitral ao ressaltar que os Estados-partes que não são membros da União Europeia não podem se subjugar ao Direito da União Europeia, já que se trata de *res inter alios acta*.¹⁰⁵⁴ Com efeito, a decisão *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha* expõe claramente que não se pode utilizar o caso *Achmea* como pressuposto para se declarar a incompetência do tribunal a partir da violação do ECT, haja vista que o acordo bilateral objeto do *Achmea* foi celebrado entre dois Estados-membros, enquanto o ECT vincula tanto a União Europeia, seus Estados-Membros, quanto outros Estados-partes.¹⁰⁵⁵

Além disso, em dezembro de 2014, a Espanha apresentou uma denúncia à Comissão Europeia com fundamento no artigo 108.3 do TFEU¹⁰⁵⁶ alegando que a condenação imposta

¹⁰⁵² “It is arguable whether *Achmea* also applies to extra-EU arbitration. Technically, the judgment has a limited reach and should apply only to BITs concluded between EU Member States. It should not include ICSID arbitration, which is delocalized, or multilateral treaties of which the EU itself is a signatory, such as the ECT”. LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU. Cambridge: Cambridge University Press, *Transnational Environmental Law*, vol. 8, issue 2, p. 279-302, 2019, p. 289.

¹⁰⁵³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §201.

¹⁰⁵⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §208.

¹⁰⁵⁵ “It would be highly improper to impose a sweeping modification of the ECT on EU non-member States using the pretext that it was eventually considered as being incompatible with EU law”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §211. Nesse sentido, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 18 set. 2019. §679.

¹⁰⁵⁶ Artigo 108.3 do TFUE “Para que possa apresentar as suas observações, deve a Comissão ser informada atempadamente dos projetos relativos à instituição ou alteração de quaisquer auxílios. Se a Comissão considerar que determinado projeto de auxílio não é compatível com o mercado interno nos termos do artigo 107.º, deve sem demora dar início ao procedimento previsto no número anterior. O Estado-Membro em causa não pode pôr em execução as medidas projetadas antes de tal procedimento haver sido objeto de uma decisão final”.

por um tribunal arbitral em relação ao regime de apoio à energia renovável configuraria um auxílio de Estado.

A decisão da Comissão Europeia emitida em 2017 determinou que eventual laudo arbitral relativo à alteração legislativa para o regime de FIT que determinasse o pagamento de compensação se configuraria auxílio de Estado no seio da competência exclusiva da Comissão.¹⁰⁵⁷ Outra decisão da Comissão Europeia foi emitida em 2018 e causa perplexidade. Afirma-se que a decisão *Achmea* é relevante para a arbitragem internacional de investimentos estabelecida nos termos do artigo 26 do ECT no âmbito das relações entre Estados-Membros da União Europeia.

Tal decisão procura proteger os Estados-Membros ao afirmar que o artigo 26 do ECT não autoriza a instituição de um tribunal arbitral em controvérsias que envolvam Estados-Membros da União Europeia, afirmando que *Achmea* se aplica tanto aos casos de violação de BITs, quanto aos casos de violação do ECT.¹⁰⁵⁸

No nosso entendimento, o equívoco da decisão da Comissão Europeia se concentra na ausência de competência desta instituição para estabelecer qualquer pressuposto com relação ao sistema de solução de controvérsias previsto em um acordo multilateral como é o caso do ECT. A extensão da aplicabilidade da decisão *Achmea* a tratados celebrados por outros Estados que não fazem parte da União Europeia contraria os princípios de Direito Internacional e não se torna oponível perante os tribunais arbitrais de investimentos,¹⁰⁵⁹ haja vista a inexistência de hierarquia entre os tratados em face dos Estados que não fazem parte da União Europeia.

Em linha com as decisões da Comissão Europeia, a Declaração Conjunta dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros foi emitida em 15 de janeiro de 2019 para reafirmar que o Direito da União Europeia prevalece sobre as cláusulas de arbitragem investidor-Estado dispostas nos acordos bilaterais entre Estados-Membros. Ademais, os

PARLAMENTO EUROPEU. C 326/13. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 29 out. 2019.

¹⁰⁵⁷ EUROPEAN COMMISSION. COM(2017) 7384. *State Aid Decision European Commission Decision on State aid SA.40348*. Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, 10 November 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020. §165.

¹⁰⁵⁸ EUROPEAN COMMISSION. COM(2018) 547. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

¹⁰⁵⁹ LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU. Cambridge: Cambridge University Press, *Transnational Environmental Law*, vol, 8, issue 2, p. 279-302, 2019, p. 290.

tratados concluídos pelos Estados-Membros e pela União Europeia, inclusive o ECT, formariam parte integral do Direito da União Europeia.¹⁰⁶⁰

Com base em tal declaração, os Estados-Membros comunicam que notificarão todos os procedimentos arbitrais pendentes acerca das repercussões jurídicas da decisão *Achmea* e que denunciarão todos os BITs intra-União Europeia.¹⁰⁶¹ Nos causa mais estranheza que os Estados-Membros comuniquem à “comunidade de investidores” que nenhum procedimento arbitral de investimentos deverá ser iniciado, no intuito de cercear o direito dos investidores estrangeiros em iniciar um procedimento arbitral.¹⁰⁶²

Inobstante as incansáveis tentativas dos Estados-Membros em se eximir de eventuais condenações no sistema de Direito Internacional dos Investimentos, os tribunais arbitrais vêm desenvolvendo uma jurisprudência arbitral que se coaduna com os compromissos estatais no plano internacional e garante a prevalência da segurança jurídica estabelecida nos tratados, rejeitando as alegações de incompetência feita pelos Estados-Membros.

4.4.2 A compatibilidade dos regimes de apoio com as regras da Organização Mundial do Comércio

Há que se ressaltar, outrossim, que certos regimes de apoio para projetos de energia renovável também desafiaram a sua compatibilidade com as regras da OMC. Ressalta-se, assim, que o quadro jurídico da OMC, o qual inclui GATT de 1947, o TRIMS e os princípios que

¹⁰⁶⁰ EUROPEAN COMMISSION. *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁰⁶¹ “Member States will make best efforts to deposit their instruments of ratification, approval or acceptance of that plurilateral treaty or of any bilateral treaty terminating bilateral investment treaties between Member States no later than 6 December 2019.” EUROPEAN COMMISSION. *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

¹⁰⁶² EUROPEAN COMMISSION. *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

governam o comércio internacional, também se aplica ao comércio relativo ao setor de energia renovável.¹⁰⁶³

Em 2012, Japão e União Europeia apresentaram as reclamações DS412¹⁰⁶⁴ e DS426,¹⁰⁶⁵ respectivamente, no âmbito do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC em face do regime de FIT para energia renovável implementado pela província de Ontário, Canadá. Tanto o OSC, quanto o Órgão de Apelação entenderam que o programa de FIT de Ontário se configurava inconsistente com as obrigações de tratamento nacional previstas no GATT de 1947 e no TRIMS, posto que certas medidas favoreciam o uso de produtos nacionais na construção e no uso das instalações para geração com uso de fontes renováveis.¹⁰⁶⁶

O Órgão de Apelação, contudo, não classificou o mecanismo de FIT como um subsídio no âmbito do Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (SCM), com base na interpretação da definição de ‘subsídio’ conforme previsto naquele acordo.

Em sede de consulta, a China apresentou questionamento perante a OMC face à União Europeia com respeito a determinadas medidas, incluídas as restrições de conteúdo nacional que afetam o setor de renováveis e guardam relação com o programas de tarifas implementados pelos Estados-Membros da União Europeia, mais especificamente, Grécia e Itália, com fundamento na Diretiva 2009/28/CE.¹⁰⁶⁷

¹⁰⁶³ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 368.

¹⁰⁶⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS412: Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁶⁵ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS426: Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds426_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁶⁶ “Both the Panel and the Appellate Body found, albeit for different reasons, that the measures at issue did not fall within the scope of the derogation under Art. III:8(a). The Appellate Body found that, to qualify for this derogation, the product of foreign origin allegedly being discriminated against must be in a competitive relationship with the product purchased by the government. In these disputes, the product being procured by the Government of Ontario was electricity, whereas the foreign product suffering from discrimination due to the Minimum Required Domestic Content Levels under the measures at issue was electricity generation equipment. These two products were not in a competitive relationship. Thus, the Appellate Body found that the discrimination relating to foreign generation equipment was not covered by the derogation. The Appellate Body reversed the Panel’s intermediate finding that the measures at issue were laws, regulations, or requirements governing the procurement by governmental agencies of electricity within the meaning of GATT Art. III:8(a), and declared moot and of no legal effect the Panel’s other intermediate findings”. WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS426: Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds426sum_e.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁶⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS452: Unión Europea y determinados Estados Miembros — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds452_s.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

No caso da Itália, os dispositivos que foram questionados pela China versavam sobre o incentivo à geração de energia elétrica procedente de instalações solares fotovoltaicas. No caso da Grécia, as medidas para modernização do antigo aeroporto internacional *Hellinikon* de Atenas foram questionadas, entre outras medidas legislativas e regulatórias focalizadas para o fomento do uso de energia renovável integradas à Diretiva 2009/28/CE.¹⁰⁶⁸

É importante mencionar, também, a reclamação DS456 envolvendo o programa nacional de energia solar Índia.¹⁰⁶⁹ No que tange a referida controvérsia, os Estados Unidos iniciaram um procedimento para questionar “perante ao Órgão de Solução de Controvérsias (OSD) a inconsistência da exigência de utilização exclusiva de produtos nacionais no programa ‘Missão Solar Nacional Jawaharlal Nehru’ (NSM)”¹⁰⁷⁰ para venda de energia elétrica ao governo indiano na celebração do contrato de compra e venda de energia que garantiam uma taxa durante 25 anos. Como mecanismo de remuneração, os geradores de energia elétrica se obrigavam a utilizar certas placas fotovoltaicas produzidas nacionalmente.¹⁰⁷¹

Em outras palavras, alegava-se que as medidas impostas pela Índia como requisito para a celebração de contratos de energia e concessão de incentivos seriam incompatíveis com os princípios não-discriminatórios consagrados pela OMC.¹⁰⁷² Segundo Jan Bohanes *et al*, o

¹⁰⁶⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS452: European Union and certain Member States — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds452_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁶⁹ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS456: India — Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds456_e.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

¹⁰⁷⁰ CAVALCANTE, Denise Lucena; OLIVEIRA, Mônica Rocha Victor. Comércio, Tributação e Meio Ambiente: a decisão da OMC no programa de energia solar da Índia e os possíveis impactos no Brasil. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo (Coord.). *Políticas Públicas, Tributação e Energia Solar*. Curitiba: CRV, p. 401-412, 2017, p. 401.

¹⁰⁷¹ “*These local content requirements were tightened over time. In the early stages of the Solar Mission programme, a portion of solar cells and modules was permitted to be sourced from abroad; in the later stages, the local content requirement became more extensive, until virtually no foreign energy-generating equipment could be used without losing access to the long-term power purchase agreement*”. BOHANES, Jan, et al. Overview of WTO Jurisprudence in 2016. In: BUNGENBERG, Marc; KRAJEWSKI, Markus; TAMS, Christian J. Tams; TERHECHTE, Jörg Philipp; ZIEGLER, Andreas R (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law*. Basel: Springer Nature Switzerland, p. 425-483, 2019, p. 449.

¹⁰⁷² Destaca-se que a “defesa da Índia arguiu a aplicação das exceções gerais do artigo XX(d) e (j) do GATT, argumentando que os requisitos de exigência de produtos internos foram exigidos para cumprir os acordos e compromissos ambientais internacionais, especificamente, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e a Resolução A da ONU /RES/66/288(2012). A Defesa do artigo XX(d) não foi aceita pela OMC em virtude da natureza exclusiva do argumento genérico, com fulcro no *soft law*, da adoção de acordos ambientais que a Índia ratificou, justificando com base neste[s] documentos internacionais a exigência de produtos nacionais para a concessão dos benefícios acumulados pela ‘Missão Solar Nacional Jawaharlal Nehru’”. CAVALCANTE, Denise Lucena; OLIVEIRA, Mônica Rocha Victor. Comércio, Tributação e Meio Ambiente: a decisão da OMC no programa de energia solar da Índia e os possíveis impactos no Brasil. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo (Coord.). *Políticas Públicas, Tributação e Energia Solar*. Curitiba: CRV, p. 401-412, 2017, p. 403.

objetivo do governo indiano consistia em tornar a Índia um líder global em energia solar, assim como contribuir para a sua luta contra as mudanças climáticas.¹⁰⁷³ Com isso, a Índia adotou medidas que tanto incentivassem o uso de fontes renováveis para produção de eletricidade, quanto impulsionassem o mercado nacional.

Ao analisar o caso DS456, o OSC decidiu pela inconsistência das medidas adotadas pelo governo indiano face o disposto no artigo 2.1 do TRIMS e no artigo III.4 do GATT de 1947.¹⁰⁷⁴ Ressalta-se que, assim como ocorreu no caso do Canadá, a controvérsia envolvendo a Índia compreendia produtos diferentes sob análise: painéis fotovoltaicos e eletricidade. Nesse contexto, o produto discriminado era o painel fotovoltaico, enquanto que o produto adquirido pelo governo era efetivamente a eletricidade, o que acaba por violar o artigo III.4 do GATT de 1947 e não se encaixava nas exceções do Artigo III.8(a).¹⁰⁷⁵

Por último, em 2016, a Índia apresentou uma consulta à OMC com relação a determinadas medidas referentes à energia renovável adotadas por Estados norte-americanos. Esta consulta se converteu na controvérsia DS510 submetida ao Painel da OMC em 2017,¹⁰⁷⁶ com decisão em agosto de 2019. As 11 medidas dos Estados de Washington, Califórnia, Montana, Connecticut, Michigan, Delaware, Minnesota e Massachusetts, em que 5 eram direcionadas para energia solar, se caracterizavam como incompatíveis com o parágrafo 4º do artigo III do GATT de 1947.

Nesse sentido, entendeu-se que as medidas outorgavam uma vantagem para o uso de produtos nacionais, o que gerou um tratamento menos favorável aos produtos similares importados.¹⁰⁷⁷ Não foram apreciadas, por conseguinte, as alegações relacionadas à violação do TRIMS e do SCM com fundamento no princípio da economia processual.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷³ BOHANES, Jan, et al. Overview of WTO Jurisprudence in 2016. In: BUNGENBERG, Marc; KRAJEWSKI, Markus; TAMS, Christian J. Tams; TERHECHTE, Jörg Philipp; ZIEGLER, Andreas R (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law*. Basel: Springer Nature Switzerland, p. 425-483, 2019, p. 449.

¹⁰⁷⁴ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS456: India — Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds456_e.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

¹⁰⁷⁵ BOHANES, Jan, et al. Overview of WTO Jurisprudence in 2016. In: BUNGENBERG, Marc; KRAJEWSKI, Markus; TAMS, Christian J. Tams; TERHECHTE, Jörg Philipp; ZIEGLER, Andreas R (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law*. Basel: Springer Nature Switzerland, p. 425-483, 2019, p. 450.

¹⁰⁷⁶ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS510: United States — Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds510_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁷⁷ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS510: United States — Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds510_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

¹⁰⁷⁸ WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS510: United States — Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds510_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Conclui-se, portanto, que a instituição de regimes de apoio deve observar o quadro jurídico internacional que se relaciona com os regimes de apoio em alguma extensão. Como analisado, os incentivos podem ser declarados incompatíveis com o Direito da União Europeia, mas também com as regras do sistema multilateral do comércio. Desse modo, além da necessária estabilidade que o marco regulatório nacional que institui o apoio financeiro deve apresentar ao longo do tempo da vida operacional do empreendimento, tais mecanismos devem observar regras de Direito da Concorrência da União Europeia e da OMC.

4.5 Acesso garantido ou prioritário das fontes renováveis às redes de transmissão e distribuição

No Direito da União Europeia, não se pode deixar de reconhecer a significativa importância do acesso da eletricidade produzida a partir de fontes renováveis à rede elétrica como elemento central para desenvolvimento da energia renovável. Em outras palavras, não basta fomentar o uso de fontes renováveis a partir de regimes de apoio, mas também é necessário que a energia elétrica seja transmitida aos consumidores finais do modo mais eficiente possível.¹⁰⁷⁹ É preciso garantir o equilíbrio entre oferta e demanda, sempre observando a dificuldade adicional atrelada à variação da produção por fatores meteorológicos.¹⁰⁸⁰

Desde 1996, a publicação do Livro Verde “Energia para o Futuro: Fontes Renováveis de Energia” enfatizava a importância em se garantir o acesso das energias renováveis à rede, especialmente porque muitos empreendimentos não se encontravam conectados ao sistema de transmissão. Outro aspecto relevante ressaltado pelo Livro Verde era a intermitência da produção de eletricidade entre períodos diurnos e noturnos, assim como durante as diferentes estações. Com isso, determina-se a necessidade de monitorar as condições de acesso da eletricidade produzida com uso de fontes renováveis à rede e propor medidas que garantissem

¹⁰⁷⁹ “Es importante señalar que el mercado interior de la electricidad se lleva a cabo en parte gracias a la política europea de liberalización de las redes europeas de la electricidad y del gas, cuyo objetivo es clausurar los monopolios nacionales existentes en torno a estos recursos energéticos”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 146.

¹⁰⁸⁰ GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 90.

a não-discriminação entre a energia elétrica produzida a partir de fontes renováveis e de fontes tradicionais.¹⁰⁸¹

É bem verdade que o sistema atual ainda se encontra desenhado para atender as plantas que utilizam combustíveis fósseis, que não se situam no mesmo local que os empreendimentos de fontes renováveis.¹⁰⁸² Eis, pois, que o principal desafio reside na reconfiguração do sistema de transmissão para atender os novos empreendimentos, exigindo investimentos em infraestrutura para garantir que a energia elétrica com uso de renováveis alcance os consumidores e contribua para o cumprimento das quotas nacionais.

Desde a Diretiva 2001/77/CE, reconhece-se o desafio que as questões relativas ao acesso à rede no âmbito da União Europeia representam. O artigo 7º determinava que os Estados-Membros deveriam adotar “medidas necessárias para que os operadores das redes de transporte e os operadores das redes de distribuição nos respectivos territórios garantam o transporte e distribuição da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis”.¹⁰⁸³ Determinava-se, outrossim, o acesso prioritário da eletricidade à rede e previa que os custos para integrar os novos empreendimentos de eletricidade com uso de fontes renováveis deveriam ser “objetivos, transparentes e não discriminatórios”.¹⁰⁸⁴

A Diretiva 2009/28/CE previa, por sua vez, que os Estados-Membros adaptassem suas redes elétricas às necessidades derivadas da integração da eletricidade procedente de fontes renováveis.¹⁰⁸⁵ Nesse sentido, o artigo 16º determinava que os Estados-Membros deveriam “prever quer um acesso prioritário quer um acesso garantido da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis ao sistema de rede” e, especialmente, que os operadores das

¹⁰⁸¹ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM (96)576 final (20/11/1996). *Energia para o Futuro: Fontes Renováveis de Energia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0576&from=PT>>. Acesso em: 14 nov. 2019. p. 26; 34.

¹⁰⁸² “En este sentido cabe destacar como en el Tercer Paquete del Mercado de la Electricidad, de 2009 en el que se establece la legislación referente al mercado interior de la electricidad, se determinó una nueva forma de planificación de este tipo de infraestructuras”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 148.

¹⁰⁸³ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019.

¹⁰⁸⁴ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da eletricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da eletricidade*, 2001. Considerando nº 22. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 29 out. 2019.

¹⁰⁸⁵ GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 91.

redes de transporte dessem “prioridade às instalações de produção que utilizam fontes de energia renováveis, na medida em que o funcionamento seguro da rede nacional de energia o permita e com base em critérios transparentes e não discriminatórios”.¹⁰⁸⁶

No panorama jurídico previsto neste artigo 16º já se destacava que os Estados-Membros deveriam adotar as medidas adequadas para fortalecer o desenvolvimento da infraestrutura das redes de transmissão e distribuição. Por conseguinte, os Estados-Membros deveriam impor algumas obrigações aos operadores das redes para que estes estabelecessem o acesso prioritário ou garantido da eletricidade produzida a partir de fontes renováveis.

Além disso, se fazia necessário minimizar as limitações impostas ao acesso da eletricidade de fontes renováveis à rede elétrica além de estabelecer regras não discriminatórias ao seu acesso. Os Estados-Membros ficaram autorizados a submeter os custos aos operadores das redes,¹⁰⁸⁷ determinando, ademais, que se deveria garantir a independência efetiva entre os operadores e os geradores de energia. Tal independência se consolidaria por meio de uma separação patrimonial, determinando que a companhia que gerenciasse o sistema de rede seria independente do proprietário da planta.¹⁰⁸⁸

A Diretiva 2009/72/CE, de 13 de julho de 2009, que estabelecia regras comuns para o mercado interior de eletricidade, a qual será substituída pela Diretiva 2019/944 a entrar em vigor a partir de 01 de janeiro de 2021,¹⁰⁸⁹ determinou dentre seus objetivos a

garantia, da forma o mais rentável possível, do desenvolvimento de redes seguras, fiáveis, eficientes e não discriminatórias, orientadas para o consumidor, promoção da adequação das redes e, em consonância com os objetivos gerais em matéria de política energética, da eficiência energética, bem como da integração da produção de

¹⁰⁸⁶ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE*, 2009. Considerando nº 25. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 29 out. 2019.

¹⁰⁸⁷ PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes renováveis*. Considerando nº 60. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em 17 nov. 2019.

¹⁰⁸⁸ “*Dicha separación exige una separación patrimonial, entendida como la situación en la que el propietario de la red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses en la producción y el suministro, con el objeto de evitar posibles discriminaciones en el acceso a la red o las inversiones derivadas de que el propietario o gestor de la red tenga intereses o controle a alguna de las empresas de generación o de distribución. Los Estados miembros deben garantizar dicha independencia velando porque una misma persona o personas no puedan ejercer el control sobre una empresa de generación o de suministro, y al mismo tiempo, ejercer el control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte, y viceversa*”. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 105.

¹⁰⁸⁹ EUROPEAN UNION LAW. *Directiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/EU*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0944>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

eletricidade em grande e pequena escala a partir de fontes de energia renováveis e produção distribuída nas redes de transporte e distribuição¹⁰⁹⁰

Com isso, a Diretiva 2009/72/CE consagrou a necessidade de separação efetiva entre o sistema de transmissão e a geração de energia elétrica, com a finalidade de garantir um acesso não discriminatório ao sistema de transmissão, além da transparência do setor elétrico.¹⁰⁹¹ O acesso facilitado à rede também foi consagrado na Diretiva 2009/72/CE, assegurando o fornecimento da energia elétrica e confirmando a necessidade de desenvolvimento das fontes de energia renovável.¹⁰⁹² Até aquele momento, o acesso garantido ou prioritário se consolidou como uma das principais prioridades da União Europeia com extensível obrigatoriedade aos seus Estados-Membros.

Eis, pois que a Diretiva 2018/2001 se limitou à mera referência sobre a redução dos custos para a integração da eletricidade proveniente de fontes renováveis no mercado de energia elétrica.¹⁰⁹³ Eliminou-se, por conseguinte, a normativa referente ao acesso e ao funcionamento da rede previsto na Diretiva 2009/28/CE e que havia sido parcialmente introduzido pela Diretiva 2001/77/CE.

Desse modo, verifica-se um retrocesso do quadro normativo da Diretiva 2018/2001 no tocante à expressa regulação da garantia ou prioridade de acesso da eletricidade de fontes renováveis à rede elétrica. Em outras palavras, a Diretiva 2018/2001 altera as obrigações positivas dispostas nas Diretivas 2001/77/CE e 2009/28/CE, sugerindo uma possível equiparação entre a energia proveniente de fontes renováveis com as fontes tradicionais quanto à facilitação do acesso à rede.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹⁰ Artigo 36º, alínea ‘d’. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0072&from=ES>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

¹⁰⁹¹ GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 152.

¹⁰⁹² Artigo 36º, alínea ‘e’: “Facilitação do acesso à rede de novas capacidades de produção, em especial através da supressão de entraves ao acesso dos novos operadores ao mercado e de electricidade a partir de fontes energias renováveis”. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0072&from=ES>>. Acesso em: 15 nov. 2019. GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011, p. 106.

¹⁰⁹³ O que permanece na Diretiva 2018/2001 se refere à preocupação em manter incentivos financeiro para integração da eletricidade de fontes renováveis no mercado de eletricidade, evitando-se distorções e considerando eventuais custos da integração do sistema e estabilidade da rede. Artigo 4º. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 60. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁰⁹⁴ Ressalta-se que a análise feita pelo autor se refere ao projeto da Diretiva 2018/2001. GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel;

Nesse caso, em que pese a aplicabilidade subsidiária remanescente da Diretiva 2009/72/CE mencionada na Diretiva 2018/2001, este quadro será modificado com a Diretiva 2019/944, a qual não menciona o acesso prioritário ou garantido. Nesse contexto, é preciso observar o artigo 15(3) da Diretiva 2018/2001, em que os Estados-Membros se obrigam a estabelecer procedimentos que facilitem a integração e desenvolvimento da energia renovável. Conseqüentemente, a obrigação de assegurar o acesso prioritário ou garantido à rede deixa de ser uma imposição comunitária e se torna, com a publicação da Diretiva 2018/2001, iniciativa discricionária dos Estados.¹⁰⁹⁵

Revela-se controverso, ainda, como o tema do acesso da eletricidade produzida com uso de fontes renováveis à rede elétrica se relaciona com outros assuntos da governança da energia como, por exemplo, a segurança energética e a necessidade de garantia do abastecimento. A promoção de investimentos na infraestrutura de rede de transmissão se tornou uma das prioridades da Política de Coesão para o período de 2014 a 2020 e conta com recursos do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, mas principalmente atrai investimentos privados, complementados pelos recursos estatais.¹⁰⁹⁶

De todo modo, é preciso analisar o desenvolvimento da energia renovável em diversas perspectivas do sistema jurídico, não apenas limitado ao nível internacional. Há, portanto, inegável interação entre o Direito Interno, Regional e Internacional que se relacionam com a evolução dos princípios internacionais e das repercussões nas medidas regulatórias no plano interno dos Estados.

Nesse ínterim, um marco regulatório nacional consistente e estável é fundamental para garantir a entrada e permanência dos investimentos estrangeiros em energia renovável. Na mesma linha de raciocínio de José Augusto Fontoura Costa, “um sistema interno ágil e eficiente”¹⁰⁹⁷ é o mecanismo mais adequado para estabelecer um ambiente favorável aos investimentos estrangeiros.

GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, p. 69-95, 2017, p. 92.

¹⁰⁹⁵ O artigo 17 prevê a possibilidade de acesso sem autorização, em casos de instalações de autoprodução de pouca potência e inferior a 10,8kW. PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº 60. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 out. 2019.

¹⁰⁹⁶ COMISSÃO EUROPEIA. *Redes de transportes e de energia*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/regional_policy/pt/policy/themes/transport-energy/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

¹⁰⁹⁷ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

5 O MARCO REGULATÓRIO PARA PROMOÇÃO DA ENERGIA RENOVÁVEL NO BRASIL

Considerando que a energia renovável se insere no cerne do processo de transição energética, o seu desenvolvimento, todavia, requer uma conjuntura favorável de diferentes estruturas jurídicas (internacional e nacional), que se retroalimentam constantemente. Neste contexto, os investimentos (públicos e privados) também desempenham papel fundamental no desdobramento das etapas que levarão ao progresso das renováveis. A implementação de novos projetos depende fortemente da injeção de recursos financeiros e, portanto, os Estados necessitam atrair investimentos para aumentar o capital investido em relação aos índices atuais.¹⁰⁹⁸

Com isso, um marco regulatório nacional robusto para promoção dos investimentos estrangeiros em energia renovável se configura como vetor central para o alcance dos objetivos de participação das renováveis na matriz energética nacional. É preciso reconhecer que o desenvolvimento da energia renovável se conecta diretamente com a estabilidade do marco regulatório nacional.¹⁰⁹⁹ Como ressalta José Augusto Fontoura Costa, “o melhor modo para criar um ambiente jurídico adequado para os investidores estrangeiros é a modernização do Direito interno associada a medidas políticas e econômicas que deem robustez a todo o cenário nacional”.¹¹⁰⁰

No caso da energia renovável, a regulação é preponderantemente desenvolvida no ordenamento jurídico interno dos Estados,¹¹⁰¹ submetendo às variações substanciais sob amparo do poder de regular estatal. Alterações no marco regulatório podem resultar em um setor

¹⁰⁹⁸ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*, 2018. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 20 set. 2019, p. 34.

¹⁰⁹⁹ “There is thus broad consensus as to the actions that need to be taken at various levels – national, regional, and global – in order to move from current unsustainable patterns of production and use of energy to those that are sustainable”. GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge University Press, p. 222-230, 2009, p. 222.

¹¹⁰⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 57.

¹¹⁰¹ “International law, however, does not provide a comprehensive set of rules, guidance, or even norms for the development of energy systems and energy supply. These questions largely fall within the ambit of domestic economic regulation and, at the domestic level, they continue to rely upon national financial subsidies for their success”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 358.

retraído, limitando o seu desenvolvimento.

Como reflexo dessa conjuntura, é necessário priorizar por uma estrutura normativa que preserve a estabilidade regulatória, proteja a expectativa legítima dos investidores em perfeita sintonia com a transição energética e descarbonização. Nesse sentido, a Diretiva 2018/2001 destaca a relevância assumida pelos regimes de apoio sempre que “previsíveis e estáveis”, de modo a “evitar alterações frequentes ou de caráter retroativo”.¹¹⁰²

Destacam-se, ainda, as consequências negativas sobre os direitos adquiridos e a segurança jurídica que podem resultar para o desenvolvimento da energia renovável. A “imprevisibilidade e a instabilidade das políticas têm um impacto direto nos custos de financiamento de capital, nos custos de desenvolvimento dos projetos e, por conseguinte, no custo total da implantação da energia renovável na União”.¹¹⁰³ Desse modo, o exame do marco regulatório nacional depende de um recorte geográfico e optou-se por analisar dois ordenamentos jurídicos (brasileiro e espanhol) pelas características que serão elencadas adiante.

5.1 A metodologia funcional de Direito Comparado aplicada à análise do marco regulatório do Brasil e Espanha

Na contribuição de Marilda Rosado de Sá Ribeiro, atenta-se para a relevância do Direito Comparado “para a compreensão e gestão pacífica da comunidade internacional”.¹¹⁰⁴ Desse modo, identificado como ferramenta de estudo,¹¹⁰⁵ o Direito Comparado é utilizado como

¹¹⁰² PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº. 29. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 06 nov. 2019, p. 3.

¹¹⁰³ PARLAMENTO EUROPEU. *Diretiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis*. Considerando nº. 29. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 06 nov. 2019, p. 3. Nesse sentido, destaca Plaza que os projetos de investimento em energia renovável exigem uma maturidade do sistema financeiro e uma conjuntura dos mercados internacionais financeiros para que sejam concretizados de forma massiva. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 18.

¹¹⁰⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; CASTRO, Emília Lana de Freitas. Além do Comparativismo: Reflexões sobre o Direito Comparado. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger*. Belo Horizonte: Arreas Ed., p. 380-396, 2015, p. 381.

¹¹⁰⁵ “Comparative law, renewing its alliance with anthropology and global history, explores the dynamics of legal (and, apparent in the Lafonta case, economic) transplants and the contested internal make-up of each legal culture, full moreover of ‘unofficial portraits’ and informal sub-cultures (as can be seen below, in cases such as Jivraj or Song Mao, through the study of indigenous or religious norms, long relegated by law to the field of anthropology)”. WATT, Horatia Muir; BÍZIKOVÁ, Lucia; OLIVEIRA, Agatha Brandão de; ARROYO, Diego P. Fernandez. *Global private international law: adjudication without frontiers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2019,

instrumento para análise do marco regulatório nacional para promoção da energia renovável no Brasil e Espanha. É verdade que se trata de dois sistemas jurídicos que apresentam um panorama díspar em relação à matriz energética nacional, entre outros aspectos. Para a análise em questão, estes ordenamentos não foram selecionados por equivalência dos seus mercados ou matrizes, já que em muitos aspectos, o Brasil e Espanha são países com cenários distintos.

A eleição de tais jurisdições se justifica por dois principais fundamentos (i) o panorama brasileiro para além da hidroeletricidade se encontra em plena fase de desenvolvimento. Em que pese o potencial de exploração da energia solar, as medidas para fomento desta fonte energética no Brasil ainda são demasiadamente incipientes; e, em contraste, (ii) o cenário global de incentivo à energia solar¹¹⁰⁶ se tornou um “observatório mundial absolutamente privilegiado” com grande concentração de projetos.¹¹⁰⁷

O Brasil caminha para um processo de desconcentração do predominante uso dos seus recursos hídricos em prol do consumo mais expressivo de outras renováveis (biomassa, eólica e solar) na geração de energia elétrica. As políticas de apoio a tais fontes se encontram, todavia, em fase embrionária e resultaram ainda pouco efetivas para o seu desenvolvimento.

Desse modo, é preciso analisar como a transição pela qual passa o setor de energia renovável no Brasil pode ser influenciada com o estudo do Direito Comparado que parte da

p. 9. “*Comparative international law utilizes insights and methods from comparative law in order to identify, analyze, and explain similarities and differences in how international law is understood, interpreted, applied, and approached by different national and international actors*”. ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. *Conceptualizing Comparative International Law*. In: ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. *Comparative International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 3-32, 2018, p. 3. De maneira mais simplificada, Konrad Zweigert e Hein Kötz conceituam o Direito Comparado como aquele que compara diferentes sistemas jurídicos no mundo. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein D. *Introduction to comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 1. Nesse sentido, ressalta o panorama de estudo de casos utilizado como proposta de análise do livro *Global private international law*, em que no caso analisado de *Selden v. Airbnb*, os autores comparam *class action* nos Estados Unidos e *dispute arbitration* na proteção do consumidor. AMARILES, David Restrepo; LEWKOWICZ, Gregory. *Global contract governance: Selden v. Airbnb*. In: WATT, Horatia Muir; BÍZIKOVÁ, Lucia; OLIVEIRA, Agatha Brandão de; ARROYO, Diego P. Fernandez. *Global private international law: adjudication without frontiers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., p. 416-435, 2019, p. 428-429.

¹¹⁰⁶ “*el modelo termosolar se encuentra en su juventud. Se trata de un sector industrial tremendamente joven, con apenas tres décadas de historia, lo que lo hace un modelo tremendamente interesante de estudio a la hora de fijar patrones de crecimiento futuro para otros sectores con el enorme potencial que tienen los proyectos de inversión en energías renovables*”. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 18.

¹¹⁰⁷ “*España es un observatorio mundial absolutamente privilegiado, ya que en la actualidad se concentra en su suelo el grueso de la inversión en proyectos termosolares, ya que según algunas fuentes, España acumula actualmente el 50 por 100 de todos los proyectos construidos o en construcción de energía termosolar en el mundo*”. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 17.

experiência de normativas adotadas em outros países como instrumento para melhor estruturação do Direito interno.

De outra sorte, a proeminência da Espanha no desenvolvimento da energia renovável foi resultado de uma combinação de fatores geográficos, tecnológicos e regulatórios. É verdade que o protagonismo da fonte solar na matriz elétrica espanhola se alicerçou, substancialmente, em razão de iniciativas de medidas indutivas que garantiram o incentivo financeiro para desenvolvimento deste setor. E, com isso, as consequências negativas para os investidores resultantes das sucessivas alterações promovidas pelo governo espanhol justifica a eleição deste marco regulatório para uma análise comparativista. Trata-se, portanto, de um caso paradigmático sobre regulação da energia renovável.

A partir da experiência espanhola que promoveu recortes no regime de remuneração aplicável aos empreendimentos já existentes e, conseqüentemente, um aumento no número de arbitragens internacionais de investimentos, é possível avaliar as lições para o direito brasileiro. Nesse sentido, o que poderíamos aprender compreenderia a adequada implementação de políticas e medidas mais bem arquitetadas no Brasil com relação ao uso das fontes renováveis no âmbito da geração de energia elétrica.

O estudo da atual estrutura da regulação relativa à energia solar no Brasil e na Espanha nos revela um *turning point* entre a efetividade e fracasso do processo regulatório em prol da transição energética. Nesse sentido, destaca-se a relevância em analisar o estado da arte do sistema brasileiro para o desenvolvimento da tecnologia solar, com especial foco para os regimes de incentivo financeiro já implementados. Em contraste, será estudado o histórico das medidas regulatórias do marco espanhol e as suas subseqüentes alterações.

Portanto, a compreensão da relevância do marco regulatório nacional se faz à luz do método funcionalista de Direito Comparado¹¹⁰⁸ em uma perspectiva contemporânea proposta

¹¹⁰⁸ Para ilustrar, as constituições dos Estados Unidos e do Reino Unido parecem muito diferentes umas das outras e, no entanto, ambas servem para determinar regras do exercício do poder do Estado. Da mesma forma, as regras semelhantes podem realmente servir diferentes funções em diferentes contextos domésticos. Por exemplo, enquanto muitas nações protegem a liberdade de expressão em termos semelhantes, o significado real dado a essas disposições difere substancialmente entre os países. A metodologia funcional do direito comparado enfatiza, portanto, a necessidade de olhar não apenas as similaridades formais e diferenças, mas também para as funcionais. Embora o método funcional seja proeminente nos estudos tradicionais de direito comparado, também há críticas. A crítica mais comum é que, em seu foco na equivalência funcional, esse método negligencia diferenças interessantes e importantes nos detalhes de cada sistema jurídico e no contexto econômico, social e cultural relevante. ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. *Conceptualizing Comparative International Law*. In: ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. *Comparative International Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 3-32, 2018, p. 12-13.

por Ralf Michaels.¹¹⁰⁹ Como destacam Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Emília Lana de Freitas Castro “o princípio da funcionalidade (*funktionalitäts prinzip*) torna-se útil na medida em que o sistema legal de todas as sociedades enfrenta, na prática, os mesmos problemas, solucionando-os de maneira distinta, embora com resultados similares”.¹¹¹⁰ Nesse contexto, o objetivo é compreender, mais especificamente, quais são os aprendizados para futuras estruturas regulatórias que possuem como função desenvolver a energia renovável. Partimos de uma abordagem em que se concebe que o estudo comparado dos atos normativos é realizado a partir de uma perspectiva de preenchimento de uma mesma função.

Neste processo comparativo, analisaremos em que aspectos as medidas propostas no Brasil se assemelham ao que foi implementado na Espanha pressupondo, ademais, as diferenças particulares de cada um desses mercados. Objetiva-se construir uma análise para realizar um exame crítico dos resultados,¹¹¹¹ com a conseqüente avaliação de uma contribuição positiva a ser proposta para aprimoramento do modelo brasileiro no desenvolvimento do marco regulatório.

Assim, a abordagem funcional de Direito Comparado como proposto por Ralf Michaels circunda a possível superação dos erros de um modelo espanhol como *learning lessons* para aprimorar a regulação interna. O estudo comparado considera a estabilidade, segurança jurídica e a preservação da expectativa legítima como elementos estruturais do desenvolvimento das fontes renováveis no setor energético local.

Por fim, destaca-se, neste contexto, a pertinência em desenvolver o conceito de

¹¹⁰⁹ Como ressalta Ralf Michaels sobre o método funcionalista do Direito Comparado “*functionalist comparative law is factual, it focuses not on rules but on their effects, not on doctrinal structures and arguments, but on events. (...) Second, functionalist comparative law combines its factual approach with the theory that its objects must be understood in the light of their functional relation to society. (...) third, function itself serves as tertium comparationis. Institutions, both legal and non-legal, even doctrinally different ones, are comparable if they are functionally equivalent, if they fulfil similar functions in different legal systems. A fourth element, not shared by all variants of functional method, is that functionality can serve as an evaluative criterion. Functionalist comparative law then becomes a ‘better-law comparison’—the better of several laws is that which fulfils its function better than the others*”. MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 340-382, 2006, p. 342.

¹¹¹⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; CASTRO, Emília Lana de Freitas. Além do Comparativismo: Reflexões sobre o Direito Comparado. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger*. Belo Horizonte: Arreas Ed., p. 380-396, 2015, p. 386.

¹¹¹¹ “Importa, nesta sede, destacar que o método se baseia nos princípios (i) da presunção de similitudes, (ii) da fixação da função como elemento externo ou *tertium comparationis*, (iii) da conseqüente pretensão de neutralidade do comparatista no processo comparativo e (iv) da valoração dos resultados, prevista na última etapa do processo”. CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. São Leopoldo: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD), vol. 6, n. 2, p. 176-185, 2014, p.179.

‘regulação’ justificado pelo seu protagonismo nos atos estatais que buscam promover o uso de fontes renováveis de energia. É preciso compreender o estado da arte da sua acepção para relacioná-la com o setor energético em uma perspectiva inserida na atividade estatal regulatória no setor energético.

5.2 Breves reflexões sobre o conceito de ‘regulação’

No setor energético, a acepção de regulação é elemento chave para a compreensão da atividade estatal, posto que a “setorização da regulação é um fenômeno mundial e incontestável”¹¹¹² e a centralidade do papel do Estado nesta seara ainda permanece latente no cenário contemporâneo.

Há, na verdade, uma reestruturação do setor,¹¹¹³ em que a função governamental se consolida como resultado da influência da política na função legislativa e administrativa. Combinado a esse processo, é preciso readequar a organização dos serviços públicos essenciais às necessidades do mercado e do consumidor como, por exemplo, a experiência da energia elétrica.

Nessa esteira, o Direito passa a ser contextualizado com a realidade da Administração Pública em sua ordem político-econômica. Verifica-se, assim, a nova conjectura em que se insere o marco regulatório, a qual deve se adaptar às peculiaridades do setor regulado. Entendemos que se caracteriza como relevante analisar o conceito de regulação para posterior compreensão sobre o protagonismo do marco regulatório nacional no desenvolvimento da energia renovável.

Em primeiro, recorre-se à definição de “regulação” proposta pelo *Black’s Law Dictionary*, a qual dispõe que esta terminologia se refere ao ato ou processo de controlar por meio de uma regra ou restrição¹¹¹⁴ ou, ainda, pode ser compreendida como regra ou ordem com força legal usualmente emitida por uma agência administrativa.¹¹¹⁵

¹¹¹² ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório. Belo Horizonte: Fórum. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 8, n. 32, p. 9-15, 2010, p. 11.

¹¹¹³ SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011, nota prévia.

¹¹¹⁴ “the act or process of controlling by rule or restriction”. GARNER, Bryan A. (Ed.) *Black’s Law Dictionary*. Thomson West, 8ª ed., 2007, p. 1311.

¹¹¹⁵ “a rule or order, having legal force, usually issued by an administrative agency”. GARNER, Bryan A. (Ed.) *Black’s Law Dictionary*. Thomson West, 8ª ed., 2007, p. 1311.

Na contribuição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, propõe-se que regulação consiste em “técnica decisional de origem anglo-saxônica” e,¹¹¹⁶ por essa razão, é de especial relevo a análise da regulação do ponto de vista da literatura internacional. Quando se explora a origem e o sentido do termo “regulação” (*regulation*), Christoph Kleineberg destaca que tanto “regulação” (*regulation*), quanto “regular” (*to regulate*) são terminologias adotadas na seara do Direito e da Economia.¹¹¹⁷

Embora não exista um conceito jurídico uniforme de “regulação” no Direito Internacional,¹¹¹⁸ Christoph Kleineberg propõe uma acepção que abrange o corpo normativo afeto à toda e qualquer ação de um negócio ou indústria.¹¹¹⁹ Em linhas gerais, em uma perspectiva internacionalista, podemos entender como regulação toda medida que configure, direta ou indiretamente, efeitos sobre quaisquer ações no mercado, atrelando este termo a uma perspectiva econômica.¹¹²⁰ Na esfera jurídica, Christoph Kleineberg entende que a acepção de regulação apresenta um escopo mais limitado, referindo ao conjunto de normas com objetivo de proteger a concorrência por meio de um quadro jurídico.¹¹²¹

¹¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 262. “*Statutory regulation by independent boards or commissions has a long tradition in the United States – at the federal level it goes back to the 1887 Interstate Commerce Act regulating the railways and setting up the corresponding regulatory body, the Interstate Commerce Commission – but it is a fairly recent phenomenon in Europe*”. MAJONE, Giandomenico. Regulation and its modes. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Regulating Europe*. Londres: Routledge, p. 9-27, 1996, p. 10. Do mesmo modo, “a origem das agências reguladoras remonta ao ordenamento jurídico norte-americano. O Direito administrativo brasileiro, não obstante sua origem romano-germânica, buscou nos Estados Unidos, país integrante da família da *Common Law*, o modelo da regulação estatal, o que pode ser justificado em boa medida, pelo fenômeno da globalização econômica e jurídica”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137. Leandro Stein afirma que “a importância da regulação para o Direito americano, como referido, é tanto quanto a de serviço público para a tradição da *civil law*. O Direito Administrativo norte-americano é usualmente definido como direito das agências”. STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 43.

¹¹¹⁷ KLEINEBERG, Christoph. *Vertical Integration and Regulation: An Analysis of Vertical Unbundling from a Competition Law and Competition Economics Perspective*. Cham: Springer, Springer Briefs in Law, 2019, p. 7.

¹¹¹⁸ “*For all the analysis of regulation, no single understanding of the term has emerged*”. BARTON, Barry. The Theoretical Context of Regulation. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K., LUCAS, Alastair R.; RØNNE, Anita. *Regulating Energy and Natural Resources*. Oxford: Oxford: Oxford University Press, p. 11-33, 2006, p. 11.

¹¹¹⁹ KLEINEBERG, Christoph. *Vertical Integration and Regulation: An Analysis of Vertical Unbundling from a Competition Law and Competition Economics Perspective*. Cham: Springer, Springer Briefs in Law, 2019, p. 7-8.

¹¹²⁰ Giandomenico Majone reitera que “*regulation, in the sense of rules issued for the purpose of controlling the manner in which private and public enterprises conduct their operations, is of course as old as government*”. MAJONE, Giandomenico. Regulation and its modes. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Regulating Europe*. Londres: Routledge, p. 9-27, 1996, p. 9.

¹¹²¹ “*The general economic approach is embodied in the necessity to stimulate and protect competition. Competition is the tool to creating the highest aggregation of goods and services. By competing over scarce resources, the interactions in a market are assumed to be a stimulus for efficiency and continuous improvements*”. KLEINEBERG, Christoph. *Vertical Integration and Regulation: An Analysis of Vertical Unbundling from a Competition Law and Competition Economics Perspective*. Cham: Springer, Springer Briefs in Law, 2019, p. 9.

Outra vertente é proposta por Adrian Bradbrook, a qual concebe que a regulação consiste como método tradicional para introduzir mudanças na sociedade, além de apresentar uma função indutiva e educativa ou, ainda, uma combinação de ambas as medidas.¹¹²² Deve-se equilibrá-la com medidas incentivadoras, já que regulação sem incentivo significa que não existe motivação para ir além do padrão mínimo, enquanto incentivo sem regulação acaba por não produzir qualquer ação.¹¹²³ É preciso reconhecer, ainda, que não se alcança o conceito de regulação pela simples promulgação de uma lei, exigindo um conhecimento detalhado, com relação intrínseca atrelada à atividade desenvolvida.¹¹²⁴ Partindo de um conceito mais propositivo, Julia Black sustenta que uma definição para regulação se refere ao

processo de tentativa contínua e focada em alterar o comportamento dos outros de acordo com padrões definidos e objetivos com a intenção de produzir amplo resultado, que pode envolver mecanismos de padronização, obtenção de informação ou modificação de comportamento¹¹²⁵

Barry Barton afirma que o objetivo da regulação compreende a modificação de uma atividade ou comportamento ou, ainda, determina uma medida de ordem, que, costumeiramente, restringe uma conduta ou, eventualmente, concede a sua permissão, facilitando um procedimento que anteriormente não seria factível. O autor agrupa algumas características para a regulação, qualificando-a como (i) sistemática e intencional; (ii) direcionada para um objetivo (*goal-oriented*); (iii) institucionalizada; (iv) discricionária no seu processo regulatório; e (v) focalizada em uma área da atividade econômica.¹¹²⁶ Assim, a

¹¹²² Enquanto ainda se concebe que o papel do Direito se limita à regulação, os economistas preferem realizar medidas indutivas, que incluem a redução do imposto de renda, concessão de benefícios, financiamentos à indústria ou incentivo aos investimentos. BRADBROOK, Adrian. Energy and Law — Searching for new Directions. In: STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Ed.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 13-34, 2016, p. 24.

¹¹²³ “Regulation without stimulation means that there is no incentive to go beyond minimum standards, while stimulation without regulation may not produce any action at all”. BRADBROOK, Adrian. Energy and Law — Searching for new Directions. In: STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Ed.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*. Adelaide: University of Adelaide Press, p. 13-34, 2016, p. 24.

¹¹²⁴ MAJONE, Giandomenico. Regulation and its modes. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Regulating Europe*. Londres: Routledge, p. 9-27, 1996, p. 9.

¹¹²⁵ BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. Londres: Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London: *London School of Economics and Political Science*, p. 1-27, 2002, p. 20. (tradução nossa).

¹¹²⁶ “Regulation is a process intended to alter activity or behaviour, or to carry out an ordering, often by restricting behaviour, but at times enabling or facilitating behaviour that would otherwise not be possible. It is systematic and intentional. It is goal-oriented, even if there are multiple goals, and even if the goals get forgotten. It is institutionalized, often in a bureaucracy that brings expertise to bear on its field of work. It involves discretionary judgment, in making rules, in deciding cases individually, and in enforcement. Its target is an area of activity that is valued, or is at least tolerated. The target is often, but not always, economic activity”. BARTON, Barry. The Theoretical Context of Regulation. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K., LUCAS, Alastair R.; RØNNE, Anita. *Regulating Energy and Natural Resources*. Oxford: Oxford University Press, p. 11- 33, 2006, p. 13.

regulação se coloca como necessária para efetivar a existência do mercado, situando na esfera pública, mas não necessariamente dominado pelo exercício dos agentes públicos.¹¹²⁷

Neste conceito, inclui-se não apenas os atos estatais no seu exercício de *imperium* que se concretizam pelo poder legislativo, mas também aqueles que estão no seu *dominium* e que exercem o controle dos recursos públicos, como impostos, incentivos e outros mecanismos tributários. Desse modo, a regulação é concebida como exercício administrativo mais amplo do que a implementação de direitos previstos na legislação em vigor. O seu propósito focaliza no desenvolvimento e na implementação de uma política consistente para um setor da economia, com expertise técnica, destacado da perspectiva meramente política,¹¹²⁸ em que há um comprometimento a longo-prazo em contraposição à mera determinação de direitos.

No âmbito do Direito Administrativo brasileiro, Alexandre Santos de Aragão destaca que a regulação seria “um instituto oriundo da economia, mas que cada vez mais adquire sede jurídica, inclusive constitucional”.¹¹²⁹ Nesse ínterim, a terminologia ‘regulação’ não era utilizada com frequência em que pese a atividade regulatória já ser empregada na economia. No exercício destas atividades, ao invés de ‘regulação’, adotava-se a nomenclatura ‘poder de polícia’, “limitações administrativas à liberdade empresarial” ou, ainda, “prerrogativas inerentes ao poder concedente dos serviços públicos”,¹¹³⁰ atividades estas abrangidas, parcial ou totalmente, pela regulação.

Nas lições de Gustavo Binenbojm, “a noção de regulação envolve uma atividade de interferência no exercício da liberdade privada, por meio de coerções ou de induções”, propondo que “as estruturas regulatórias contemporâneas” se classificam em níveis de

¹¹²⁷ Em outras palavras, Barry Barton defende que a autorregulação e aquela produzida por grupos não estatais também formam parte do conceito de “regulação”. BARTON, Barry. *The Theoretical Context of Regulation*. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K., LUCAS, Alastair R.; RØNNE, Anita. *Regulating Energy and Natural Resources*. Oxford: Oxford University Press, p. 11- 33, 2006, p. 13-14.

¹¹²⁸ “*In the United States in particular, regulatory agencies were established because it was necessary to entrust aspects of the public interest to independent scientific experts, removed from politics, and from outside the normal civil service framework*”. BARTON, Barry. *The Theoretical Context of Regulation*. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K., LUCAS, Alastair R.; RØNNE, Anita. *Regulating Energy and Natural Resources*. Oxford: Oxford University Press, p. 11- 33, 2006, p. 15.

¹¹²⁹ Alexandre Santos de Aragão faz menção aos artigos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 “arts. 21, XI; 162, § 2º; 172; 174; e 177; §2º, III; 186, III; 190; 192, CF”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 201. Giandomenico Majone destaca que “*market activities are ‘regulated’ only in societies that consider such activities worthwhile in themselves and hence in need of protection as well as control*”. MAJONE, Giandomenico. *Regulation and its modes*. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Regulating Europe*. Londres: Routledge, p. 9-27, 1996, p. 9.

¹¹³⁰ Alexandre Santos de Aragão destaca, ainda, que “o tema adquiriu ainda maior importância no Brasil com a recente instituição de agências reguladoras independentes, apesar de nem toda regulação ser exercida por essa espécie de entidade”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 201.

intensidade e podem compreender “(i) normas de comando e controle, (ii) normas de indução, (iii) além de outras estratégias regulatórias não normativas”.¹¹³¹ E, no âmbito das normas de indução, Gustavo Binembojm se refere à função do marco regulatório “para coordenar, de maneira otimizada, os incentivos econômicos presentes em determinado mercado”.¹¹³² Nesse sentido, é preciso incentivar a participação dos agentes econômicos, diferenciando a regulação dos “benefícios diretos aos particulares”,¹¹³³ como é o caso dos incentivos fiscais, juros baixos ou subvenções.

Para Marçal Justen Filho, a regulação deve ser compreendida como “atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais”.¹¹³⁴ Já a contribuição de Rafael Carvalho Rezende Oliveira destaca que a terminologia “regulação” no Direito Brasileiro compreende três acepções diferentes: (i) ampla, a qual compreende “toda forma de intervenção estatal” e que inclui “tanto a atuação direta do Estado como o estabelecimento de condições para o exercício de atividades econômicas”;¹¹³⁵ (ii) intermediária, englobando “condicionamento, coordenação e disciplina da atividade privada”,¹¹³⁶ o que exclui, por sua vez, a atuação estatal diretamente na economia; e (iii) restrito, em se tratando apenas de “condicionamento da atividade econômica por lei ou ato administrativo”. Conclui, ainda, que se deve adotar a acepção intermediária de regulação,

¹¹³¹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo* ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 152.

¹¹³² BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo* ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 156.

¹¹³³ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo* ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 157.

¹¹³⁴ Marçal Justen Filho utiliza a nomenclatura “regulação econômico-social”. FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 585. Ao tratar da regulação econômica, remete-se ao texto de Richard Posner que lança teorias da regulação econômica, autor que analisa as duas principais teorias sobre o tema, sejam elas: (i) interesse público; e (ii) teoria da captura. POSNER, Richard A. *Theories of Economic Regulation*. New York: *Nber Working Paper Series*, working paper n. 41, p. 1-36, 1974, p. 1. Nessa linha de raciocínio, Leandro Stein afirma que “a regulação é uma forma de intervenção estatal na economia distinta da intervenção direta (característica da *civil law* em que existe a assunção do serviço por parte do Estado”. STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 41. Sergio Guerra enfatiza que a regulação é distinta “dos modos clássicos de intervenção do Estado na economia”, dado que, na opinião do autor, consiste em estabelecer “certas regras e intervindo de maneira permanente para amortecer as tensões, compor os conflitos e assegurar a manutenção de um equilíbrio do conjunto”. E, ainda, “por meio da regulação o Estado não se põe mais como ator, mas como árbitro do processo econômico, limitando-se a enquadrar a atuação dos operadores e se esforçando para harmonizar suas ações”. GUERRA, Sergio. *Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira*. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 373-396, 2014, p. 378.

¹¹³⁵ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137.

¹¹³⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137.

concebendo a regulação como “forma de intervenção indireta do Estado na economia que não se confunde com a atuação empresarial do Estado”.¹¹³⁷

A noção de regulação por Alexandre Santos de Aragão compreende três funções estatais: “aquela de editar a regra, a de assegurar a sua aplicação e a de reprimir suas infrações”,¹¹³⁸ enquanto que para Sergio Guerra, da função regulatória decorrem “três subfunções (fiscalizar, incentivar e planejar)”.¹¹³⁹ Existe “um quadro normativo (marco regulatório), que deve buscar o equilíbrio dos interesses envolvidos”, aliado à função de aplicação das regras criadas junto à resolução de conflitos gerados pelas mesmas.¹¹⁴⁰

Nesse particular, destaca Alexandre Santos de Aragão que, no Direito Brasileiro, o marco regulatório compreende não apenas “normas constitucionais, gerais para toda a economia (ex.: art. 174) ou específicas de determinada atividade (ex.: art. 177)”,¹¹⁴¹ mas também “leis que regulamentam normas constitucionais (ex.: Código de Defesa do Consumidor, Lei do Petróleo)” e “regulamentos administrativos delas decorrentes”.¹¹⁴²

Segundo Sergio Guerra, o art. 174 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a “função regulatória” para a atividade executiva estatal “edificada a partir da ideia de que as modernas formas de administração do interesse público – em evolução para não serem encaradas como poder supremo – devem ordenar e implementar políticas estratégicas para suas respectivas sociedades de forma sistêmica”.¹¹⁴³

¹¹³⁷ “Não se trata, todavia, de simples adoção de uma postura passiva de poder de polícia (na modalidade fiscalizatória), mas sim, de uma postura ativa na imposição de comportamentos aos mercados que serão regulados”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137-138.

¹¹³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 203. No mesmo sentido, Oliveira afirma que é possível “apontar três prerrogativas inerentes à atividade regulatória: a) a edição de normas; b) a implementação concreta das normas; e c) a fiscalização do cumprimento das normas e punição das infrações”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 137.

¹¹³⁹ GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 373-396, 2014, p. 376.

¹¹⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 202-203.

¹¹⁴¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 203. “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. §1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988. Segundo Maria João Pereira Rolim, “regulação é atuação do Estado na atividade econômica, atribuição expressa no art. 174 da Constituição da República”, enquanto “regular significa dar ordem à atividade econômica e regulamentar, por sua vez, é fazê-lo através de preceitos de autoridade, jurídicos”. ROLIM, Maria João Pereira. *Direito Econômico da Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 60-61

¹¹⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 203.

¹¹⁴³ GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 373-396, 2014, p. 374.

Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão propõe que a definição de regulação compreende

o conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis¹¹⁴⁴

Desse modo, exclui-se do conceito de regulação propriamente dita aquela dita “pelo mercado e pelas regras de autorregulação provenientes de entidades ou empresas privadas”,¹¹⁴⁵ exceto se tais manifestações surgirem em virtude da delegação do Poder Público.¹¹⁴⁶

Diogo de Figueiredo Moreira Neto prescreve que a regulação, no seu sentido geral, compreende a “sua modalidade imposta, da heterorregulação”, assim como “sua modalidade consensual, da autorregulação pactuada ou, ainda, em sua mais promissora modalidade, que é a autorregulação regulada, de natureza híbrida – parte imposta, parte pactuada”.¹¹⁴⁷

Para Leandro Stein, a intervenção fundada no artigo 174 consiste em uma intervenção indireta “classificada em (b.i) por direção (o ente estatal pressiona a economia por meio de normas cogentes para os agentes de mercado) e (b.ii) por indução (o Estado manipula o mercado por meio de normas não compulsórias acordes com as regras da economia, ex: reduções tributárias em face de determinado comportamento dos agentes econômicos)”. STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 57. Ver também BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 157.

¹¹⁴⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 208.

¹¹⁴⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 204. Gustavo Binenbojm insere a correção e autorregulação no âmbito do conceito de normas de controle, uma das categorias de regulação, afirmando que “a edição de normas de comando e controle não constitui monopólio estatal”. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 154.

¹¹⁴⁶ Como exemplo, cita-se as “as normas das bolsas de valores, do Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS, da Academia Brasileira de Letras, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, todas as associações privadas que editam normas que, por chancela legal, se impõem coercitivamente aos seus destinatários”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 204. Para Gustavo Binenbojm, Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS é um modelo de “autorregulação regulada” adotado para o setor elétrico brasileiro. Trata-se de um modelo que há “autorregulação por integração quando ocorre um entrelaçamento de competências públicas e privadas numa única entidade de autorregulação privada, cuja estrutura e processo deliberativo contam com representantes do Estado, dos agentes econômicos e da sociedade, fazendo surgir uma organização híbrida, que opera no espaço público não estatal”. BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 285-286.

¹¹⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no Século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 262. Na opinião de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a regulação no sentido amplo inclui quatro categorias: a) regulação estatal; b) regulação pública não estatal; c) autorregulação; e d) desregulação. “A regulação estatal da economia é uma espécie de heterorregulação, pois é exercida por órgão ou entidade estatal sobre os agentes econômicos, com nítida distinção entre os agentes reguladores e os regulados. No segundo caso, a autorregulação é aquela em que os próprios agentes regulados exercem o papel de reguladores da atividade econômica, representando uma forma de regulação coletiva, exercida pelos próprios interessados, fora do âmbito estatal. A autorregulação pode ser ‘privada’, quando a regulação é estabelecida pelos particulares sem a influência estatal, ou ‘pública’, formalizada também pelos particulares, mas com a chancela ou reconhecimento do Estado”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 138. Segundo Marçal Justen Filho, “a regulação

No Direito Administrativo brasileiro, a regulação pode ser concebida, por conseguinte, como gênero, pois existe uma separação entre regulação e a regulamentação, em que nos parece que uma terminologia não pode substituir a outra. Assim, a distinção reside no fato de que, enquanto a regulação “representa uma função administrativa, processualizada e complexa, que compreende o exercício de função normativa, executiva e judicante”,¹¹⁴⁸ a regulamentação “é caracterizada como função política, inerente ao chefe do Executivo, que envolve a edição de atos administrativos normativos (atos regulamentares), complementares à lei”.¹¹⁴⁹

Desse modo, “a atividade regulatória é mais ampla que a atividade regulamentar ou normativa, pois, além da prerrogativa de editar atos normativos nos respectivos setores regulados, a regulação compreende outras prerrogativas, tais como o poder-dever fiscalizatório, sancionatório etc.”.¹¹⁵⁰ Destaca-se a dualidade de concepção na regulação entre a centralidade e exclusividade do Estado no exercício do poder de regular. Em outras palavras, o Estado permanece como ator central, mas deixa de se caracterizar como exclusivo, dado que outras formas de regulação subsistem como a autorregulação.

Com efeito, a regulação no Brasil, criada com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reserva “ao Estado funções de fiscalização, incentivo

estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a influenciar o modo de conduta dos agentes públicos e privados”. FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 586. Ver também BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 154; 284-304.

¹¹⁴⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 155. Segundo Marçal Justen Filho, “a regulação econômico-social é um dos tipos de atividade estatal, que se traduz no desempenho tanto de função administrativa como legislativa, jurisdicional e de controle”. FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 585.

¹¹⁴⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 155. Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VI – dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988. Nesse sentido, Maria Sylvia Di Pietro aduz que se exerce “o poder regulamentar como uma das formas pelas quais se expressa a função normativa do Poder Executivo. Pode ser definido como o que cabe ao Chefe do Poder Executivo da União, dos Estados e dos Municípios, de editar normas complementares à lei, para sua fiel execução”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 118.

¹¹⁵⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 155.

e planejamento”¹¹⁵¹ e se orienta por princípios como a “tecnicidade das escolhas regulatórias” e a “especialização dos ramos jurídicos em subsistemas”.¹¹⁵²

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o modelo das “agências reguladoras, por meio da criação de entidades dotadas de independência em relação à Administração Pública central com decisões estribadas em critérios técnicos”,¹¹⁵³ com inspiração no modelo norte-americano,¹¹⁵⁴ porém com um propósito “substancialmente distinto”, conforme contribuição de Gustavo Binenbojm.¹¹⁵⁵ De todo modo, nos interessa a análise da intervenção estatal indireta por indução,¹¹⁵⁶ em que medidas estatais são adotadas para incentivar determinado comportamento dos agentes privados.

O ponto de partida para conceituar a regulação no Direito Administrativo espanhol, também nasce da importação deste conceito dos países anglo-saxões, como pontua Iñigo Del Guayo, tratando-a como polissêmica, posto que, originariamente, foi um conjunto de técnicas criadas para reduzir os perigos dos monopólios gerados pela industrialização. Para o autor, a regulação foi se estendendo a todos os setores econômicos, qualquer fosse a finalidade do interesse público que se persiga.¹¹⁵⁷

Santiago Muñoz Machado ressalta que a importância da função de “regulação” encontra o seu marco no contexto em que o Estado passa a sua posição de prestador e assegurador direto do funcionamento e qualidade dos serviços à condição de garantidor (*Gewahrlistungstaad*). Assim, o Estado se torna vigilante do comportamento dos mercados para que os operadores respeitem a competência e as regulações públicas estabelecidas em normas, programas ou

¹¹⁵¹ GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 373-396, 2014, p. 394.

¹¹⁵² GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 373-396, 2014, p. 379.

¹¹⁵³ STEIN, Leandro Konzen. Direito Econômico da energia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

¹¹⁵⁴ “A opção, portanto, foi pela instituição de entidades administrativas (autarquias), com autonomia reforçada em relação ao ente central, justamente para evitar a politização do setor regulado (desgovernamentalização da regulação)”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 148.

¹¹⁵⁵ Em importante contextualização das agências reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil, Gustavo Binenbojm destaca que o contexto político em que se deu a implementação das agências reguladoras no Brasil foi oposto dos Estados Unidos e, além disso, serviu como propósito distinto. No contexto brasileiro, tinha por objetivo assegurar um ambiente regulatório atrativo para os investidores em um momento de privatizações e desestatizações, de forma a “garantir a preservação do *status quo*”, assegurando a plenitude do direito da propriedade e autonomia da vontade, enquanto que o modelo norte-americano objetivava a “relativização das liberdades econômicas básicas”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev. e atual., 2014, p. 287.

¹¹⁵⁶ Sobre regulação por normas de indução e sua distinção do fomento público, ver BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 155-157.

¹¹⁵⁷ CASTIELLA, Iñigo Del Guayo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 15.

diretivas de atuação formuladas pelos poderes públicos competentes para assegurar a salvaguarda dos interesses gerais e cumprimento, nesse caso, do serviço público.¹¹⁵⁸

Iñigo Del Guayo destaca, ainda que, por um lado, no universo da regulação, as empresas se fortalecem para dominar o mercado. Por outro lado, na intervenção administrativa conforme concebida na Europa continental, as empresas se fortalecem ao abrigo do poder, em respeito às características do Estado administrativo, onde há hierarquia, racionalismo, centralização, uniformidade, entre outros aspectos distintos da concebida *regulation* norte-americana que abarca princípios como diálogo, negociação, pragmatismo, descentralização, diversidade e flexibilidade.¹¹⁵⁹

A regulação e as agências reguladoras independentes se incorporaram no ordenamento jurídico da União Europeia e de seus Estados-membros desde 1980 em diante,¹¹⁶⁰ com certas similitudes às quais ocorreram no Direito Administrativo brasileiro. Santiago Muñoz Machado ressalta que, apesar de não se tratar de uma terminologia tão recente no Direito Administrativo espanhol, a regulação ganhou uma acepção mais nova e ampliada, que passou a compreender poderes e relações entre a Administração Pública e os cidadãos que não se limitam à legislação e regulamentação, constituindo formas de intervenção mais ampla na atividade social e econômica.¹¹⁶¹

Para a construção do seu conceito, Iñigo Del Guayo diferencia a acepção de “regulação” (*regulación*) da intervenção administrativa (*intervención administrativa*).¹¹⁶² Em que pese a possibilidade de se alcançar resultados similares, o *ethos* de cada uma dessas intervenções é distinto, com uma diferença no seu ponto de partida. Enquanto a regulação pressupõe a primazia dos mercados e se dirige para corrigir as suas falhas, a intervenção administrativa implica que o Estado dirija os processos econômicos, mas trate de deixar espaço para o exercício de

¹¹⁵⁸ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La actividad regulatória de la administración*. Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 25.

¹¹⁵⁹ CASTIELLA, Iñigo Del Guayo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 12.

¹¹⁶⁰ Ressalta-se também interessante observação feita pelo autor acerca do que significa interesse público para jurisdição norte-americana e espanhola. “*En nuestro país, lo público tiende a asimilarse al interés que representan y defienden las organizaciones públicas, como algo distinto generalmente de los intereses (privados) de los individuos y sus empresas o asociaciones. En el Reino Unido, lo público expresa el público, es decir, la gente, los ciudadanos. De ahí que la forma más correcta de traducir al español la expresión public interest sea interés general*”. CASTIELLA, Iñigo Del Guayo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 13.

¹¹⁶¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; PARDO, José Esteve (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Portal Derecho, S.A., vol. I., p. 15-243, 2009, p. 16.

¹¹⁶² “*Un libro sobre la regulación es tanto como un libro sobre la acción administrativa en la sociedad, pero expresada con una palabra importa da de los Estados Unidos y demás países anglosajones. La regulación es casi inabarcable, como lo son las manifestaciones de la intervención de la Administración Pública en la vida social*. CASTIELLA, Iñigo Del Guayo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 11.

liberdade dos indivíduos.¹¹⁶³ Santiago Muñoz Machado conceitua a função da regulação entendida

não como o poder de ditar normas, senão de utilizar todos os instrumentos, normativos e executivos, precisos para orientar o funcionamento dos mercados para a concorrência e impor obrigações de serviço público aos operadores para que a sua natural exigência de benefício fosse compatível com as existências de interesse geral.¹¹⁶⁴

Portanto, concluímos que regular não consiste apenas na produção de normas. A função da regulação deve caminhar junto com a reformulação da forma de intervenção do Estado na economia. A orientação do Direito Administrativo contemporâneo se dá no sentido em que, nas funções de regulação e garantia que se reservaram ao poder público, está a chave do novo equilíbrio das relações entre o Estado e a sociedade, assim como a delimitação do papel que deve aquele desempenhar com relação aos direitos dos cidadãos.¹¹⁶⁵

Como explica o administrativista espanhol Santiago Muñoz Machado e, nesse sentido, compreendemos a função de regulação deve ser adotada em uma abordagem ampla, compreensiva da totalidade de atuação estatal em relação à sociedade ou, em aplicações mais limitadas, referente à ordenação e garantia dos direitos econômicos e sociais.¹¹⁶⁶

5.3 O poder de regular e a estabilidade regulatória na promoção da energia renovável

O desenvolvimento da energia renovável e a inserção dos objetivos nacionais para ampliar a participação de fontes renováveis na matriz elétrica de diferentes países se tornou um

¹¹⁶³ CASTIELLA, Iñigo Del Guayo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017, p. 11.

¹¹⁶⁴ “*la función de regulación, entendida no como el poder de dictar normas, sino de utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados hacia la competencia e imponer obligaciones de servicio público a los operadores para que su natural afán de beneficio fuera compatible con las exigencias del interés general*”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La actividad regulatoria de la administración*. Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 25. Ver, também, outra obra do autor Muñoz Machado. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica*. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; PARDO, José Esteve (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Portal Derecho, S.A., vol. I., p. 15-243, 2009, p. 18.

¹¹⁶⁵ Santiago Muñoz Machado faz, ainda, uma referência ao posicionamento da doutrina alemã com relação à ideia de regulação: “*la novedad es de tanto alcance que una parte influyente de la doctrina alemana ha creído que alrededor de la idea de regulación pueden ordenarse sistemáticamente todas las instituciones que explican las relaciones de la Administración con los ciudadanos, sean económicas o sociales, cualesquiera que sean las formas que revistan. Es decir, explicar el Derecho Administrativo entero*”. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La actividad regulatoria de la administración*. Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 25.

¹¹⁶⁶ Há uma preocupação dos órgãos administrativos estatais em elaborar normas e exercer vigilância sobre todos os operadores do mercado, econômicos ou sociais, que desenvolvem atividades de utilidade pública em que os interesses gerais e os direitos dos cidadãos podem ser comprometidos. MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La actividad regulatoria de la administración*. Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 26.

realidade mais acentuada no final da década de 1990 e início dos anos 2000.¹¹⁶⁷ O século XXI marcou o papel de destaque da energia na economia estatal e, com isso, contribuiu para modificar o marco regulatório deste setor. Desde 2005, o REN21 registra em seu relatório anual o protagonismo desempenhado pela regulação nacional para ampliar e desenvolver a energia renovável.¹¹⁶⁸ Naquele mesmo ano, os Estados Unidos editaram o *Energy Policy Act* com objetivo de fomentar projetos em energia no território norte-americano.¹¹⁶⁹

De todo modo, o marco regulatório nacional favorável à energia renovável encontra uma das suas principais justificativas no cumprimento dos indicadores assumidos no Protocolo de Quioto e, posteriormente, no Acordo de Paris, assim como nos objetivos dispostos na Agenda 2030 da ONU.¹¹⁷⁰ Além das obrigações assumidas no plano internacional para a proteção do meio ambiente e redução das mudanças climáticas, os Estados objetivam ampliar o acesso aos serviços de energia por intermédio do uso de fontes renováveis como plano para as “pessoas, planeta e a prosperidade”.¹¹⁷¹

Busca-se, assim, demonstrar como os compromissos internacionais interferem direta e indiretamente na formação do marco regulatório estatal, irradiando para regulações específicas que incentivem o desenvolvimento da energia renovável. Este foi o caso da União Europeia, em que os Estados-Membros precisaram incorporar a normativa prevista nas Diretivas e

¹¹⁶⁷ RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2005: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2005_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 19.

¹¹⁶⁸ “the policy literature clearly shows that policies have had a major impact on the speed and extent of renewable energy development, despite a myriad of design and implementation problems”. RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2005: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2005_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 19.

¹¹⁶⁹ “the Act has since 2012 resulted in almost \$30 billions of energy projects beginning construction—in particular, the nuclear energy projects in the states of Georgia and South Carolina.” HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 192.

¹¹⁷⁰ Para o Brasil, por exemplo, a assunção dos compromissos com a ratificação do Acordo de Paris levou à adoção um plano de medidas para cumprimento das metas para redução das emissões de gases de efeito estufa. MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE. *Acordo de Paris*. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: 18 fev. 2020. Até 2025, o Brasil se compromete a reduzir as emissões em 37% abaixo dos índices registrados em 2005 e, subsequentemente, em 43% até 2030. ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹¹⁷¹ “Em setembro de 2015, representantes dos 193 Estados-membros da ONU se reuniram em Nova York e reconheceram que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Ao adotarem o documento “Transformando o Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” (A/70/L.1), os países comprometeram-se a tomar medidas ousadas e transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos sem deixar ninguém para trás”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/sobre/>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

estruturar uma regulação orientada para o apoio do uso de fontes renováveis.¹¹⁷² Contudo, parece-nos que o desenvolvimento do marco regulatório para promoção da energia renovável encontrou suas balizas no exercício do poder de regular estatal.¹¹⁷³

Nesse sentido, há que se esclarecer alguns aspectos sobre o poder de regular (*right to regulate*) no Direito Internacional para se compreender como este conceito se insere no cenário da energia renovável. Por certo, o poder de regular está relacionado como atributo do Estado no exercício da soberania estatal¹¹⁷⁴ sobre seu território¹¹⁷⁵ e compreende tanto o direito de editar novas normas, quanto de alterar o marco regulatório existente.¹¹⁷⁶

Catherine Titi afirma que, no Direito Internacional dos Investimentos, o direito de regular adquiriu um significado particular, que não se associa às referências genéricas atreladas à soberania estatal.¹¹⁷⁷ Assim, como descreve a autora, o dilema que surge no Direito Internacional dos Investimentos compreende o modo como o poder de regular é exercido sem que viole os direitos de investidores, o que, por sua vez, resultaria em um dever de compensar.¹¹⁷⁸ É cediço que, por um lado, a estabilidade regulatória, a segurança jurídica e a previsibilidade são elementos que encorajam a realização de investimentos. Por outro lado, a instabilidade regulatória reduz a capacidade dos Estados em atrair os investidores para o setor

¹¹⁷² RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *The Renewables Global Status Report 2019*. Disponível em <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/gsr_2019_full_report_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019, p. 59.

¹¹⁷³ XAVIER JUNIOR. Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, p. 140-157, 2018, p. 145.

¹¹⁷⁴ “*In general international law a State’s right to regulate is derived from the concept of jurisdiction. A State’s jurisdiction over its territory and over its people in turn derives from the fundamental concept (principle) of State sovereignty*”. GIANNAKOPOULOS, Charalampos. The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach. In: PAZARTZIS, Photini; MERKOURIS, Panos. *Permutations of Responsibility in International Law*. Brill Nijhoff: Queen Mary Studies in International Law, vol. 36, p. 148-184, 2019, p. 155. O poder de regular de acordo com o interesse público é um elemento inerente à soberania estatal. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 159.

¹¹⁷⁵ TITI, Catherine. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Studies in International Investment Law. Baden-Baden: Nomos/Hart, 2014, p. 32.

¹¹⁷⁶ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160.

¹¹⁷⁷ TITI, Catherine. The right to regulate. In: MBENGUE, Makane Moïse; SCHACHERER, Stefanie (Eds). *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Cham: Springer Nature Switzerland, p. 159-183, 2019, p. 162.

¹¹⁷⁸ “*As a corollary, international investment law’s right to regulate (stricto sensu right to regulate) is conceptually closer to the World Trade Organization’s (WTO) notion of ‘embedded liberalism’ than to the general regulatory capacity of a State under general public international law. Yet, even within international investment law, the semantic content of the right to regulate has been debated*”. TITI, Catherine. The right to regulate. In: MBENGUE, Makane Moïse; SCHACHERER, Stefanie (Eds). *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Cham: Springer Nature Switzerland, p. 159-183, 2019, p. 162.

que se deseja fomentar.¹¹⁷⁹ No entanto, não se pode deixar de considerar o papel do poder de regular com a finalidade de cumprir os interesses públicos.

Na ausência de uma definição uniforme,¹¹⁸⁰ Catherine Titi define o poder de regular como o direito de o Estado hospedeiro em deixar de observar, em situações excepcionais, os compromissos assumidos pelo Estado em um acordo internacional de investimentos, desonerando-o da obrigação de compensar o investidor.¹¹⁸¹

Portanto, um dos aspectos elementares do poder de regular está relacionado com o direito de compensação, já que o exercício legítimo do poder de regular permitiria que o Estado adotasse medidas regulatórias que afetem o investidor estrangeiro sem a obrigação de compensá-lo. Nesse contexto, verificamos a relevância de se encontrar um equilíbrio entre o exercício deste poder e a proteção dos investimentos.¹¹⁸²

Assim, no Direito Internacional dos Investimentos, o poder de regular dos Estados se encontra, muitas vezes, relacionado ao exercício de equilíbrio de forças na negociação dos acordos internacionais de investimentos que se divide entre a manutenção do poder de regular dos Estados e o interesse do país exportador de capital em proteger os seus investidores, tema sobre o qual André von Walter se debruça.¹¹⁸³ Enquanto os Estados se posicionam, no âmbito da negociação dos tratados ou na arbitragem internacional de modo a garantir o exercício do

¹¹⁷⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160.

¹¹⁸⁰ “*there exists no single idea or concept of the right to regulate*”. GIANNAKOPOULOS, Charalampos. The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach. In: PAZARTZIS, Photini; MERKOURIS, Panos. *Permutations of Responsibility in International Law*. Brill Nijhoff: Queen Mary Studies in International Law, vol. 36, p. 148-184, 2019, p. 148.

¹¹⁸¹ Com relação ao direito de regular, Catherine Titi esclarece: “*Often safeguarded through conventional law and, in particular, treaty-based exceptions, the right to regulate may also be grounded in general international law, and it is therefore independent of its express incorporation in an IIA*”. Quanto à dispensa em compensar “*a veritable right to regulate exempts the state from the typical compensation requirement vis-à-vis an aggrieved investor*”. TITI, Catherine. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Studies in International Investment Law. Baden-Baden: Nomos/Hart, 2014, p. 33. Em outro momento, Catherine Titi ressalta, ainda, que “*the right to regulate is a legal right founded in law, as opposed to a legitimate right, that belongs to the sphere of arbitral discretion*”. TITI, Catherine. The right to regulate. In: MBENGUE, Makane Moïse; SCHACHERER, Stefanie (Eds). *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Cham: Springer Nature Switzerland, p. 159-183, 2019, p. 163.

¹¹⁸² GIANNAKOPOULOS, Charalampos. The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach. In: PAZARTZIS, Photini; MERKOURIS, Panos. *Permutations of Responsibility in International Law*. Brill Nijhoff: Queen Mary Studies in International Law, vol. 36, p. 148-184, 2019, p. 148.

¹¹⁸³ WALTER, André von. Balancing Investors’ and Host States’ Rights – What Alternatives for Treaty-makers? In: BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Joern; HINDELANG, Steffen (Ed). *International Investment Law and EU Law. European Yearbook of International Economic Law*. Basel: Springer, 2011, p. 141-143. Sornarajah utiliza a expressão de “erosão da soberania” no que se refere ao poder de regular e afirma que sempre há uma negociação para o equilíbrio entre o poder de regular estatal e as regras de proteção e tratamento dos investidores estrangeiros. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 232.

poder de regular, os investidores estrangeiros buscam outras maneiras de proteção às mudanças regulatórias como, por exemplo, por meio das ‘estratégias contratuais’, denominação adotada por Jeswald Salacuse.¹¹⁸⁴

É verdade que, frequentemente, os acordos internacionais de investimentos são alvos de críticas “em virtude da limitação do poder regulatório (*right to regulate*) dos Estados receptores em áreas sensíveis como o meio-ambiente”.¹¹⁸⁵ Para solucionar as críticas de cerceamento do poder de regular,¹¹⁸⁶ Ely Caetano Xavier Junior esclarece que os BITs mais modernos passaram a incorporar medidas de equilíbrio entre a proteção do investimento estrangeiro e o exercício do poder de regular estatal.¹¹⁸⁷ Nesse sentido, foram inseridos dispositivos que determinam o dever de transparência, incluindo a possibilidade de “investidores discutir os efeitos das propostas de alterações regulatórias”, permitindo que os Estados possam “reavaliar as alterações e seus impactos antes de sua adoção”.¹¹⁸⁸

Com isso, os Estados buscam, frequentemente, evitar limitações formais sobre o seu poder de regular, dado a incerteza das futuras circunstâncias que poderão afetar a regulação em determinado setor.¹¹⁸⁹ Nesse sentido, há que se registrar cláusulas que visam garantir o exercício do poder de regular como, por exemplo, aquela inserida no BIT Alemanha-Afganistão (2005), a qual determina que “as medidas tomadas por razões de segurança ou

¹¹⁸⁴ Jeswald Salacuse cita cinco estratégias utilizadas pelos investidores estrangeiros para se proteger das mudanças regulatórias, que são “(a) *international law strategies*; (b) *diplomatic strategies*; (c) *management strategies*; (d) *third-party insurance strategies*; (e) *contract strategies*”. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 167.

¹¹⁸⁵ Ely Caetano Xavier Junior acrescenta que “é igualmente necessário, por outro lado, reconhecer que, muitas vezes, esses tratados serviram como instrumento e de cerceamento indevido do poder regulatório dos Estados receptores”. XAVIER JUNIOR. Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, p. 140-157, 2018, p. 140; 143.

¹¹⁸⁶ É preciso destacar posicionamento de Sornarajah que ressalta que todos os tratados restringem, de alguma maneira, a soberania estatal. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 231.

¹¹⁸⁷ “alguns tratados bilaterais de investimentos mais recentes buscaram, em resposta à críticas, alcançar um equilíbrio, em maior ou menor grau, entre, de um lado, a proteção concedida ao investidor estrangeiro e a liberalização dos regimes de investimento e, de outro lado, a manutenção pelo Estado do direito de regular (*right to regulate*) e a tutela estatal das questões de interesse público”. XAVIER JUNIOR. Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, p. 140-157, 2018, p. 143.

¹¹⁸⁸ XAVIER JUNIOR. Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, p. 140-157, 2018, p. 143.

¹¹⁸⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160.

ordem pública, de saúde pública ou de ordem moral”¹¹⁹⁰ são reservadas ao Estado e não se caracterizam como tratamento ‘menos favorável’ aos investidores estrangeiros. Catherine Titi afirma que, tais reservas são feitas pelos Estados em acordos internacionais de investimentos não para reforçar o seu poder de regular, mas sim para garantir que o Estado se exima da obrigação de compensar no exercício deste poder.¹¹⁹¹

Outro aspecto relevante do exercício do poder de regular no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos compreende “os efeitos *ex ante* em relação aos demais Estados”¹¹⁹² desencadeado pelas decisões arbitrais.¹¹⁹³ Trata-se, no caso, de um comportamento dos Estados que deixam de adotar uma medida regulatória para evitar que se desencadeiem novos procedimentos arbitrais. Ely Caetano Xavier Junior sugere que o impacto das arbitragens pode resultar como efeito limitador do poder de regular dos Estados.¹¹⁹⁴

Há que se ressaltar, ainda, que o exercício do poder de regular também é objeto de análise à luz das cláusulas de estabilização dos contratos de investimentos, que buscam proteger o investidor de possíveis variações na legislação local do Estado hospedeiro.¹¹⁹⁵ Um dos tipos de cláusulas de estabilização,¹¹⁹⁶ conforme explica Peter Cameron, permite que as partes estabeleçam a ‘imutabilidade’ do marco regulatório, limitando a competência legislativa do Estado receptor do investimento. Nesse caso, protege-se o investidor por meio de uma cláusula

¹¹⁹⁰ “Measures that have to be taken for reasons of public security and order, public health or morality shall not be deemed “treatment less favourable” within the meaning of Article 3”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Afghanistan - Germany BIT (2005)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1/afghanistan---germany-bit-2005->>. Acesso em: 19 dez. 2019.

¹¹⁹¹ TITI, Catherine. The right to regulate. In: MBENGUE, Makane Moïse; SCHACHERER, Stefanie (Eds). *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Cham: Springer Nature Switzerland, p. 159-183, 2019, p. 163.

¹¹⁹² XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 71. Ver também GIANNAKOPOULOS, Charalampos. The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach. In: PAZARTZIS, Photini; MERKOURIS, Panos. *Permutations of Responsibility in International Law*. Brill Nijhoff: Queen Mary Studies in International Law, vol. 36, p. 148-184, 2019, p. 148.

¹¹⁹³ Ely Caetano Xavier Junior caracteriza como “efeito transcendente”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 71.

¹¹⁹⁴ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 71.

¹¹⁹⁵ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 167.

¹¹⁹⁶ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 70 - 81. Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer esclarecem que “stabilizations in the form of an intangibility clause will provide that changes in the law of the host state will not apply to the investment contract”. DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2^a ed., 2012, p. 83.

contratual, de futuras alterações na regulação, caracterizando, de certo modo, como uma limitação contratual ao poder de regular.¹¹⁹⁷

No caso de investimentos que não foram estabelecidos no âmbito da celebração de contratos de investimentos, a discussão reside nas garantias de estabilidade que podem ser encontradas seja no acordo internacional de investimentos, seja na regulação estatal. De todo modo, garantias estabelecidas pelo Estado hospedeiro não se traduz em limitação total do poder regular estatal e imutabilidade do marco regulatório.¹¹⁹⁸ Como Sornarajah afirma, o Estado hospedeiro tem o direito de manter um nível razoável de flexibilidade regulatória para que possa atender o interesse público.¹¹⁹⁹

Nos casos que envolvem os investimentos em energia renovável, os limites do poder de regular encontrou especial relevância, posto que, por se tratar de uma seara sensível para o Estado, é comum que se busque reassegurar o poder legiferante estatal e, ainda, que haja certa flexibilidade na alteração do marco regulatório para se adaptar às circunstâncias variantes do setor energético. Afinal, os investimentos são realizados com fundamento na avaliação do marco regulatório nacional existente à data do seu estabelecimento. O critério adotado pelos investidores compreende algum nível de estabilidade, ou seja, que o Estado hospedeiro continuará a respeitar os compromissos assumidos na própria regulação após a realização do investimento.¹²⁰⁰

Eis, pois, que à luz dos acontecimentos ocorridos na Espanha e interferência do Estado na regulação das instalações de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, o poder de regular passou a ser questionado no momento em que o seu exercício se demonstrou incompatível com a tutela da expectativa legítima de estabilidade por parte do investidor. Nesse contexto, parece-nos que uma das questões mais relevantes é avaliar a compatibilização entre os interesses públicos do Estado e os direitos dos investidores nessa seara.

¹¹⁹⁷ “Under such contracts host states often accept limitations to their own sovereignty and undertake not to enact new laws or accept new obligations under international treaties that may interfere with the business activities of foreign investors”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 167.

¹¹⁹⁸ Jeswald Salacuse propõe que “foreign investors do not resist all changes to the national legal framework” e, acrescenta, ainda, que “changes in laws and regulations are a normal fact of business life in any country, and foreign investors need to deal with legislative and regulatory change in the normal course of doing business. It is a risk of doing business anywhere”. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 161.

¹¹⁹⁹ SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 278.

¹²⁰⁰ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 160.

Desse modo, buscamos realizar uma análise do protagonismo do marco regulatório nacional para fomento à energia renovável, especialmente, no que toca a garantia de estabilidade dos regimes de remuneração tarifária e outras espécies de incentivos fiscais que podem ser aplicáveis como método de incentivo ao uso de fontes renováveis no âmbito da regulação. Entendemos que é preciso analisar o equilíbrio entre a função do Estado em regular e a expectativa legítima do investidor quanto à estabilidade da regulação ao longo do seu investimento.

5.4 A participação da energia renovável na matriz energética brasileira

A relevância do estudo da energia elétrica no Direito se destaca a partir do momento em que este setor se torna objeto de exploração econômica, submetendo à disciplina jurídica.¹²⁰¹ “É, portanto, o uso econômico (e não sua existência material) que atrai a incidência do sistema jurídico”.¹²⁰² Diante da importância que o setor elétrico representa para a economia brasileira e da complexidade da legislação pátria sobre as atividades nesta área, há interesse acadêmico-científico em analisar a coordenação e participação dos agentes neste setor.¹²⁰³

No Direito Administrativo brasileiro, Alexandre Santos de Aragão se debruça sobre os serviços públicos em espécie e traz à tona questão acerca da caracterização de todas as formas de geração de energia elétrica como serviço público.¹²⁰⁴ Assim, a geração de energia elétrica seria serviço público quando se destinasse ao “atendimento do público em geral”,¹²⁰⁵ deixando

¹²⁰¹ “A importância da eletricidade é tão notória que qualquer pessoa percebe no seu dia a dia, tendo se tornado um bem indispensável à vida, como a água ou o ar”. ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 337.

¹²⁰² STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 101.

¹²⁰³ ROLIM, Maria João C. P.; KHOURI, Alice de Siqueira. Cooperação e interação: visão da “judicialização” do setor elétrico brasileiro sob a perspectiva institucional. In: ROCHA, Fábio Amorim da (Coord). *Temas relevantes no Direito de Energia Elétrica*. Rio de Janeiro: Synergia, tomo VII, p.257-280, 2018, p. 276-277.

¹²⁰⁴ Alexandre Santos de Aragão trata da divergência doutrinária acerca da caracterização de todas as formas de geração de energia elétrica como serviço público, assim como, brevemente, ressalva divergência com relação à natureza jurídica da comercialização de energia elétrica que poderia ser classificada como “compra e venda” ou prestação de serviço”. Parece-nos, que o Alexandre Santos de Aragão não discorda da classificação dos serviços de transmissão e distribuição como serviço público. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 215-219. Sem levar a posição de Alexandre Santos de Aragão em consideração, Leandro Stein afirma que, da “leitura dos mais clássicos manuais de Direito Administrativo” se permite constatar “que os serviços e instalações de energia elétrica seriam serviços públicos, sem mesmo considerar outras possibilidades de natureza/regime jurídico”. E, assim, cita a posição de Eros Grau, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Odete Medauar no sentido de que os serviços de energia elétrica se caracterizam como serviço público. STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 125.

¹²⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 216.

de assim se caracterizar quando a geração da eletricidade for destinada para o próprio consumo,¹²⁰⁶ como, por exemplo, na geração distribuída.

Para compreendermos a regulação para fomento da participação da energia renovável na matriz elétrica brasileira, é importante a repartição das competências entre a União, Estados e Municípios no direito brasileiro. Nesse sentido, a competência administrativa da União Federal se encontra estabelecida no artigo 21 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que prevê a capacidade para “XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergético”.¹²⁰⁷ E, ademais, a Constituição estabelece que os potenciais de energia hidráulica constituem bens da União Federal de acordo com o inciso VIII do artigo 20.

Destaca-se, ainda, o monopólio da União Federal para a “pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados”. Além disso, a União detém as atividades monopolizadas de pesquisa e lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, bem como do refinamento do petróleo.¹²⁰⁸ Não se pode deixar de ressaltar que a Emenda Constitucional nº 9 de 1995

autorizou a União a celebrar contratos com empresas privadas para que essas exerçam atividades relativas à pesquisa e à lavra de jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos, à refinação do petróleo nacional ou estrangeiro à importação, exportação e transporte dos produtos e derivados básicos do petróleo¹²⁰⁹

¹²⁰⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 215.

¹²⁰⁷ José Vicente dos Santos Mendonça esclarece que o artigo 21, XII, ‘b’ da Constituição permite “explorar instalações de energia elétrica e serviço público econômico, de titularidade da união, cuja execução pode ser delegada a iniciativa privada”. MENDONÇA, José Vicente dos Santos. O que pode ser a participação privada na geração de energia elétrica a partir de usinas termonucleares: um exercício experimental de neointervencionismo público. In: FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., p. 759-783, 2015, p. 770. Com relação à competência legislativa, a Constituição determina no “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988.

¹²⁰⁸ Artigo 177. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988. Ver também CUNHA, Belinha Pereira da; FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Perplexidades acerca da sustentabilidade no direito brasileiro – direito da energia, direito ambiental e direitos humanos em contextos de exploração energética. In: CAVALCANTI, Caio César Torres. *O Direito da Energia no Contexto Ibero-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia Ed., p. 85-102, 2017, p. 97.

¹²⁰⁹ André Rodrigues Cyrino trata da Emenda Constitucional nº 9 de 1995 no contexto das “mutações na ordem econômica constitucional” ocorridas na década de 1990. CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 110-112. E, ainda, ressalta que o artigo 177 “traz exemplos de regras”, já que “estabelece-se a reserva de certas atividades econômicas para a União. A fixação dos monopólios é simplesmente decidida pela Constituição econômica brasileira, só podendo trazer eventuais dúvidas quanto à ocorrência ou não de subsunção”. CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação*

Os “potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União”, nos termos do artigo 176 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.¹²¹⁰ Em termos de competência legislativa, a União Federal está autorizada pela Constituição a legislar privativamente sobre energia conforme determina o inciso IV do artigo 22. A União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a proteção do meio ambiente e sobre o direito urbanístico por força do artigo 24, incisos I e VI.

Os Municípios possuem, por sua vez, competência para legislar sobre assuntos de interesse local nos termos do artigo 30, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, além de suplementar a legislação federal e estadual no que couber.¹²¹¹ O artigo 23, VI prevê, ainda, a competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para proteger o meio ambiente. Da análise sistemática da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, há que se realizar uma interpretação conjunta dos artigos 24 e 30, o que permite afirmar que há interesse local no exercício da competência legislativa do Município sobre o meio ambiente.¹²¹²

institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 125-126. André Rodrigues Cyrino destaca que as “regras do art. 177 da Constituição buscam no conceito de monopólio um sentido para o exercício exclusivo de atividade econômica pelo Estado”. Nesse sentido, a Constituição econômica se conceberia a partir da própria regra que determina o caráter econômico da atividade do Estado. CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 188. José Vicente dos Santos Mendonça faz interessante distinção entre monopólio público e serviço público e, ainda, ressalta que a Emenda Constitucional nº 9 de 1995 flexibilizou o monopólio do petróleo, permitindo que “partes do ciclo do petróleo possam ser executadas por empresas privadas, ainda que sua titularidade continue pública”. MENDONÇA, José Vicente dos Santos. O que pode ser a participação privada na geração de energia elétrica a partir de usinas term nucleares: um exercício experimental de neointervencionismo público. In: FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., p. 759-783, 2015, p. 765-767.

¹²¹⁰ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 224.

¹²¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988. “Ressalta-se que o principal mecanismo utilizado pelos países para promover a expansão de aquecimento solar de água são exigências de implantação desses sistemas por meio de normas edilícias. No Brasil, entretanto, semelhantes medidas envolvem normas de caráter local, cuja legislação é de competência municipal, de acordo com o art. 30, I, da Constituição Federal. Portanto, para incentivar essa fonte limpa e viável economicamente no país, a legislação federal precisará adotar outros instrumentos, como a oferta de financiamento para aquisição dos equipamentos, além de incentivos como a concessão de descontos nas tarifas de energia elétrica, pelos benefícios que os aquecedores solares trazem para o sistema elétrico”. VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. *Sustentabilidade e as principais fontes de energia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?s](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?squence=1)>. Acesso em: 16 jan. 2020. p. 166.

¹²¹² O Supremo Tribunal Federal se manifestou nesse sentido em 2017 no âmbito do Recurso Extraordinário nº 194.704. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 194.704-MG. Rel. Min. Edson Fachin, julgamento 18 jun. 2017. *DJe* 29 jun. 2017.

Em razão da competência privativa da União para legislar sobre energia, grande parte dos atos normativos brasileiros atinentes ao setor energético no Brasil estão concentrados na esfera federal. E, “na prática, os incentivos à utilização de fontes renováveis de energia no Brasil são levados a efeito por ação direta do Poder Executivo, mediante programas e projetos no seu âmbito de atuação, respaldado por um marco legal”.¹²¹³

As regras que se relacionam com meio ambiente e aspectos tributários que gravitam em torno das fontes renováveis de energia como, por exemplo, regras sobre licenciamento ambiental de parques eólicos¹²¹⁴ ou tributos estaduais incidentes sobre placas solares ou sobre energia elétrica se localizam em atos, em sua maioria, emanados pelo Estado podendo, ainda, ser editados pelo Município no exercício do seu interesse local ou delegados pelo Estado.

No Brasil, as diretrizes da política energética nacional são estabelecidas pelo Ministério de Minas e Energia (MME), integrante da Administração Pública Direta. E, com objetivo de desenvolver as pesquisas científicas no setor de energia brasileiro, a EPE foi criada pela Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004,¹²¹⁵ regulamentada pelo Decreto nº 5.184, de 16 de agosto de 2004.¹²¹⁶ Conforme previsto na Lei nº 10.847/2004, compete à EPE “elaborar e publicar o balanço energético nacional”.¹²¹⁷

As estatísticas oficiais da capacidade e geração energética com uso de fontes renováveis no Brasil são extraídas do Balanço Energético Nacional (BEN). Tal relatório possui “extensa pesquisa e a contabilidade relativas à oferta e consumo de energia no Brasil, contemplando as

¹²¹³ VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. *Sustentabilidade e as principais fontes de energia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?s](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?squence=1)>. Acesso em: 16 jan. 2020. p. 163.

¹²¹⁴ A competência do órgão ambiental estadual para licenciamento de parques eólicos está prevista na Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 237/1997. BRASIL. Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) nº 237, de 19 de dezembro de 1997 *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 22 dez. 1997. No caso dos parques fotovoltaicos, o licenciamento também é de competência do órgão estadual. O artigo 3º, VII, ‘c’, do Decreto nº 8.437/2015 prevê que as usinas eólicas que estejam localizadas no ambiente marinho e na zona de transição terra-mar serão licenciadas pelo órgão ambiental federal competente. BRASIL. Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015. Regulamenta o disposto no art. 7º, caput, inciso XIV, alínea “h”, e parágrafo único, da Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, para estabelecer as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 abr. 2015.

¹²¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

¹²¹⁶ BRASIL. Decreto nº 5.184, de 16 de agosto de 2004. Cria a Empresa de Pesquisa - EPE, aprova seu Estatuto Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

¹²¹⁷ Art. 4º, II da Lei nº 10.847/2004. BRASIL. Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

atividades de extração de recursos energéticos primários, sua conversão em formas secundárias, a importação e exportação, a distribuição e o uso final da energia”.¹²¹⁸

A partir da análise dos antecedentes históricos, as atividades do setor elétrico compreendidas pela geração,¹²¹⁹ transmissão,¹²²⁰ distribuição¹²²¹ e comercialização¹²²² eram explorados exclusivamente pelo poder público estatal. Não havia no Brasil “a individualização de fases da indústria elétrica”¹²²³ sendo que a geração da eletricidade era vista como serviço público em si e as demais etapas eram tratadas como ‘acessórias’. Por essa razão, o setor se caracterizava pela existência de monopólio que agrupava todas as atividades de “geração e as etapas complementares de transporte e entrega, hoje, transmissão e distribuição”.¹²²⁴

Especialmente em razão do “esgotamento da capacidade de financiamento do Estado na década de 80”,¹²²⁵ houve uma segregação do exercício de tais atividades, processo denominado de “fragmentação dos serviços ou desintegração vertical (*unbundling*)”,¹²²⁶ o que resultou em

¹²¹⁸ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Balanco Energético Nacional*. Disponível em: <<http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-ben>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

¹²¹⁹ “A geração da energia elétrica é o processo de transformação de qualquer forma de energia em energia elétrica”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 224.

¹²²⁰ “As transmissoras de energia são responsáveis pela implantação e operação das redes que ligam as fontes de geração aos centros de carga das distribuidoras, realizando o transporte de grandes cargas de energia elétrica por longas distâncias”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 21. “a transmissão é o transporte da energia do gerador até as subestações de distribuição e os consumidores de alta tensão ou a interligação entre sistemas de geração”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 224.

¹²²¹ “A distribuição é o fornecimento da energia das subestações para os consumidores de baixa e média tensão”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 224.

¹²²² As comercializadoras “compram energia elétrica no mercado livre para revenda a outras comercializadoras ou a consumidores livres, no âmbito do mercado livre de energia, ou a distribuidoras, no âmbito do mercado”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 21. “A comercialização é a compra e venda de energia elétrica em ambientes próprios”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 224.

¹²²³ STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 102. Leandro Stein aduz que as três principais atividades inerentes aos serviços de energia elétrica seriam: geração, transmissão e distribuição, agregando-se, “novas funções, como, por exemplo, a comercialização, que recentemente se tornou autônoma”. STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 134.

¹²²⁴ STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 102.

¹²²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 211.

¹²²⁶ “Assim, verificou-se que as atividades de geração, transmissão, distribuição e comercialização não precisariam continuar sendo prestadas em ciclo único, por um único concessionário”. RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes.

um mercado de energia elétrica mais competitivo como, por exemplo, no caso da “geração e comercialização da energia elétrica”.¹²²⁷ O processo de desverticalização ocorreu na década de 1990, iniciado pelo Programa Nacional de Desestatização, cujo estímulo foi dado pela Lei nº 8.631 de 4 de março de 1993, a qual, dentre as principais medidas, reestabeleceu as condições tarifárias.

Alexandre Santos de Aragão explica que “a reestruturação do setor elétrico somente foi possível a partir da promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.1995, que deu nova redação ao art. 176, §1º, da Constituição”.¹²²⁸ Com a reforma constitucional de 1995, permitiu-se a “exploração privada dos potenciais de energia hidráulica do País mediante autorização ou concessão da União”¹²²⁹ com base em uma interpretação do artigo 176, §1º combinada com o artigo 21, XII, ‘b’, que autoriza a União a explorar diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento energético dos cursos de água.

A liberalização¹²³⁰ tornou o setor elétrico “mais dinâmico, competitivo e, conseqüentemente, fizeram com que se multiplicassem substancialmente as relações

Arbitragem no Setor de Energia Elétrica. São Paulo: Almedina, 2017, p. 17. Como parte do novo modelo setorial, conforme pontua Alexandre Santos de Aragão, permitiu-se “acesso de todos os agentes do mercado aos sistemas de transmissão” e “segregação das atividades de geração e transmissão”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 212. Marçal Justen Filho explica que “nem todos os segmentos das atividades exigem exploração sob regime próprio de serviço público. Produz-se a dissociação (*unbundling*) da atividade, inclusive para evitar que sua exploração conjunta conduza a efeitos de abuso de poder econômico e dominação de mercado”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 13. ed. rev., atual. e ampl., 2018, p. 659.

¹²²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 392. “iniciou-se um processo de desintegração vertical (*unbundling*) no setor, distinguindo as atividades monopolizadas das suscetíveis de serem prestadas em regime de competição. Na mesma esteira dessas alterações regulatórias, vieram outras inovações introduzidas pela Lei 9.074/1995 – que criou a figura do produtor independente de energia elétrica e a comercialização como atividade autônoma, abrindo o mercado da geração de energia elétrica para competição”. RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 17.

¹²²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 212.

¹²²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 212. Sobre a Emenda Constitucional nº 6 de 1995 no âmbito das “reformas constitucionais supressoras de restrições ao capital estrangeiro”, ver CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p. 110-112.

¹²³⁰ Renata Beckert Isfer explica que o “processo de abertura dos mercados e de privatizações” ocorreu através de diversas medidas, dentre elas a “desverticalização da cadeia produtiva, com a distinção entre as atividades de geração, transmissão distribuição e comercialização”, além disso promoveu-se a “possibilidade de início da competência no mercado de energia elétrica, além de criar as figuras do produtor independente e do consumidor livre”. ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, 345-347.

contratuais”.¹²³¹ A Lei nº 9.074/1995¹²³² “estabeleceu as bases para a desestatização dos serviços de *geração* de energia elétrica, estabelecendo um regime tripartite de concessões, permissões e autorizações”.¹²³³ Consequentemente, novos instrumentos contratuais foram celebrados com operadores que passaram a executar os serviços de geração e comercialização da energia elétrica e, consequentemente, a regulação do setor elétrico se tornou mais complexa.

Assim, no setor elétrico brasileiro foram segmentadas as atividades para que os agentes produzissem e oferecessem eletricidade aos consumidores livres e cativos.¹²³⁴ Enquanto as “distribuidoras de energia são responsáveis pela conexão e atendimento ao consumidor, qualquer que seja o seu porte”,¹²³⁵ realizando o “rebaixamento da tensão, dotado de capilaridade, que permite à energia atingir o seu mercado consumidor final”.¹²³⁶ As transmissoras de energia, por sua vez, implementam e operam as redes de transmissão para que a energia elétrica seja transportada.

¹²³¹ RIBEIRO, Diogo Albanzeze Gomes. *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 18.

¹²³² BRASIL. Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 08 jul. 1995.

¹²³³ Alexandre Santos de Aragão explica que passam a existir os “grandes produtores”, “produtores independentes” e “autoprodutores”. Esclarece-se, ainda, que “nos casos de autorização e comunicação, em decorrência do seu caráter não exclusivo e não essencial, é dispensada a licitação, sendo atividade aberta ao mercado, desde que observados os requisitos estabelecidos para o seu exercício”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 212-213.

¹²³⁴ “Os consumidores cativos podem ser residenciais, comerciais ou industriais, compram a energia elétrica utilizada da distribuidora local exclusivamente, mediante tarifa regulada, e não contam com qualquer flexibilidade contratual. Os consumidores livres são os grandes consumidores industriais, que apresentam consumo igual ou superior a 3 MW. Este tipo de consumidor pode optar por continuar a ser atendido pela distribuidora local (neste caso, o consumidor é chamado de “potencialmente livre”) ou comprar a energia elétrica diretamente de um produtor independente ou de autoprodutores com excedentes, ou, ainda, é facultado obter energia por intermédio de um comercializador. Os consumidores livres negociam livremente as condições comerciais previstas em seus contratos”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 25.

¹²³⁵ WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 21.

¹²³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 217. “A distribuição se caracteriza como o segmento do setor elétrico dedicado ao rebaixamento da tensão proveniente do sistema de transmissão, à conexão de centrais geradoras e ao fornecimento de energia elétrica ao consumidor. O sistema de distribuição é composto pela rede elétrica e pelo conjunto de instalações e equipamentos elétricos que operam em níveis de alta tensão (superior a 69 kV e inferior a 230 kV), média tensão (superior a 1 kV e inferior a 69 kV) e baixa tensão (igual ou inferior a 1 kV). Atualmente, o Brasil possui 105 distribuidoras de energia elétrica, sendo 54 concessionárias e 38 permissionárias, além de 13 cooperativas de eletrização rural, que atuam sob autorização precária e estão em processo de regularização para serem concessionárias ou permissionárias”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Regulação dos serviços de distribuição*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/regulacao-da-distribuicao>. Acesso em: 03 nov. 2019.

As atividades de “distribuição e a transmissão de energia elétrica são monopólios naturais. Não há concorrência entre os agentes que exploram tais segmentos”.¹²³⁷ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão explica que a transmissão “é concebida para ser uma atividade não competitiva”.¹²³⁸ Já a “geração e comercialização de energia passaram a ser realizadas em ambiente de competição”,¹²³⁹ sendo que esta última pode ser realizada por meio de contratação regulada ou livre.¹²⁴⁰

É importante observar que as obrigações das distribuidoras estão usualmente determinadas nos contratos de concessão celebrados pela União Federal sob amparo da sua competência para explorar serviços de energia elétrica, conforme previsto no art. 21, XII, ‘b’. As atividades das distribuidoras são reguladas e fiscalizadas pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada por meio da Lei nº 9.427/1996.¹²⁴¹

Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a ANEEL pode ser classificada como uma “agência reguladora de serviços públicos concedidos” ou, ainda, “agência reguladora monosssetorial”.¹²⁴² Assim, a agência desempenha o papel de “regular determinado setor específico, implementando as políticas públicas formuladas pela administração central e dirimindo conflitos entre os regulados”.¹²⁴³ Com base na competência garantida pela legislação que a criou, as políticas e diretrizes que a União estabelece constitucionalmente para a exploração do setor de energia elétrica são regulamentadas e, com isso, regulam-se os serviços de geração, transmissão, distribuição e comercialização pela ANEEL.

¹²³⁷ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 224.

¹²³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 217.

¹²³⁹ ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 347.

¹²⁴⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017, p. 219.

¹²⁴¹ BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 dez. 1996.

¹²⁴² Para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, a ANEEL foi criada em linha com o modelo das agências reguladoras norte-americanas. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 149. Em importante contextualização das agências reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil, Gustavo Binbenjoni destaca que o contexto político em que se deu a implementação das agências reguladoras no Brasil foi oposto dos Estados Unidos e, além disso, serviu como propósito distinto. No contexto brasileiro, tinha por objetivo assegurar um ambiente regulatório atrativo para os investidores em um momento de privatizações e desestatizações., de forma a “garantir a preservação do *status quo*”, assegurando a plenitude do direito da propriedade e autonomia da vontade. BINENBOJIM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev. e atual., 2014, p. 287.

¹²⁴³ STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 73.

Desse modo, a ANEEL regula três arenas do setor elétrico brasileiro com ênfase na (i) regulação da geração, transmissão, distribuição e comercialização quanto aos critérios técnicos aplicáveis; (ii) quanto às tarifas e regulação do mercado de comercialização de energia elétrica; ou, ainda, e (iii) quanto à pesquisa e desenvolvimento e a promoção da eficiência energética.¹²⁴⁴

Em 2004, o Brasil reformou o setor elétrico com a adoção das Leis nº 10.847 e nº 10.848, ambas de 15 de março de 2004. A partir desse momento, começou a se utilizar o mecanismo de leilão para o serviço de eletricidade, garantindo contratos de compra de energia em curto, médio e longo prazo. Em 2007, passou a se utilizar o sistema de leilões especificamente desenhado para fontes renováveis.¹²⁴⁵ O primeiro leilão para venda de eletricidade gerada a partir de biomassa ocorreu em 2008 e, em 2009, para fonte eólica.

Os compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional, especialmente aqueles relacionados ao combate às mudanças climáticas e redução da emissão de gases de efeito estufa¹²⁴⁶ também contribuíram para um marco regulatório focalizado na descarbonização e ampliação do acesso aos serviços de energia.¹²⁴⁷

Nesse sentido, a transição energética no Brasil apresenta particularidades atreladas à disponibilidade de recursos energéticos em seu território, além de outros aspectos econômicos, regulatórios e relativos à infraestrutura. A abundância de fontes primárias de energiam,

¹²⁴⁴ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Regulação do setor elétrico*. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/regulacao-do-setor-eletrico>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

¹²⁴⁵ “Os resultados desse sistema inicialmente deixaram a desejar em relação à capacidade instalada do sistema elétrico nacional, mas passaram a mostrar números convincentes a partir de 2009, quando foi realizado o primeiro leilão exclusivo de energia eólica”. VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. *Sustentabilidade e as principais fontes de energia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 jan. 2020. p. 149.

¹²⁴⁶ “A preocupação com a geração de energia por fontes renováveis tornou-se ainda maior com a celebração do Acordo de Paris, na COP 21, no ano de 2015. O Brasil assumiu compromisso de redução de emissões de gases de efeito estufa, em 2025 e 2030, respectivamente em 37% e 43% em relação aos níveis de 2005”. NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Energia Solar no Brasil: Situação e Perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Estudo Técnico, 2017, p. 4. Ver as NDCs to Brasil no site do Itamaraty. ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

¹²⁴⁷ “É razoável prever um aumento da participação mínima das fontes renováveis na oferta interna de energia, a fim de se sinalizar para uma matriz energética cada vez mais limpa, indicando que há vontade política de fazer o país seguir no rumo da economia de baixo carbono. Tal sinalização constituirá poderoso estímulo aos investidores, inclusive estrangeiros, que quiserem entrar nesse mercado ou ampliar os empreendimentos existentes. Para o país, a ampliação do mercado de energias renováveis, com maior consumo e produção, trará enormes vantagens. Serão criados mais empregos, haverá maior absorção de tecnologia, áreas mais isoladas serão dinamizadas graças ao acesso maior e mais barato à energia, sem falar no importante impacto quanto à redução de emissão de carbono e de poluição”. BRASIL. *Parecer da Comissão de Serviços de Infraestrutura, em decisão terminativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 712 de 2015*. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7981020&ts=1583257075315&disposition=inline>>. Acesso em: 28 fev. 2020.

resultado das características geográficas do território brasileiro consolidou a exploração da energia hídrica, mas também revela que há muito potencial para a exploração da energia solar, eólica e biomassa.¹²⁴⁸ É importante observar a particularidade da matriz energética brasileira com relação a outros países, já que apresenta extenuante capacidade hídrica, o que explica, de certo modo, a fase incipiente que se encontra a política de fomento às demais fontes renováveis de energia.

Assim, da análise do setor elétrico brasileiro, considera-se que o potencial das renováveis para geração de energia elétrica pode ser ainda mais extensivamente explorado, incrementando a participação das fontes eólica e solar como metas do planejamento energético para as próximas décadas. Observa-se, portanto, a relevância de uma análise da participação das fontes renováveis no sistema elétrico para compreender, posteriormente, o estado da arte do marco regulatório para a energia solar no cenário brasileiro.

5.4.1 As fontes renováveis no sistema elétrico brasileiro

A capacidade de geração de energia elétrica no sistema brasileiro está baseada em 8.417 empreendimentos (Figura 9),¹²⁴⁹ e se encontra atualmente concentrada em usinas hidrelétricas (60,19%) e termelétricas (24,41%).¹²⁵⁰ É bem verdade que o Brasil apresenta potencial para a energia renovável, todavia, a capacidade de geração se encontra mais centralizada na hidroeletricidade, enquanto outras renováveis apresentam participação mais reduzida na matriz elétrica, como eólica, que representa 9,21%, e solar fotovoltaica,¹²⁵¹ apenas 1,35%.¹²⁵²

¹²⁴⁸ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Relatório Procedimento de Elaboração do Plano Nacional de Energia*. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/planejamento-e-desenvolvimento-energetico/publicacoes/relatorio-do-pne-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 14.

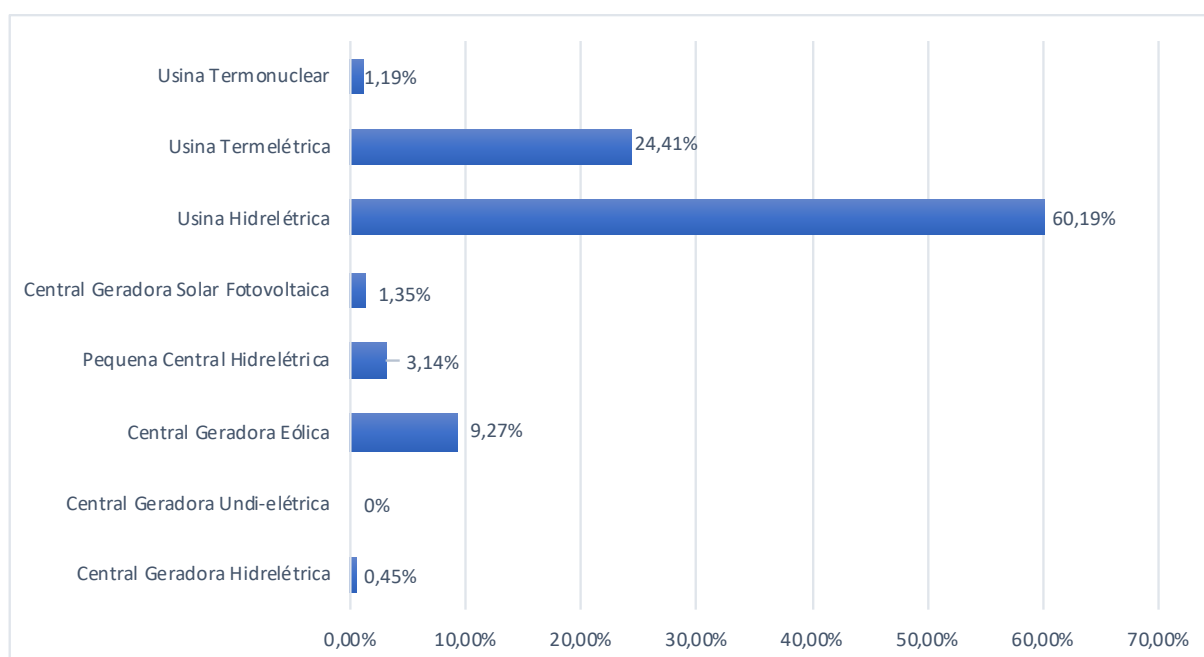
¹²⁴⁹ Ressalta-se que do total de empreendimentos, 222 estão em construção e 389 ainda não foram construídos. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Banco de Informações de Geração: Capacidade de Geração do Brasil*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹²⁵⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Banco de Informações de Geração: Capacidade de Geração do Brasil*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹²⁵¹ No Brasil, a norma que determina a terminologia da energia solar é a ABNT NBR 10899, a qual estabelece que a irradiação solar “durante um intervalo de tempo especificado, normalmente 1 h ou um dia, medida em watts hora por metro quadrado ou joules por metro quadrado, simbolizada por I, quando integrada no tempo de 1 h, ou por H, quando integrada no tempo de um dia”. Ademais, irradiação solar significa a “taxa na qual a radiação solar incide em uma superfície, por unidade de área desta superfície, normalmente medida em watts por metro quadrado (W/m²)”. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR 10899:2013. *Energia solar fotovoltaica — Terminologia*. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=305969>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

¹²⁵² Ressalta-se que a estatística calculada pela ANEEL adota a potência outorgada em kWh, enquanto a EPE adota em MW no Balanço Energético Nacional. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Banco de*

Figura 9- Capacidade de geração de energia elétrica no Brasil distribuída por fonte de energia em empreendimentos em operação



Fonte: AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA¹²⁵³

Com isso, a matriz elétrica brasileira permanece concentrada, precipuamente, na hidroeletricidade, a qual representa aproximadamente 66,6%¹²⁵⁴ da oferta total interna de energia elétrica. Residualmente, destaca-se o uso de gás natural (8,6%) e biomassa (8,5%).¹²⁵⁵ A energia eólica (7,6%) e solar fotovoltaica (0,5%), junto com a hídrica e biomassa, representam 83,2% da matriz elétrica brasileira (Figura 10).¹²⁵⁶

Informações de Geração: Capacidade de Geração do Brasil. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

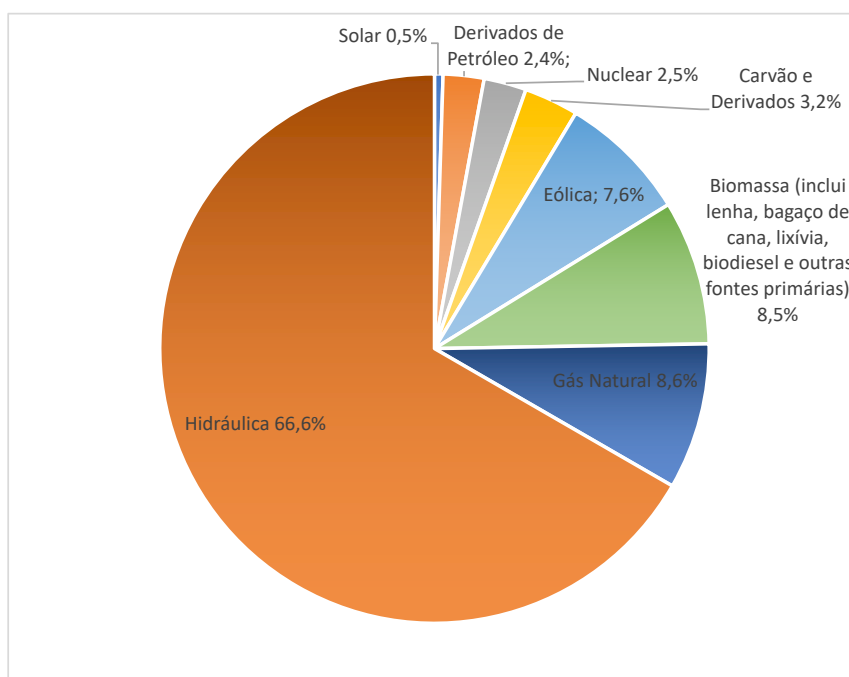
¹²⁵³ O gráfico acima foi elaborado pela autora com os dados de empreendimentos em operação disponibilizados pela ANEEL. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Banco de Informações de Geração: Capacidade de Geração do Brasil*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

¹²⁵⁴ Ressalta-se que o total de 66,6% inclui importação de energia elétrica produzida pela fonte hídrica, razão pela qual se distingue do total de 60,19% referente à capacidade de geração de energia elétrica a partir de tal fonte. EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹²⁵⁵ Biomassa que inclui lenha, bagaço de cana, lixo, biodiesel e outras fontes primárias. EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹²⁵⁶ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

Figura 10- Matriz elétrica brasileira segmentada por fonte primária de energia



Fonte: EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA¹²⁵⁷

É importante ressaltar que o processo de concentração do consumo de energia hídrica para outras fontes renováveis vem se caracterizando como lento ao longo das últimas décadas. Até 2002, a hidroeletricidade representava 80% da matriz elétrica brasileira, sendo que entre a década de 1980 e 2000, a participação alcançava em média 85%.¹²⁵⁸

Parece-nos que “a redução percentual da participação da hidroeletricidade ocorre principalmente por dois grandes fatores: os regimes pluviométricos adversos diminuem a geração de usinas já existentes e as restrições ambientais dificultam a implementação de novos projetos”.¹²⁵⁹ Com a crise da energia hídrica resultante do desabastecimento em virtude de questões meteorológicas e precária infraestrutura do sistema elétrico, as fontes renováveis

¹²⁵⁷ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanco Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹²⁵⁸ “A predominância das usinas hidrelétricas é justificada principalmente pela disponibilidade do elevado potencial hidrelétrico brasileiro, com grandes rios de planalto, alimentados por chuvas tropicais abundantes”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 24.

¹²⁵⁹ WWF-BRASIL. *Mecanismos de suporte para inserção da energia solar fotovoltaica na matriz elétrica brasileira: modelos e sugestão para uma transição acelerada*. Brasília: WWF-Brasil, 1ª ed., 2015. Disponível em: <http://www.sema.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/mecanismos_de_suporte_para_insercao_da_energia_solar_1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

ganharam maior destaque durante as duas últimas décadas.¹²⁶⁰ Nesse contexto, os planos energéticos nacionais mais recentes reforçam a necessidade de se garantir maior representatividade às fontes renováveis como parte da transição energética.

Na última década, observa-se um aumento progressivo da capacidade instalada de energia eólica e solar fotovoltaica. De 2013 a 2018, a energia eólica saltou de 6.578 GWh para 48.475 GWh, equivalente a um incremento acumulado de 14,4% em um ano (2017 a 2018).¹²⁶¹ A energia solar, por outro lado, se encontra em um estágio ainda embrionário. Até 2010, a capacidade instalada com uso de fonte solar era inexistente. Entre 2012 e 2016, registrou-se um crescimento lento, alcançando 24 MW em 2016. O marco para a virada da energia solar se deu em 2017, com a capacidade instalada de 935 MW e, em 2018, a mesma alcançou 1,798 MW.¹²⁶²

Por fim, é possível concluir que, no Brasil, há, ainda, um baixo aproveitamento da energia solar em contraste com as privilegiadas condições de incidência solar do território brasileiro.¹²⁶³ Paralelamente, a capacidade de energia solar fotovoltaica na Espanha totaliza 4,744 MW e, energia solar concentrada, total de 2,304 MW.¹²⁶⁴ Com base nesses dados, o parque solar espanhol se encontra aproximadamente três vezes maior que o brasileiro.

¹²⁶⁰ Observa-se nos últimos dois anos a redução da oferta interna de gás natural, bem como da participação da geração de termelétrica. As seguintes fontes são utilizadas para geração de energia termelétrica no Brasil: Biomassa (33,9%), Gás Natural (34,0%), Nuclear (9,8%), Derivados de Petróleo (9,6%), Carvão e Derivados (12,7%). EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹²⁶¹ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 14.

¹²⁶² EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 183. “Do ponto de vista elétrico, [a fonte solar] contribui para diversificação da matriz, aumento da segurança no fornecimento, redução de perdas e alívio de transformadores e alimentadores”. NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Energia Solar no Brasil: Situação e Perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, *Estudo Técnico*, 2017, p. 6.

¹²⁶³ O relatório do potencial dos recursos energéticos no Brasil explica que “regiões próximas à linha do equador apresentam menor variação da irradiação ao longo do ano, enquanto localidades em grandes latitudes apresentam os maiores valores de irradiação em meses do verão, mas durante o inverno apresentam os menores, de modo que a energia anual total recebida seja menor nas maiores latitudes. Portanto, dado o movimento do Sol, verifica-se que a irradiação varia ao longo do ano em cada localidade, sendo mais acentuada esta variação quanto maior a latitude do local”. Ademais, ressalta o potencial solar do Brasil “O Brasil está situado quase que totalmente na região limitada pelos Trópicos de Câncer e de Capricórnio, de incidência mais vertical dos raios solares. Esta condição propicia elevados índices de incidência da radiação solar em quase todo o território nacional, inclusive durante o inverno, o que confere ao país condições vantajosas para o aproveitamento energético do recurso solar”. MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *NOTA TÉCNICA PR 04/18: Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 131.

¹²⁶⁴ Impõe-se observar que a energia solar concentrada demanda expressivo volume de capital para sua implementação, exigindo, de igual modo, inovação tecnológica que se encontra ainda em evolução. Por isso, a capacidade instalada com tecnologia CSP é significativamente menor do que da fotovoltaica e o marco regulatório internacional e nacional se tornaram tão relevantes para o seu avanço.

Tal panorama revela que a política energética brasileira ainda se concentra em um movimento de expansão das fontes renováveis de energia para além das hidrelétricas. No entanto, é verdade que há, ainda, um tímido “suporte das políticas setoriais vigentes, abrindo espaço para inserção de outras fontes renováveis [ainda] não competitivas”.¹²⁶⁵

Nesse sentido, o relatório do MME para elaboração do PNE 2050 destaca a necessidade de avaliar a “viabilidade e penetração de tecnologias de fontes renováveis, especialmente eólica e solar fotovoltaica” para o planejamento a longo-prazo.¹²⁶⁶ E, com isso, “antevê-se um maior aproveitamento do recurso solar na matriz elétrica brasileira”.¹²⁶⁷

De todo modo, é necessário que os órgãos brasileiros não apenas incorporem os aspectos técnicos para desenvolvimento dos empreendimentos de geração de eletricidade com uso de tecnologia solar fotovoltaica em larga-escala com objetivo de aumentar a capacidade de aproveitamento do potencial solar no território brasileiro, mas também observem a importância dos aspectos regulatórios.

5.4.2 A geração da energia elétrica a partir de fonte solar no Brasil

Em que pese a condição favorável à energia solar em praticamente todo o território brasileiro,¹²⁶⁸ algumas regiões propiciam condições ainda mais favoráveis à instalação de

¹²⁶⁵ Segundo Thiago Prado Ferreira, “os agentes setoriais não estimulam as fontes renováveis ou alternativas cujo estado de maturidade tecnológica não se encontra pronto para aplicações em grande escala [no Brasil], sejam interligadas aos sistemas elétricos ou vislumbrando-as como alternativa para o suprimento de comunidades isoladas, promovendo o desenvolvimento sustentável destes locais num País com dimensões continentais”. PRADO, Thiago Guilherme Ferreira. *Políticas Públicas e Programas de Desenvolvimento Energético com foco em Energias Renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos*. 2014. 256 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Tecnologia, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Distrito Federal, p. vii.

¹²⁶⁶ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Relatório Procedimento de Elaboração do Plano Nacional de Energia*. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/planejamento-e-desenvolvimento-energetico/publicacoes/relatorio-do-pne-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 14.

¹²⁶⁷ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 136.

¹²⁶⁸ A energia elétrica pode ser gerada a partir da fonte solar por meio de duas tecnologias: (i) solar fotovoltaica (PV), geração por meio do uso de placas fotovoltaicas; e (ii) solar térmica ou, também denominada, energia solar concentrada (*concentrated solar power* (CSP), a qual utilizam várias configurações de espelhos para concentrar os raios solares, que aquecem um fluido e criam um vapor para movimentar uma turbina e gerar eletricidade. A CSP é utilizada para gerar energia elétrica em empreendimentos de larga-escala com finalidade comercial. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019. “Estes sistemas focam a radiação solar direta por meio de dispositivos ópticos para um receptor, transformando a radiação em calor de alta temperatura, apto à produção de vapor”. BEZERRA, Pedro Henrique Silva. *Energia solar concentrada: simulação do desempenho de heliostatos de pequeno porte*. 2017. 208 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Agrônomicas, Universidade Estadual Paulista, Botucatu, p. 166.

parques de energia fotovoltaica e heliotérmicas.¹²⁶⁹ O oeste da Bahia, “Vale do São Francisco, Piauí, Mato Grosso do Sul, leste de Goiás e oeste do Estado de São Paulo” são regiões que apresentam maior irradiação solar em relação ao restante do território brasileiro e, por isso, devem ser priorizados para concretização de possíveis parques solares em larga-escala.¹²⁷⁰

Há, contudo, distintos desafios ao desenvolvimento da energia solar no território brasileiro que variam desde questões técnicas e ambientais às econômicas e estruturais do mercado energético.¹²⁷¹ Com isso, o MME elaborou a Nota Técnica 04/18 que contém um estudo sobre o potencial dos recursos energéticos no horizonte 2050, avaliando a capacidade de aproveitamento fotovoltaico em diferentes áreas onde podem ser instaladas novas plantas.

O desafio ambiental se revela desde a análise do potencial de aproveitamento fotovoltaico, que exclui biomas como Pantanal e Amazônia, até áreas restritas pelo Código Florestal, áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente (APP).¹²⁷²

É preciso ressaltar que a tecnologia fotovoltaica é a única existente no território brasileiro, não existindo uma usina geradora de energia solar concentrada até o momento. O aproveitamento desta fonte renovável permite a instalação de “307 GWp em centrais fotovoltaicas, com geração aproximada de 506 TWh/ano”¹²⁷³ em comparação com a capacidade de geração de energia solar fotovoltaica na Alemanha de 46,164 TWh em 2018.¹²⁷⁴

Os principais geradores com parques fotovoltaicos no Brasil contam, atualmente, com participação de empresas estrangeiras. Nesse particular, podemos citar o parque solar denominado ‘Pirapora’ (339MW), em Minas Gerais, considerada a maior planta PV da América Latina, cuja participação acionária é detida pela francesa *EDF Energies Nouvelles* (80%) e

¹²⁶⁹ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 136.

¹²⁷⁰ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 136.

¹²⁷¹ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 136.

¹²⁷² MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 137.

¹²⁷³ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 139.

¹²⁷⁴ Ressalta-se que os dados estatísticos elaborados pela Agência Internacional de Energia são registrados em GWh e os mesmos foram convertidos pela autora para TWh com objetivo de utilizar o mesmo parâmetro na análise comparativa. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Data and statistics for Germany*. Disponível em: <<https://www.iea.org/data-and-statistics>>. Acesso em 12 jan. 2020.

Canadian Solar Inc. (20%). No âmbito deste projeto, foi assinado um contrato de compra de energia elétrica de 20 anos.¹²⁷⁵ Outros parques de energia solar PV como Ituverava e Nova Olinda, são detidos pelo grupo econômico da italiana *Enel S.p.A.*¹²⁷⁶ Por fim, a *Equinor* possui participação junto com a norueguesa *Scatec Solar* no parque de energia solar *Apodi* (162MW), no Ceará.¹²⁷⁷

Diante do indiscutível potencial de exploração da energia solar, o planejamento energético se orienta para o desenvolvimento desta fonte e dos empreendimentos em amplitude nacional. Portanto, considera-se importante que o marco regulatório contribua para o aumento da participação das renováveis na matriz elétrica brasileira de modo bem arquitetado para se alcançar sustentabilidade econômica e segurança jurídica para os investidores.

5.5 Marco regulatório para promoção do uso de fontes renováveis no setor elétrico brasileiro

Uma análise crítica do marco regulatório brasileiro revela que “a regulação do setor elétrico [ainda] não encontrou seu modelo ideal e constantemente demanda atualizações, especialmente diante do constante avanço tecnológico”.¹²⁷⁸ Com isso, nos deparamos com um conjunto de regras, em que cada parte foi atualizada separadamente, formando uma “verdadeira

¹²⁷⁵ EDF Energies Nouvelles. *Pirapora*. Disponível em: <<https://www.edf-renouvelables.com/en/project/pirapora-1-3/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹²⁷⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Participação acionária das empresas de geração de energia elétrica*. Disponível: <http://www2.aneel.gov.br/paracemp/apl/APL.NEW/PAE_vMKR_ParticipacaoAcionariaProprietarioslist.asp?cmd=search&t=vMKR_ParticipacaoAcionariaProprietarios&z_NomPrp=LIKE&x_NomPrp=Enel+Green+Power&v_NomPrp=AND&w_NomPrp=LIKE&y_NomPrp=&z_USINA=LIKE&x_USINA=&v_USINA=AND&w_USINA=LIKE&y_USINA=>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹²⁷⁷ O complexo de Apodi fica localizado na cidade de Quixeré, estado do Ceará no Brasil e mantém um contrato de compra de energia de 20 anos com a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica. EQUINOR. *Complexo Solar Apodi entra em operação comercial*. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/complexo-solar-apodi-entra-em-operacao-comercial.html>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

¹²⁷⁸ ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 351.

colcha de retalhos”,¹²⁷⁹ o que acaba por contribuir para “insegurança jurídica e regulatória”¹²⁸⁰ cujas normas ainda se encontram em evolução.¹²⁸¹

Tal análise também demonstra que a regulação para fomento das renováveis ainda se encontra em desenvolvimento, revelando um regime de medidas de apoio esparsas, poucos incentivos, além de desafios tributários que encarecem os produtos utilizados para desenvolvimento tecnológico.

No cenário atual, alguns programas nacionais foram instituídos no âmbito da política energética brasileira e focalizaram na promoção do uso de fontes alternativas para produção da energia elétrica. Dentre eles, destaca-se o Programa Emergencial de Energia Eólica (PROEÓLICA) e Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (PROINFA).

O Programa Emergencial de Energia Eólica (PROEÓLICA) foi implementado pela Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001¹²⁸² em resposta à crise energética nos anos 2000,¹²⁸³ objetivando o “aproveitamento da energia eólica como alternativa de desenvolvimento energético, econômico social e ambiental”.¹²⁸⁴ Além disso, o PROEÓLICA tinha por finalidade

¹²⁷⁹ ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 351.

¹²⁸⁰ ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 351.

¹²⁸¹ É preciso mencionar os projetos de lei que estão tramitando no congresso que impactarão o setor elétrico como Projeto de Lei nº 1917/2015 que, dispõe sobre diversos assuntos, como as concessões de geração de energia elétrica e a comercialização de energia elétrica, e os Projeto de Lei nº 3.155/2019 e Projeto de Lei nº 5.917/2019 ambos sobre livre escolha do fornecedor de energia elétrica apensados ao primeiro. CÂMARA DE DEPUTADOS. PL 1917/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2205109>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹²⁸² BRASIL. Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul 2001.

¹²⁸³ “The system was poorly integrated and highly vulnerable to natural adversities such as long-term or local droughts. From 2001 to 2002, Brazilian government faced one of its greatest challenges with the shortage of energy. Brazilians were required to cut their energy consumption by more than 20%”. SOARES, Vinicius Fonseca. Regulatory Framework of Wind Power in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, p. 159-182, 2018, p. 160. Segundo Renata Beckert Isfer, na primeira etapa de reformas para liberalização do setor de energia elétrica, não se considerou “algumas peculiaridades do setor elétrico nacional, como a sua dependência majoritária em energia hidrelétrica, altamente suscetível a questões meteorológicas, e ocorreram erros de implementação, a qual não seguiu uma sequência lógica de etapas. Isso levou a uma grave crise de abastecimento no ano de 2001”. ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 347.

¹²⁸⁴ Artigo 2º, III “para os projetos que iniciarem sua operação nos prazos abaixo, aplicar-se-ão, nos primeiros dois anos, os seguintes incentivos: a) para os projetos implementados até 31 de dezembro de 2001 - 1,200 x VC; b) para os projetos implementados até 31 de março de 2002 - 1,175 x VC; c) para os projetos implementados até 30 de junho de 2002 - 1,150 x VC; d) para os projetos implementados até 30 de setembro de 2002 - 1,125 x VC; e)

complementar a energia hídrica para reduzir os impactos às possíveis variações meteorológicas capazes de afetar o abastecimento energético no país.

No PROEÓLICA, foram estabelecidos espécies de bônus como incentivos tarifários para os projetos que fossem implementados em determinados prazos especificados na Resolução nº 24/2001.¹²⁸⁵ Ainda no âmbito deste programa, as Centrais Elétricas Brasileiras S.A. (ELETROBRÁS) se obrigava a contratar, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, por um prazo mínimo de 15 anos, a aquisição da energia a ser produzida por empreendimentos de geração com uso de energia eólica, até o limite de 1.050 MW.¹²⁸⁶

Os custos arcados pela ELETROBRÁS relativos à aquisição de energia seriam repassados às concessionárias de distribuição do sistema interligado, de forma compulsória, na proporcionalidade dos seus mercados.¹²⁸⁷ Em que pese ter sido um programa pouco incentivador, há quem afirme que o PROEÓLICA representou a primeira tentativa de adotar um regime de apoio de FIT no âmbito da energia eólica.¹²⁸⁸

Posteriormente, o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas (PROINFA) foi implementado pela Lei nº 10.438/02 com objetivo de “aumentar a participação da energia elétrica produzida por empreendimentos de Produtores Independentes Autônomos, concebidos com base em fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa”.¹²⁸⁹ A energia solar, contudo, não foi contemplada neste programa. Para tanto, o Brasil precisou adaptar sua política energética de modo a cumprir com as obrigações assumidas no Protocolo de Quioto.¹²⁹⁰

para os projetos implementados até 31 de dezembro de 2002 - 1,100 x VC”. BRASIL. Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul 2001.

¹²⁸⁵ BRASIL. Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul 2001.

¹²⁸⁶ BRASIL. Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul 2001.

¹²⁸⁷ BRASIL. Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul. 2001.

¹²⁸⁸ SOARES, Vinicius Fonseca. Regulatory Framework of Wind Power in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, p. 159-182, 2018, p. 162.

¹²⁸⁹ BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 abr. 2002.

¹²⁹⁰ O Brasil assinou o Acordo de Paris em 22 de abril de 2016 e o ratificou em 21 de setembro de 2016, assim como assinou o Protocolo de Quioto em 29 de abril de 1998 e o ratificou em 23 de agosto de 2002. UNFCCC. *Signatories Parties - Brazil*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61203>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

O PROINFA também previu, como parte da primeira etapa do programa, que os contratos de compra de energia (*power purchase agreement*) fossem celebrados pelo prazo de 20 anos. O preço da energia contratada era equivalente ao valor econômico correspondente ao preço competitivo de geração de energia elétrica.¹²⁹¹ O PROINFA passou a beneficiar a implementação de 3.300 MW de capacidade de instalação de energia elétrica a partir da geração por pequenas centrais hidrelétricas, biomassa e energia eólica.¹²⁹²

A implementação do PROINFA foi segmentada em duas etapas. Após a meta de 3.300 MW ter sido atingida, como parte da segunda fase, os geradores de energia elétrica teriam a possibilidade de contratar com a ELETROBRÁS por um preço baseado no custo de produção das usinas hidrelétricas e termelétricas,¹²⁹³ acrescido por um complemento a ser determinado pelo governo federal a partir da Conta de Desenvolvimento Energético.¹²⁹⁴ Como resultado, o

¹²⁹¹ O preço da energia contratada era estabelecido pelo Poder Executivo na Portaria do MME nº 45, de 30 de março de 2004.

¹²⁹² O custeio do PROINFA é repartido entre distribuidoras, transmissoras, cooperativas permissionárias e repassadas à ELETROBRÁS. BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 abr. 2002.

¹²⁹³ SOARES, Vinicius Fonseca. Regulatory Framework of Wind Power in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, p. 159-182, 2018, p. 163. Ressalta-se que “a energia gerada pela usina de Itaipu e a energia associada ao Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa) não são negociadas em leilões, haja vista o seu enquadramento no âmbito do ACR, já que a sua contratação é regulada por meio de regras definidas pela ANEEL”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 38.

¹²⁹⁴ “A Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) é um fundo setorial que tem como objetivo custear diversas políticas públicas do setor elétrico brasileiro, tais como: universalização do serviço de energia elétrica em todo o território nacional; concessão de descontos tarifários a diversos usuários do serviço (baixa renda, rural; Irrigante; serviço público de água, esgoto e saneamento; geração e consumo de energia de fonte incentivadas, etc.); modicidade da tarifa em sistemas elétricos isolados (Conta de Consumo de Combustíveis – CCC); competitividade da geração de energia elétrica a partir da fonte carvão mineral nacional; entre outros”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Conta de Desenvolvimento Energético*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/informacoes-tecnicas/-/asset_publisher/CegkWaVJWF5E/content/conta-de-desenvolvimento-energetico-cde/654800?inheritRedirect=false>. Acesso em: 14 jan. 2020. “Conta de Desenvolvimento Energético – CDE. Trata-se de um encargo setorial que, dentre outras funções, veio financiar subsídios a pessoas de baixa renda, produtores de carvão mineral, geração de energia renovável, consumidores dos sistemas não integrados ao SIN, agricultores, etc”. ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 337-353, 2019, p. 348. Gustavo Binenbojm denomina o uso da CDE para subsidiar atividades rurais como “subsídios cruzados”. BINENBOJM, Gustavo. Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017, p. 187.

preço da energia resulta mais caro para o consumidor.¹²⁹⁵ De certo modo, o PROINFA logrou êxito ao fomentar a geração de energia elétrica a partir da fonte eólica no Brasil. A partir deste programa, foi possível identificar o potencial e o apetite dos investidores neste setor.¹²⁹⁶ No entanto, a energia solar permaneceu fora do escopo deste programa.

É preciso mencionar, ainda, o programa ‘Luz para Todos’ inicialmente implementado em 2003 pelo Decreto nº 4.873/2003 e alterado pelos Decretos nº 6.442/2008 e Decreto nº 7.520/2011 que tem por objetivo universalizar o acesso ao serviço elétrico à população rural brasileira, por meio de uma ampliação das redes de transmissão, além de promover a geração descentralizada *off-grid* para antedever de maneira isolada propriedades residenciais. O programa ‘Luz para Todos’ foi prorrogado até 2022 pelo governo do Michel Temer a partir da publicação do Decreto nº 9.357/2018.¹²⁹⁷

5.5.1 Os regimes de apoio para incentivo à energia solar no Brasil

É possível afirmar que os mecanismos para promoção da energia solar existentes no sistema brasileiro ainda se caracterizam como pouco indutores. Os custos com tecnologia e material para geração da energia solar são elevados e sofrem a incidência de impostos por se tratar, na maioria das vezes, de equipamentos importados.

Da análise dos mecanismos de apoio para fontes renováveis, quatro são os principais instrumentos: (a) leilões de energia renovável, com a fixação de tarifas estabelecidas ao longo

¹²⁹⁵ “Independente desse fato, e diferentemente dos descontos na TUST e na TUSD, o Proinfa tem prazo de validade de vinte anos. Por sua vez, a segunda etapa do Proinfa não deverá ser mais implantada, em face da competitividade que as citadas fontes já adquiriram desde a criação do programa pela Lei nº 10.438, de 2002.”. MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes*. Incentivadas: uma avaliação. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, fev/2015. Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 21 out. 2019. p. 25. É preciso registrar que o §2º do art. 4º do Decreto 4.541/02 que regulamentou o art. 13 da Lei nº 10.438/02, determinava que “para fins de aplicação de recursos do PROINFA, os valores econômicos correspondentes às tecnologias específicas das fontes eólica, pequenas centrais hidrelétricas e biomassa terão como piso oitenta por cento da tarifa média nacional de fornecimento ao consumidor final”. Este decreto foi revogado pelo Decreto nº 5.025/04. BRASIL. Decreto nº 4.541/02, de 23 de dezembro de 2002. Regulamenta os arts. 3º, 13, 17 e 23 da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002, que dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica - PROINFA e a Conta de Desenvolvimento Energético - CDE, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 23 dez. 2002.

¹²⁹⁶ SOARES, Vinicius Fonseca. Regulatory Framework of Wind Power in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, p. 159-182, 2018, p. 164.

¹²⁹⁷ BRASIL. Decreto nº 9.357, de 27 de abril de 2018. *Altera o Decreto nº 7.520, de 8 de julho de 2011, que institui o Programa Nacional de Universalização do Acesso e Uso da Energia Elétrica - “LUZ PARA TODOS”*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 abr. 2018.

prazo e direcionamento específico para fontes renováveis de energia; (b) *net metering* no âmbito da micro e minigeração distribuída da energia elétrica; (c) desconto de até 50% (cinquenta por cento) na tarifa de uso dos sistemas de distribuição e transmissão (TUSD e TUST, respectivamente); e (d) isenção de tributos no âmbito da competência legislativa federal e estadual. Por fim, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) também disponibiliza linhas de financiamento direcionadas para empreendimentos solar fotovoltaicos.

O principal programa de apoio que desenvolve a energia solar fotovoltaica está concentrado na geração distribuída e principalmente a nível residencial. No âmbito deste tipo de geração de energia elétrica, cria-se o papel do “consumidor-gerador, aquele agente que, além de consumir a energia, é responsável também pela produção”.¹²⁹⁸

O *net metering* é um regime de apoio bastante adotado nos Estados-Unidos,¹²⁹⁹ e ganha destaque no panorama de energia solar brasileiro devido a sua abrangência para alcançar o próprio consumidor que produz a sua energia elétrica graças à evolução tecnológica. Marçal Justen Neto e Camila Batista Rodrigues Costa afirmam que “a fonte solar fotovoltaica é responsável por quase a totalidade da geração distribuída de pequeno porte no Brasil”.¹³⁰⁰

Nesse momento, o *net metering* ganha ainda maior destaque devido à Audiência Pública implementada pela ANEEL com a finalidade de revisar as regras aplicáveis a este mecanismo. Busca-se, assim, reavaliar a compensação dos componentes da tarifa de energia elétrica para que o *net-metering*, segundo a ANEEL, se mantenha sustentável.¹³⁰¹

¹²⁹⁸ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 225.

¹²⁹⁹ “*These [net metering] program – available in 41 states, Washington, DC, and four territories, allow those consumers who have solar panels in their homes to pour into the network the excess electricity they produce, obtaining an economic benefit for it or compensating for electricity they use when they do not have their own renewable electricity through net metering*”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 249-250.

¹³⁰⁰ “existem apenas três termelétricas movidas a combustíveis fósseis qualificadas como cogeração qualificada e que produzem geração distribuída”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 226.

¹³⁰¹ Audiência Pública nº 040/2019 para a revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=

Em que pese a tentativa de desonerar os distribuidores pelo uso da rede e, em última instância, os consumidores que não utilizam o sistema de *net-metering*, o projeto de revisão da Resolução Normativa nº 482 pela ANEEL foi substancialmente criticado pelas associações do setor energético e políticos.¹³⁰²

De todo modo, é preciso pontuar que os mecanismos de apoio à energia renovável e, especialmente, à energia solar ainda se encontram em um estágio inicial em relação aos modelos de incentivos no sistema europeu, sendo marcado pelos leilões, subsídios, *net metering* e isenções tributárias.

a) Programas de apoio e financiamentos

O Plano de Ação Conjunta Inova Energia (Inova Energia) se destina “à coordenação das ações de fomento à inovação e ao aprimoramento da integração dos instrumentos de apoio disponibilizados pela Finep”,¹³⁰³ pelo BNDES e pela ANEEL.

O Inova Energia tem diversas finalidades, sendo que uma delas se destinada a conceder apoio às empresas brasileiras para o desenvolvimento e domínio tecnológico “das cadeias produtivas das seguintes energias renováveis alternativas: solar fotovoltaica, termossolar e eólica para geração de energia elétrica”.¹³⁰⁴ Além disso, objetiva-se “aprimorar a integração dos instrumentos de apoio financeiro disponíveis”, concedendo um programa financiamento reembolsável, subvenção econômica,¹³⁰⁵ *expertise* para emissão de instrumentos de renda variável com a assessoria do BNDES, entre outros.

38602&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁰² Nesse sentido, o Presidente da República se manifestou publicamente em janeiro de 2020 para afirmar que o Congresso Nacional apresentará projeto de lei que vise vetar uma possível taxa que recaia sobre a micro e minigeração distribuída. EXAME. *Bolsonaro nega que tributará energia solar, mas diz que decisão é da Aneel*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/bolsonaro-nega-que-tributara-energia-solar-mas-diz-que-decisao-e-da-aneel/>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁰³ FINEP. *Inova Energia Disponível*. em: <<http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/programas-inova/inova-energia>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁰⁴ FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS. *Inova Energia Disponível*. em: <<http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/programas-inova/inova-energia>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁰⁵ “As operações poderão ser parcialmente subvencionadas em até R\$ 10 milhões por empresa participante de Plano de Negócio selecionado e enquadrado, independentemente do número de projetos de que faça parte”. FINEP. *Inova Energia Disponível*. em: <<http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/programas-inova/inova-energia>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

O Inova Energia possui linhas temáticas para fomentar os planos de negócios às empresas, sendo uma delas a geração de energia com uso de fontes renováveis.¹³⁰⁶ No âmbito deste programa, conta-se com o apoio da ANEEL para desenvolvimento de projetos de pesquisa voltados para geração de energia elétrica a partir de fonte solar fotovoltaica.

O BNDES também oferece linhas de financiamento direcionadas a empreendimentos de energia solar fotovoltaica. São empréstimos que focalizam, contudo, em parques de maior porte e não estão centralizados em financiar a geração de energia de pequeno porte, especialmente aquelas de pessoas físicas.¹³⁰⁷ A principal linha de financiamento voltada para as energias alternativas abrange o valor mínimo financiado de R\$ 10 milhões.¹³⁰⁸

Com o objetivo de desenvolver projetos de energia renovável, tramitam diversos projetos de lei no Congresso Nacional recentemente. Destaca-se o Projeto de Lei do Senado nº 371 de 2015, que visa alterar a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990 para autorizar a utilização de recursos que se encontram na conta do Fundo de Garantia do tempo de serviço (FGTS).

No âmbito de tal projeto, os recursos do FGTS seriam aplicados para a “aquisição e instalação em moradia própria de equipamentos destinados à geração de energia elétrica a partir das fontes hidráulica, solar, eólica ou biomassa, desde que o trabalhador tenha no mínimo 3 anos de trabalho sob o regime do FGTS”.¹³⁰⁹

b) leilões de energia elétrica com uso de fontes de energia renovável

O atual quadro regulatório brasileiro sobre energia elétrica pressupõe a “modicidade tarifária, a garantia de segurança no suprimento de energia elétrica e a inclusão social por meio

¹³⁰⁶ “a) Soluções para cadeia fotovoltaica: o desenvolvimento de tecnologias para produção de silício purificado em grau solar, wafers de silício e células fotovoltaicas de silício; o desenvolvimento de tecnologias para produção de células fotovoltaicas de filmes finos, OLED ou de outros materiais; o desenvolvimento de tecnologias e soluções para produção de inversores e equipamentos aplicados a sistemas fotovoltaica; b) Soluções para cadeia heliotérmica: desenvolvimento de tecnologias para aproveitamento energético termossolar para fins de geração elétrica; c) Soluções para cadeia eólica: desenvolvimento de tecnologias para aproveitamento energético eólico, contemplando a estruturação de projetos, os seus aerogeradores, e seus componentes, tais como torres, pás e nacelles”. FINANCIADORA DE ESTUDOS E PROJETOS. *Inova Energia Disponível*. em: <<http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/programas-inova/inova-energia>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁰⁷ NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Energia Solar no Brasil: Situação e Perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, *Estudo Técnico*, 2017, p. 38.

¹³⁰⁸ VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. *Sustentabilidade e as principais fontes de energia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?squence=1>. Acesso em: 16 jan. 2020, p. 165.

¹³⁰⁹ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 371, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121833>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

de programas de universalização do acesso à energia elétrica”.¹³¹⁰ O modelo foi implementado pela Lei nº 10.848/2004, de 15 de março de 2004¹³¹¹ e regulamentado pelo Decreto nº 5.163, de 30 de julho de 2004.¹³¹² A partir de então, passou a se utilizar o sistema de leilões para comercialização da energia elétrica,¹³¹³ estabelecendo dois ambientes de contratação distintos, o livre e o regulado.¹³¹⁴

Em 2007, os leilões foram especificamente direcionados à geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, em que a eletricidade é comercializada no Ambiente de Contratação Regulada (ACR).¹³¹⁵ É importante observar que, “no ACR atuam os geradores, distribuidores e comercializadores por meio de leilões de energia com o estabelecimento do preço e contratos registrados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica”.¹³¹⁶

Desse modo, a tarifa se estabelece no contrato de compra de energia resultante do leilão, os quais costumam ter vigência de longo-prazo. Os leilões podem ser promovidos para energia

¹³¹⁰ WALDIS, Alida. Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 30.

¹³¹¹ BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

¹³¹² BRASIL. Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004. *Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

¹³¹³ Os leilões se caracterizam como mecanismo de incentivo às fontes renováveis. Nesse sentido, o procedimento de leilão exclusivo para estas fontes substituiu, por exemplo, a segunda etapa do Proinfa. Posteriormente, afirma que “quando se compara a contratação das fontes alternativas via Proinfa e via Leilões de Energia Nova, nota-se que, de fato, desde que passaram a ser contratadas mediante leilões, os preços de venda sofreram queda acentuada e consistente, e a quantidade de energia contratada aumentou”. MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 29; 35.

¹³¹⁴ VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. *Sustentabilidade e as principais fontes de energia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <[http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?s](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?squence=1)
equence=1>. Acesso em: 16 jan. 2020. p. 165.

¹³¹⁵ “No âmbito do ACR, a ANEEL supervisiona leilões que ocorrem pelo critério de menor preço. Esses leilões são executados pela CCEE e neles são negociados contratos de energia que podem ter prazos de até trinta anos. No ACL, as transações ocorrem no mercado de balcão, em que consumidores livres, comercializadoras e até outras geradoras compram energia diretamente do gerador por meio de contratos bilaterais”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 30.

¹³¹⁶ Os autores explicam que o “ACL é composto pelas geradoras, comercializadoras e consumidores livres e especiais. A negociação é livre e o preço é acordado entre as partes”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 225.

elétrica de novos empreendimentos de geração ou daqueles já existentes ou, ainda, para compra exclusiva de fontes alternativas, entre outros.¹³¹⁷

O primeiro leilão orientado para fonte renovável ocorreu em 2008, em que se ofertou a compra de energia elétrica produzida com uso de biomassa. Há quem afirme que este primeiro leilão determinou o ponto inicial para fomento da geração de energia renovável, objetivando atrair novos investidores para o Brasil.

Posteriormente, foram realizados leilões sob denominação de energia de reserva (LER),¹³¹⁸ em que o primeiro específico para fonte eólica ocorreu em 2009. O segundo leilão foi realizado em 2012, em que foram contratados 1805,7 MW com base em 71 empreendimentos distribuídos entre “cinco Estados das regiões Nordeste e Sul” (Bahia, Ceará, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul e Sergipe).¹³¹⁹

Dentre os tipos de leilão existentes há, ainda, o leilão de fontes alternativas, em que se contrata nova capacidade para atender a demanda de energia elétrica.¹³²⁰ O objetivo deste último é aumentar a participação de fontes renováveis na matriz elétrica brasileira. Os empreendimentos passam a entregar eletricidade no prazo de três a cinco anos a contar do leilão e os contratos de compra de energia elétrica (*power purchase agreement*) costumam ter vigência de 20 anos para energia eólica e biomassa.

¹³¹⁷ Existem ainda os leilões proveniente de projetos de geração indicados por Resolução do CNPE e aprovada pelo Presidente da República e aqueles de novos empreendimentos de geração com licitação conjunta dos ativos de transmissão necessários para seu escoamento. BRASIL. Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004. *Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

¹³¹⁸ Leilão de energia de reserva (LER) está regulamentado no Decreto 6.353 de 2008. BRASIL. Decreto n. 6.353, de 16 de janeiro de 2008. *Regulamenta a contratação de energia de reserva de que trata o § 3o do art. 3o e o art. 3o-A da Lei no 10.848, de 15 de março de 2004, altera o art. 44 do Decreto no 5.163, de 30 de junho de 2004, e o art. 2o do Decreto no 5.177, de 12 de agosto de 2004, e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jan. 2008. Destaca-se que “A energia de reserva é oriunda de usinas especialmente contratadas para este fim, de forma complementar ao montante contratado no ambiente regulado (ACR)”. CAMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. *Energia de Reserva*. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/energia_reserva?_afzLoop=31581718106215&_adf.ctrl-state=11niksck6b_14#!%40%40%3F_afzLoop%3D31581718106215%26_adf.ctrl-state%3D11niksck6b_18>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹³¹⁹ Com preço médio de venda de R\$148,39/MWh. EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. Informe à imprensa. *Primeiro leilão de energia eólica do país viabiliza a construção de 1.805,7 MW*. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-90/20091214_1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹³²⁰ BRASIL. Decreto nº 6.048 de 27 de fevereiro de 2007. *Altera os arts. 11, 19, 27, 34 e 36 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 28 fev. 2007.

Do histórico dos procedimentos que incluíam parques de energia solar fotovoltaica, essa fonte foi disponibilizada em 9 leilões de energia nova ou energia de reserva no período entre 2013 e 2018.¹³²¹

Importante ressaltar que a previsibilidade de leilões anuais é fundamental para formação consistente de um mercado brasileiro para fontes renováveis de energia. Em outras palavras, é preciso manter uma regularidade com relação aos procedimentos de leilão para oferta de fontes renováveis para que o seu desenvolvimento seja fomentado, como ocorreu com os parques eólicos, os quais foram implementados por meio de leilões específicos para fontes alternativas.

Em junho de 2019, foi realizado o Leilão nº 3/2019 para compra de energia elétrica gerada por empreendimentos com uso de fontes hidrelétrica, eólica, solar fotovoltaica e biomassa a partir de contratos de comercialização de energia com prazo de 20 anos.¹³²²

Em outubro de 2019, foi realizado o Leilão nº 4/2019 para compra de energia elétrica, em que se celebrou contratos de concessão de outorgas existentes com uso de fontes renováveis, incluindo solar fotovoltaica.¹³²³ Como resultado deste último leilão, R\$44 bilhões foram movimentados, resultando em 91 empreendimentos de geração contratados. Do total de parques energéticos, apenas 11 eram usinas solares fotovoltaicas, enquanto 44 eram eólicas.¹³²⁴

Desse modo, o sistema de leilão representa, atualmente, o principal mecanismo para contratação de energia solar a nível comercial no Brasil, em que se determina a tarifa adotada para a energia elétrica ao fim do procedimento, buscando alcançar o menor preço para a Administração Pública e a garantia contratual da tarifa para o gerador. Nesse contexto, acredita-se que o procedimento de leilão será adotado para implementação de novos empreendimentos

¹³²¹ EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Leilões*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/leiloes-de-energia/leiloes>>. Acesso em: 20 jan. 2020. Em dezembro de 2017, foi realizado um leilão de energia nova, tipo de leilão direcionado à energia que advém de projetos em construção. O leilão de 2017 incluiu a fonte solar fotovoltaica e contratou cerca de 600 MW.

¹³²² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 03/2019-ANEEL*. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_leilao_03-2019_aneel_A-4_29len.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 3.

¹³²³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 04/2019-ANEEL*. Disponível em: <https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_leilao_04-2019_aneel_A-6_30len.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 5.

¹³²⁴ Segundo a ANEEL, o preço médio da tarifa de energia elétrica produzida a partir dos parques de energia solar fotovoltaica foi de R\$ 84,39 por MWh, com 520 MW de potência. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão de energia garante investimento de R\$ 11,2 bilhões*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdMFHrE/content/leilao-de-energia-garante-investimento-de-r-11-2-bilhoes/656877?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fsala-de-imprensa-exibicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_XGPXSqdMFHrE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D3>. Acesso em: 20 jan. 2020.

com uso de fonte renovável e será o principal mecanismo de fomento para uso da energia solar no setor elétrico brasileiro.

c) o *net-metering* e a geração distribuída no Brasil

A geração distribuída consiste na produção de energia elétrica “por centrais geradoras conectadas diretamente à rede de distribuição”¹³²⁵ de qualquer potência ou, ainda, “através de instalações de consumidores”.¹³²⁶ No Brasil, a energia solar fotovoltaica ganha destaque na micro e minigeração distribuída da energia elétrica, representando, em 2018, 562MW de potência instalada. A partir de um estudo elaborado pela EPE sobre o potencial fotovoltaico na geração distribuída, a maior capacidade se concentra naqueles Estados com maior índice populacional (São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e Bahia).¹³²⁷

Trata-se de um setor incentivado por meio de medidas regulatórias, sendo que “a referência inicial à geração distribuída no Direito Brasileiro surgiu no Decreto nº 5.163/2004, como uma alternativa para as distribuidoras adquirirem energia de empreendimentos conectados diretamente à sua rede”.¹³²⁸

No Sistema de Compensação de Energia Elétrica (*net metering*), a regulação brasileira determina que o sistema funciona “através de créditos que o produtor pode utilizar em momentos em que a sua produção não satisfaz o seu consumo”.¹³²⁹ Em outras palavras, da

¹³²⁵ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 225.

¹³²⁶ “Centrais geradoras de energia elétrica, de qualquer potência, com instalações conectadas diretamente no sistema elétrico de distribuição ou através de instalações de consumidores, podendo operar em paralelo ou de forma isolada e despachadas – ou não – pelo ONS”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656827/14866914/M%C3%B3dulo1_Revis%C3%A3o10/f6c63d9a-62e9-af35-591e-5fb020b84c13>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹³²⁷ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020. p. 141.

¹³²⁸ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 225.

¹³²⁹ FIGUEIRAS, Baltazar de Jesus Pina Patuleia. *Mecanismos de incentivos ao fotovoltaico: estudo comparativo Portugal/Brasil*. 86 f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Faculdade de Ciências, Universidade de Lisboa, 2013, p. 12. A Resolução Normativa n. 482 determina que “o excedente de energia é a diferença positiva entre a energia injetada e a consumida, exceto para o caso de empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras, em que o excedente é igual à energia injetada”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020. O sistema de compensação de energia elétrica, também é definido pela ANEEL como “sistema no qual a energia ativa injetada por unidade

energia produzida, é possível que seu destino seja o consumo total imediato caracterizado como autoconsumo. Pode, ainda, ocorrer a injeção da energia excedente no sistema de distribuição para que fique disponível no mercado, hipótese em que o produtor pode se beneficiar do sistema de compensação previsto na Resolução Normativa nº 482/2012 da ANEEL.

O *net metering* na geração distribuída está regulamentado pela Resolução Normativa nº 482 emitida pela ANEEL em 17 de abril de 2012, revisitada em 2015,¹³³⁰ que “estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída”.¹³³¹ O artigo 6º, IV, §1º determina a condição de remuneração

para fins de compensação, a energia ativa injetada no sistema de distribuição pela unidade consumidora será cedida a título de empréstimo gratuito para a distribuidora, passando a unidade consumidora a ter um crédito em quantidade de energia ativa a ser consumida por um prazo de 60 (sessenta) meses.¹³³²

Em outras palavras, o modelo de *net metering* brasileiro permite que a energia que exceda o uso por parte de uma unidade de micro ou minigeração seja injetada no sistema de distribuição e, por conseguinte, utilizada para compensação do consumo mensal. A Resolução Normativa nº 482 exclui, todavia, os consumidores livres ou especiais do sistema de compensação de energia elétrica.

consumidora com microgeração ou minigeração distribuída é cedida, por meio de empréstimo gratuito, à distribuidora local e posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional* – PRODIST. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656827/14866914/M%C3%B3dulo1_Revis%C3%A3o10/f6c63d9a-62e9-af35-591e-5fb020b84c13>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹³³⁰ “Em 2015, por meio da REN nº 687, as regras foram aprimoradas, com a elevação da potência limite de 1 MW para 5 MW (ou 3 MW para fontes hídricas) e a criação dos modelos de empreendimentos de múltiplas unidades consumidoras e geração compartilhada”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório n° 003/2019-SRD/SGT/SRM/SG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38602&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&_participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³³⁰ BRASIL. *Convênio de ICMS nº 16 de 22 de abril de 2015*. Disponível em: <confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³³¹ A Resolução Normativa n. 482 define a “microgeração distribuída” como “central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 75 kW e que utilize cogeração qualificada conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras” e define a minigeração distribuída: “central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 75 kW e menor ou igual a 5MW e que utilize cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, ou fontes renováveis de energia elétrica, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹³³² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

Nesse sentido, a energia excedente pode ser integralmente utilizada para abater o consumo energético da unidade. Os “créditos são determinados em termos de energia elétrica ativa, não estando sua quantidade sujeita a alterações nas tarifas de energia elétrica” e,¹³³³ assim, o valor tarifário corresponde à totalidade da tarifa de energia elétrica paga pelos consumidores.

Não se pode deixar de mencionar que é necessário que haja conexão à rede de distribuição para se beneficiar do *net metering*. Deve-se considerar, também, que “ao injetar energia na rede, o consumidor-gerador utiliza a rede de distribuição de energia”,¹³³⁴ o que gera um custo.

Segundo a ANEEL, a Resolução Normativa nº 482 viabilizou o desenvolvimento dos recursos energéticos distribuídos, fomentando a adoção de investimentos em sistemas de geração distribuída, especialmente, a partir de fonte solar.¹³³⁵ Posteriormente, a Resolução Normativa nº 687/2015 introduziu outras modalidades na regulação da geração distribuída, que são “geração compartilhada”¹³³⁶ e “autoconsumo remoto”.¹³³⁷

Com relação a este último, foi permitido “a instalação da geração distribuída de pequeno porte em local distinto da unidade consumidora, desde que dentro da mesma área de concessão ou permissão”.¹³³⁸

¹³³³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³³⁴ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 229.

¹³³⁵ “A Regra da ANEEL possibilitou a consolidação de um mercado que atualmente instala cerca de 300 sistemas de geração distribuída por dia útil, equivalente a quase 3 MW diários em todo país”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹³³⁶ Artigo 2º, VII: “reunião de consumidores, dentro da mesma área de concessão ou permissão, por meio de consórcio ou cooperativa, composta por pessoa física ou jurídica, que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras nas quais a energia excedente será compensada”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³³⁷ Artigo 2º, VIII: “unidades consumidoras de titularidade de uma mesma Pessoa Jurídica, incluídas matriz e filial, ou Pessoa Física que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras, dentro da mesma área de concessão ou permissão, nas quais a energia excedente será compensada”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³³⁸ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 225.

Em outubro de 2019, a ANEEL iniciou o procedimento de Audiência Pública nº 040/2019 para a revisão das regras aplicáveis à micro e minigeração distribuída sob justificativa de que é preciso manter o sistema de maneira “sustentada e saudável”.¹³³⁹ A principal preocupação envolve o crescimento exponencial das unidades de geração distribuída que, segundo a ANEEL, poderá impactar severamente o sistema elétrico, aumentando os custos para os consumidores que não se beneficiam do sistema de compensação.

Nesse sentido, afirma a ANEEL que o quadro não se torna eficiente “quando consumidores não pagam nem mesmo seus custos variáveis, imputando custos aos demais consumidores”.¹³⁴⁰ Isto porque, “parcela do custo da infraestrutura de distribuição será repassada aos demais consumidores (não geradores), que passarão a subsidiar o uso do sistema pelos consumidores-geradores”.¹³⁴¹

Avalia-se a necessidade de que as unidades de micro e minigeração distribuída sejam responsáveis pelos custos para injeção da energia no sistema de distribuição, já que há utilização da rede de distribuição isentando o consumidor-gerador dos componentes tarifários relacionados a tal uso.¹³⁴² Em outras palavras, “quando a compensação de energia se dá na baixa

¹³³⁹ “Os resultados mostram que, para o caso da micro e minigeração local (compensação integral dos créditos no mesmo endereço onde a energia é gerada), a manutenção das regras atuais indefinidamente pode levar a custos elevados para os consumidores que não instalem geração própria (custos da ordem de R\$ 23 bilhões, acumulados no período entre 2020 e 2035, referentes aos sistemas instalados nesse período)”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório n° 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁴⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório n° 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁴¹ NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 234.

¹³⁴² “Essa opção de isenção tarifária deriva de decisão do regulador com enfoque econômico. A finalidade da regra é a redução dos entraves para a geração distribuída e de incentivo da fonte fotovoltaica – a fonte mais utilizada na geração distribuída. A não incidência de componentes da tarifa propicia benefícios econômicos e atrai o consumidor para gerar sua própria energia”. NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019, p. 229.

tensão, esses usuários deixam de pagar todos os componentes da tarifa de fornecimento sobre a parcela de energia consumida que é posteriormente compensada pela energia injetada”.¹³⁴³

A proposta da ANEEL consiste em uma reavaliação dos critérios econômicos para compensação da energia por geração distribuição, propondo cinco alternativas para uma nova valoração dos componentes tarifários.

É preciso destacar, todavia, que os consumidores que já estivessem usufruindo do sistema de micro e minigeração distribuída manteriam as condições que se encontravam vigentes, ou seja, a compensação integral até o momento de transição. Em outras palavras, aqueles que apresentaram o requerimento completo para se beneficiar do Sistema de Compensação de Energia Elétrica antes da publicação da alteração da Resolução permaneceriam com as condições vigentes até 2030.¹³⁴⁴

Para a ANEEL, o modelo ideal seria o previsto na ‘alternativa 5’ identificada no estudo para revisão da Resolução Normativa nº 482. Nesta alternativa, todos os encargos, a tarifa de uso de sistema de distribuição (TUSD)¹³⁴⁵ fio A e B, assim como os demais componentes da Tarifa de Energia (TE)¹³⁴⁶ seriam arcados pelo consumidor-gerador, sendo que o componente

¹³⁴³ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁴⁴ “Os resultados mostram que, para o caso da micro e minigeração local (compensação integral dos créditos no mesmo endereço onde a energia é gerada), a manutenção das regras atuais indefinidamente pode levar a custos elevados para os consumidores que não instalem geração própria (custos da ordem de R\$ 23 bilhões, acumulados no período entre 2020 e 2035, referentes aos sistemas instalados nesse período)”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁴⁵ “tarifa de uso do sistema de distribuição – TUSD: valor monetário unitário determinado pela ANEEL, em R\$/MWh ou em R\$/kW, utilizado para efetuar o faturamento mensal de usuários do sistema de distribuição de energia elétrica pelo uso do sistema”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 479 de 03 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012479.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2020. “A Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição (TUSD) e a Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão (TUST) são dois subcomponentes tarifários que remuneram os custos de operação e de manutenção das redes de distribuição e transmissão, respectivamente”. WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014, p. 27.

¹³⁴⁶ “Valor monetário unitário determinado pela ANEEL, em R\$/MWh, utilizado para efetuar o faturamento mensal referente ao consumo de energia”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução*

de energia da TE deve “incidir apenas sobre o consumo líquido (diferença entre a energia consumida e energia injetada na rede”.¹³⁴⁷

A ANEEL definiu, ainda, que deveria existir um modelo de transição até adotar a alternativa 5 integralmente. Para a geração distribuída em que a produção e compensação ocorrem no mesmo local, os consumidores já existentes permaneceriam com as condições vigentes até 2030. Consumidores que formulassem a solicitação de acesso após a publicação da norma, aplicar-se-ia a alternativa 2, em que incide a TUSD fio A e fio B, e os demais componentes tarifários seriam compensados. Quando atingida a potência instalada adicional de 4,7 GW, o cenário da alternativa 5 se caracterizaria, deixando de compensar os demais componentes tarifários (TUSD fio B e fio A, além de encargos, perdas, encargos e demais componentes).¹³⁴⁸

No caso da geração distribuída remota, os consumidores já existentes permaneceriam com as condições vigentes até 2030 e os que formularem a solicitação de acesso após publicação da norma, aplicar-se-ia a alternativa 5.¹³⁴⁹

Vale ressaltar, ainda, que o Convênio de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) nº 16 autorizado pelo CONFAZ permitiu que os Estados concedam isenção para cobrança do ICMS sobre a energia elétrica injetada na rede. Tal Convênio permanece em

Normativa n. 479 de 03 de abril de 2012. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012479.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹³⁴⁷ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL.* Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁴⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL.* Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 19 jan. 2020.

¹³⁴⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL.* Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 19 jan. 2020.

vigor mesmo com a proposta de reduzir a compensação de componentes tarifários,¹³⁵⁰ dando continuidade a uma orientação de redução dos encargos tributários relativos à energia gerada no âmbito da geração distribuída.¹³⁵¹

De outubro a dezembro de 2019, a Consulta Pública nº 025/2019 contou com a lista exaustiva de interessados em prover contribuições sobre as alterações na Resolução Normativa nº 482.¹³⁵² Em janeiro de 2020, o Presidente da República Jair Bolsonaro afirmou publicamente o seu posicionamento contrário à proposta da ANEEL, afirmando que o Congresso Nacional deverá votar um projeto de lei, em regime de urgência, almejando a proibição de eventuais taxas ou tributos sobre a micro e minigeração distribuída da energia elétrica.¹³⁵³

d) incentivos fiscais à energia solar no direito brasileiro

Em 22 de abril de 2015, o Convênio de ICMS nº 16 pelo Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ) foi aprovado. Trata-se de um convênio que autorizou os Estados a conceder isenção nas operações internas relativas à circulação de energia elétrica, sujeitas ao faturamento sob o Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa nº 482/2012 da ANEEL.¹³⁵⁴

Em outras palavras, os Estados podem conceder isenção de ICMS incidente sobre a energia elétrica na geração distribuída, que será concedida na quantidade correspondente à soma da energia elétrica injetada na rede de distribuição pela própria unidade de micro e

¹³⁵⁰ BRASIL. *Convênio de ICMS nº 16*. Disponível em: <confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁵¹ Vale ressaltar o antecedente histórico sobre a tributação incidente no caso da geração distribuída, em que inicialmente se aplicava o Convênio de ICMS nº 6, de 2013, que estabeleceu “que o ICMS deveria incidir sobre o consumo bruto de energia elétrica da unidade consumidora, desconsiderando qualquer compensação da geração própria. Por esse entendimento, se um consumidor injetar na rede da distribuidora montante equivalente ao seu consumo de energia elétrica, não pagará qualquer valor à distribuidora, mas terá que recolher ICMS sobre a energia fornecida pela empresa. A tributação dessa forma acabava por comprometer fortemente a competitividade da fonte solar. NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Energia Solar no Brasil: Situação e Perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, *Estudo Técnico*, 2017, p. 34.

¹³⁵² AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Consulta Pública n. 025/2019*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_ideParticipacaoPublica=3366>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁵³ EXAME. *Bolsonaro nega que tributará energia solar, mas diz que decisão é da Aneel*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/bolsonaro-nega-que-tributara-energia-solar-mas-diz-que-decisao-e-da-aneel/>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁵⁴ BRASIL. *Convênio de ICMS nº 16*. Disponível em: <confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15>. Acesso em: 13 jan. 2020.

minigeração distribuída, nos termos do Sistema de Compensação de Energia Elétrica. Tal isenção não se aplica ao “custo de disponibilidade, à energia reativa, à demanda de potência, aos encargos de conexão ou uso do sistema de distribuição, e a quaisquer outros valores cobrados pela distribuidora”.¹³⁵⁵

Nesse sentido, com a aprovação do Convênio de ICMS nº 16 autorizado pelo CONFAZ, todos os Estados brasileiros estariam aptos a conceder a isenção do ICMS sobre a energia elétrica gerada a partir de unidades de micro ou minigeração.¹³⁵⁶ E, com isso, ao menos 21 Estados decidiram por aplicar as alíquotas de ICMS “no consumo líquido das unidades consumidoras, o que contribuiu para o desenvolvimento da geração distribuída de energia solar no país”.¹³⁵⁷

Além do ICMS, as Contribuições do Programa de Integração Social (PIS) e de Financiamento da Seguridade Social (COFINS) incidente sobre energia elétrica também foram isentadas no âmbito da geração distribuída.¹³⁵⁸ Nesse caso, adota-se o previsto no artigo 8º da Lei nº 13.169/2015, com aplicação isonômica em todos os Estados. A Lei nº 13.169/2015 prevê a alíquota zero do PIS/COFINS incidentes sobre a energia elétrica ativa fornecida pela distribuidora à unidade consumidora, na quantidade correspondente à soma da energia elétrica ativa injetada na rede de distribuição pela mesma unidade consumidora com os créditos de energia ativa originados na própria unidade consumidora durante o mês.¹³⁵⁹

¹³⁵⁵ BRASIL. *Convênio de ICMS nº 16*. Disponível em: <confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁵⁶ BRASIL. *Convênio de ICMS nº 16*. Disponível em: <confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15>. Acesso em: 13 jan. 2020.

¹³⁵⁷ NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Energia Solar no Brasil: Situação e Perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, *Estudo Técnico*, 2017, p. 35.

¹³⁵⁸ “Dependendo das regras aplicáveis em cada região e do enquadramento da micro ou minigeração, os tributos incidentes sobre a energia elétrica (PIS/Cofins e ICMS) deixam de ser pagos pelo consumidor quando ele gera sua própria energia”. AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020. p. 41.

¹³⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015. Altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, para elevar a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL em relação às pessoas jurídicas de seguros privados e de capitalização, e às referidas nos incisos I a VII, IX e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; altera as Leis nº s 9.808, de 20 de julho de 1999, 8.402, de 8 de janeiro de 1992, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 11.484, de 31 de maio de 2007, 12.973, de 13 de maio de 2014, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, e 10.865, de 30 de abril de 2004; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 07 out. 2005.

Há, ainda, incentivos fiscais aplicáveis aos materiais utilizados para geração de energia elétrica com uso de fonte solar. No âmbito do Programa de Apoio ao Desenvolvimento Tecnológico da Indústria de Semicondutores (PADIS) criado pela Lei nº 11.484, de 31 de maio de 2007, cuja última alteração foi realizada pela Lei nº 13.969, de 26 de dezembro de 2009, e regulamentado pelo Decreto nº 6.233, de 11 de outubro de 2007, podem ser implementados incentivos fiscais federais aos módulos e células fotovoltaicas de maneira indireta, desde que sejam pessoas jurídicas que realizem investimentos em pesquisa e desenvolvimento.

Além disso, a Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 criou o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura (REIDI), regulamentado pelo Decreto nº 6.144, de 03 de julho de 2007. Trata-se de um regime que suspendeu a exigência de PIS/PASEP e COFINS para materiais e equipamentos utilizados em projetos de infraestrutura no setor de energia,¹³⁶⁰ que pode incluir, por exemplo, materiais utilizados em parques fotovoltaicos.

A tributação federal incidente sobre os módulos fotovoltaicos prevista no Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016¹³⁶¹ determina 0% de imposto sobre produtos industrializados (IPI) aos módulos ou painéis denominados células solares.¹³⁶²

Em que pese o Projeto de Lei nº 8.322 de 2014 da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 317, de 2013, do Senado Federal) proponha a isenção do imposto sobre importação dos produtos classificados na posição 8541.40, abrangendo os equipamentos e componentes de geração elétrica de fonte solar,¹³⁶³ em 09 de dezembro de 2019, o Presidente da República encaminhou uma mensagem nº 620 comunicando o veto integral ao referido projeto por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade.¹³⁶⁴

¹³⁶⁰ “Art. 5º A habilitação de que trata o art. 4º somente poderá ser requerida por pessoa jurídica de direito privado titular de projeto para implantação de obras de infraestrutura nos setores de: II - energia, alcançando exclusivamente: a) geração, cogeração, transmissão e distribuição de energia elétrica; b) produção e processamento de gás natural em qualquer estado físico”. BRASIL. Decreto nº 6.144, de 03 de julho de 2007. Regulamenta a forma de habilitação e co-habilitação ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI, instituído pelos arts. 1º a 5º da Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 04 jul. 2007.

¹³⁶¹ SANTOS, Alex Taveira dos. Tributação e Energia Solar no Brasil – A extrafiscalidade no setor energético como mecanismo de indução do desenvolvimento nacional. In: CAVALCANTI, Caio César Torres. *O Direito da Energia no Contexto Ibero-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia Ed., p. 1-16, 2017, p. 9.

¹³⁶² Nomenclatura Comum do Mercosul 8541.40.32. BRASIL. Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 dez. 2006.

¹³⁶³ CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8.322/2014. *Isenta do imposto sobre importação os equipamentos e componentes de geração elétrica de fonte solar*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=860916>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁶⁴ “A proposta legislativa estabelece isenção do imposto sobre importação para diversos equipamentos e componentes de geração elétrica de fonte solar. Todavia, apesar da proposta legislativa importar diminuição de receita da União, não há indicação das correspondentes medidas de compensação para efeito de adequação

A nível estadual, foi aprovado o Convênio de ICMS nº 101, de 18 de dezembro de 1997 pelo CONFAZ que permite a isenção para o ICMS aplicável aos equipamentos que são destinados à geração de energia elétrica por fotovoltaicas e por empreendimentos eólicos.¹³⁶⁵ O Convênio de ICMS nº 101 de 1997 foi prorrogado várias vezes, mantendo sua aplicabilidade até 2028.¹³⁶⁶

e) desconto na tarifa de uso do sistema de transmissão (TUST) e na tarifa de uso do sistema de distribuição (TUSD)

O desconto na TUST e TUSD consiste em subsídio tarifário cruzado concebido, inicialmente, pelo governo brasileiro para fomentar as denominadas ‘fontes alternativas’ (fontes eólica, solar, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas), tendo sido implementado em 1998 pela Lei nº 9.648, a qual introduziu o §1º no artigo 26 na Lei nº 9.427/1996.¹³⁶⁷

A partir de 1998 autorizou-se a redução não inferior a 50% (cinquenta por cento) das tarifas de uso dos sistemas de transmissão e distribuição para garantir competitividade à energia ofertada por empreendimentos que utilizassem fontes alternativas. Primeiramente, o desconto se limitava às instalações de “potencial hidráulico de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 30.000 kW”¹³⁶⁸ nos termos previstos na Lei nº 9.648/98.

A ANEEL regulamentou o desconto na tarifa por meio da Resolução Normativa nº 281 de 1999, em que determinou o percentual de redução de 50% (cinquenta por cento) sobre a TUST e TUSD. Os empreendimentos que iniciaram a operação antes de 31 de dezembro de 2003 se beneficiaram, excepcionalmente, do percentual de redução de 100% (cem por cento).

orçamentária e financeira, o que viola as regras do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal e ainda dos arts. 114 e 116 da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2019”. BRASIL. Mensagem nº 620, de 27 de novembro de 2019. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 28 nov. 2019.

¹³⁶⁵ Abrange geradores fotovoltaicos, células solares, aerogeradores para conversão de energia dos ventos em energia mecânica, pá de motor ou turbina eólica, entre outros. Não abrange, no entanto, alguns equipamentos utilizados pela geração solar, como inversores e medidores. BRASIL. *Convênio de ICMS nº 101, de 18 de dezembro de 1997*. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV101_97>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁶⁶ BRASIL. *Convênio de ICMS nº 156, de 10 de novembro de 2017*. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV156_17>. Acesso em: 17 jan. 2020.

¹³⁶⁷ BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 dez. 1996.

¹³⁶⁸ BRASIL. Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998. Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 maio 1998.

Posteriormente, a Lei nº 10.438/02 alterou o §1º no artigo 26 na Lei nº 9.427/1996 para estender o desconto aos empreendimentos que gerassem energia elétrica “com fontes eólica e biomassa, assim como os de cogeração qualificada, conforme regulamentação da Aneel, dentro dos limites de potências”¹³⁶⁹ já determinados pela Lei. Recorda-se que esta lei também instituiu o PROINFA como meio de incentivo para geração de energia elétrica por produtores independentes com uso de energia eólica, biomassa e a partir de pequenas centrais hidrelétricas.¹³⁷⁰

A Lei nº 10.438/02 também criou a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) com objetivo de desenvolver o setor energético dos Estados e incrementar a competitividade de fontes como eólica e biomassa, dentre outras. Parte dos recursos da CDE eram originalmente destinados ao pagamento “da diferença entre o valor econômico correspondente à energia disponibilizada para o sistema através da tecnologia específica de cada fonte e o valor econômico correspondente a energia competitiva”. Os beneficiários deste pagamento eram os agentes geradores de energia elétrica com uso de fontes eólica, térmica a gás natural, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas. Apenas aqueles empreendimentos que entraram em operação a partir de 29 de abril de 2002 e que a compra e venda se fizesse com consumidor final fariam jus ao pagamento, conforme previsto no Decreto nº 4.451/2002, posteriormente revogado.

Em 2003, a Lei nº 10.762 alterou os §1º do art. 26 da Lei nº 9.427/1996, limitando aos “empreendimentos hidroelétricos com potência igual ou inferior a 1.000 kW”¹³⁷¹ e ampliando para os empreendimentos com uso de “fontes solar, eólica, biomassa e co-geração qualificada” com potência instalada maior ou igual a 500 kW e menor ou igual a 30.000 kW, conceito este posteriormente alterado para potência injetada no sistema.¹³⁷²

¹³⁶⁹ BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, nº 9.648, de 27 de maio de 1998, nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 5.655, de 20 de maio de 1971, nº 5.899, de 5 de julho de 1973, nº 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 29 abr. 2002.

¹³⁷⁰ O incentivo do PROINFA obrigava o consumidor a adquirir energia de fontes eólica, biomassa e pequenas centrais hidrelétricas, a “preços superiores ao custo marginal de expansão da fonte, a serem estabelecidos pelo Ministério de Minas e Energia (MME)”. Contudo, ressalta-se que o PROINFA tinha validade de 20 anos, enquanto que o desconto nas tarifas foi estabelecido sem prazo de validade. MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 24.

¹³⁷¹ A Lei nº 13.097/15 alterou de 1.000 kW para 3.000 kW, que foi alterado para 5.000 kW pela Lei nº 13.360/16.

¹³⁷² Posteriormente alterada para “potência injetada” no SIN pela Lei nº 11.488, de 26 de junho de 2007.

A Lei nº 10.762/2003 foi regulamentada pela Resolução Normativa nº 77 de 18 de agosto de 2004 da ANEEL, a qual estabeleceu os procedimentos vinculados à redução da TUST e TUSD. Até esse momento, não havia prazo para extinção do desconto previsto nem na legislação, nem na regulamentação editada pela ANEEL, razão pela qual tal subsídio sofreu tantas críticas.

Em 2012, a ANEEL alterou a Resolução nº 77/2004 por meio da Resolução Normativa nº 481 de 17 de abril para estipular que os empreendimentos com uso de fonte solar que entrassem em operação até 31 de dezembro de 2017 se beneficiariam de um desconto de 80% (oitenta por cento) sobre a TUST e TUSD na produção e consumo da energia comercializada, durante os 10 (dez) primeiros anos de operação da usina. A partir do 11º ano de operação, tal desconto seria reduzido para 50% (cinquenta por cento). Aqueles empreendimentos que entrassem em operação após 31 de dezembro de 2017, fariam jus ao tradicional desconto de 50% (cinquenta por cento).

A Lei nº 13.203 de 2015 alterou o §1º do art. 26 da Lei nº 9.427/1996 para autorizar a aplicação do desconto aos empreendimentos destinados à autoprodução que entrassem em operação comercial a partir de janeiro de 2016. Esta lei também introduziu o § 1º-A ao art. 26, que determinou uma potência mínima a ser injetada nos sistemas de transmissão ou distribuição de 30.000 kW e máxima menor ou igual a 300.000 kW para os empreendimentos que resultem de leilão de compra de energia realizado a partir de 1º de janeiro de 2016 ou venham a ser autorizados a partir de 1º de janeiro de 2016.

Em 2016, a Lei nº 13.299 introduziu o §1º-B ao art. 26 da Lei nº 9.427/1996 que concedeu o desconto para os empreendimentos com uso de fonte de biomassa que não atendam aos critérios definidos no §1º-A ou que tenham aproveitamento de potencial hidráulico de potência superior a 5.000 kW e igual ou inferior a 50.000 kW, destinado à produção independente ou autoprodução, independentemente de ter ou não característica de pequena central hidroelétrica. Posteriormente, a Lei nº 13.360/16 eliminou o desconto na TUST e TUSD àqueles empreendimentos que tiverem suas outorgas de autorização prorrogadas.

Verifica-se, desse modo, que o regramento do desconto sofreu múltiplas modificações ao longo da sua vigência, especialmente em termos do tamanho dos empreendimentos a serem beneficiados. Não se pode deixar de ressaltar que o desconto na TUST e TUSD é arcado pelos consumidores de energia elétrica (livres, regulados e especiais), bem como pelos empreendimentos geradores, pois estes utilizam as linhas de transmissão e a distribuição.

Edmundo Montalvão e Rutelly Marques Silva afirmam que, em virtude do modo como o setor elétrico está estruturado no Brasil, os consumidores (livres e especiais)¹³⁷³ que podem escolher o fornecedor da energia elétrica se beneficiam mais do que os agentes que atuam no mercado regulado. E, do ponto de vista das geradoras, as usinas eólicas acabam por receber o maior desconto. Para os autores, “uma possível explicação é a distância das eólicas dos principais centros de carga, o que implica um valor mais elevado, sobre o qual o desconto é aplicado”.¹³⁷⁴

A razão pela qual afirma-se que o desconto na TUST e TUSD consiste em subsídio tarifário cruzado se fundamenta no fato de que é “arcado pelas demais fontes de geração e pelos consumidores que não adquirem energia dessas fontes”.¹³⁷⁵ Em 2013, adicionou-se à CDE o encargo para compensar os descontos aplicados na TUST e TUSD, conforme previsto pela Lei nº 12.839, de 9 de julho de 2013 e regulamentado pelo Decreto nº 7.891/13, reduzindo o subsídio cruzado para custear o desconto. O custo com este subsídio está, atualmente, limitado a 30% (trinta por cento) dos recursos da CDE.

Algumas críticas são constantes com relação ao desconto na TUST e TUSD como, por exemplo, que a implementação deste subsídio não respeitou práticas de racional econômico e causa distorções no setor elétrico, especialmente sob argumento de que tais fontes de energia já são competitivas.¹³⁷⁶ Outro aspecto importante se refere à equivalência do desconto para todas as fontes incentivadas, o qual poderia ser graduado de acordo com o tipo de fonte. A perspectiva econômica futura sobre quanto recurso se fará necessário para o custeio deste subsídio também

¹³⁷³ No estudo apresentado por Edmundo Montalvão e Rutelly Marques Silva os consumidores especiais seriam os maiores beneficiados do desconto da TUST e TUSD, pois estes consumidores “estão conectados nas redes da distribuidora” e a “TUSD incorpora custos de transmissão, que são pagos diretamente pela distribuidora. Portanto, naturalmente, a tarifa da rede de distribuição, onde costumam estar conectados os consumidores especiais, é maior do que a tarifa da rede de transmissão”. Os autores esclarecem, ainda, que “o valor de TUST e TUSD é cobrado como tarifa por potência (R\$/MW), ao passo que as transações comerciais nos leilões são baseadas em tarifas por energia (R\$/MWh). É preciso converter tarifa por potência em tarifa por energia utilizando-se o fator de capacidade (FC) da unidade geradora e o chamado fator de carga da unidade consumidora”. MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 26.

¹³⁷⁴ MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 28.

¹³⁷⁵ MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 24.

¹³⁷⁶ MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 28.

é uma questão debatida, já que não se determinou um prazo limite para sua vigência, nem perspectiva legal para uma revisão.

Há que se comentar, ainda, que o critério de potência injetada permite que um mesmo empreendimento crie subestações a se beneficiem, individualmente, do desconto.¹³⁷⁷ Muitas críticas se fundamentam na perspectiva econômica das fontes incentivadas, sob argumento de que o custo para geração com uso de tais fontes já reduziram. Por todas essas razões, algumas propostas legislativas foram apresentadas objetivando a eliminação do desconto da TUST e TUSD.

Deve-se, em nossa opinião, analisar a exclusão deste subsídio sob diferentes perspectivas, já que o seu impacto econômico produz efeitos desiguais em relação aos seus beneficiários e quanto às fontes.

Do panorama regulatório para o desenvolvimento das fontes renováveis no setor elétrico brasileiro, verifica-se que há um conjunto de normas esparsas, emitidas de maneira descoordenada, as quais visam o uso mais expressivo das fontes de energia solar, biomassa e eólica na geração de energia elétrica. Além disso, diversas foram as alterações legislativas e regulatórias sobre o setor e os incentivos aplicáveis às fontes renováveis, fazendo com que o quadro jurídico seja muito mais complexo. Tal panorama onera a análise de risco do investimento em termos de tempo e custo e enseja um clima de insegurança jurídica neste setor.

É preciso que a regulação brasileira seja, contudo, mais bem desenvolvida e estruturada de maneira coordenada para que se conforme um efetivo progresso no aproveitamento destas fontes na matriz elétrica. Pelas razões expostas nos capítulos anteriores, é importante que o Brasil trilhe um caminho para além da energia hídrica e amplie seus horizontes energéticos.

As medidas de fomento às fontes renováveis devem objetivar, de todo modo, a sustentabilidade econômica conjugada à estabilidade regulatória direcionando para uma efetiva transição energética. É preciso que as externalidades positivas das renováveis sejam incorporadas, especialmente quando há competição com as termelétricas, cujo custo desta energia precisa absorver os impactos ao meio ambiente, que incluem a emissão de gases de efeito estufa.

¹³⁷⁷ “Como resultado do desbalanceamento mencionado, pode haver, por exemplo, indução artificial para a contratação da fonte eólica, justamente aquela que mais aproveitou os incentivos concedidos pelo Estado para desenvolvimento”. MONTALVÃO, Edmundo; SILVA, Rutelly Marques. *Descontos na TUST e na TUSD para Fontes Incentivadas: uma avaliação*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Fevereiro/2015 (Texto para Discussão nº 165). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 2 fev. 2020, p. 32.

Nesse particular, acredita-se que o grau de segurança jurídica seja determinante para orientar a viabilidade de projetos de energia renovável, sendo o mesmo suscetível a “afastar ou atrair investidores para um determinado setor”, especialmente nos projetos “caracterizados por elevados investimentos, como o setor elétrico”.¹³⁷⁸

Parece-nos importante que se observe, no exercício sobre fontes renováveis de energia, que “a segurança jurídica é tida como um dos fundamentos do Estado de Direito, em conjunto com a Justiça e o bem estar social”.¹³⁷⁹

Por conseguinte, parece-nos relevante examinar, em paralelo, a evolução do marco regulatório espanhol para promoção da energia renovável no que se refere ao processo entre a implementação de um modelo tarifário atrativo e a súbita revogação do marco regulatório com aplicabilidade retroativa às plantas de energia solar existentes na Espanha como modo de referência para uma boa prática regulatória no Brasil.

6 A REGULAÇÃO ESPANHOLA PARA PROMOÇÃO DA ENERGIA RENOVÁVEL

6.1 O protagonismo das fontes renováveis no setor elétrico espanhol

De inegável e expressiva importância se revela o panorama do setor energético espanhol para compreensão do processo evolutivo do uso das fontes renováveis na geração de energia elétrica. Não apenas os compromissos assumidos no plano internacional, nomeadamente, decorrentes da ratificação da UNFCCC e Protocolo de Quioto pela Espanha e União Europeia,¹³⁸⁰ como também decorrente das Diretivas da União Europeia modificaram o marco regulatório espanhol para promoção da energia renovável.

Trata-se de uma perspectiva em que as regras do direito nacional e internacional se retroalimentam e interagem entre si. No caso da Espanha, frequentemente, as disposições normativas europeias se incorporam no ordenamento jurídico interno, resultando em uma

¹³⁷⁸ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Consulta Pública Nº 32 de 03 de julho de 2017*. Princípios para Atuação Governamental no Setor Elétrico Brasileiro. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=1192ac71-8f31-009a-4b71-f94af6d2bc3c&groupId=36131>. Acesso em 23 fev. 2020.

¹³⁷⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 130.

¹³⁸⁰ A Espanha assinou o Acordo de Paris em 22 de abril de 2016 e o ratificou em 12 de janeiro de 2017, assim como assinou o Protocolo de Quioto em 29 de abril de 1998 e o ratificou em 31 de maio de 2002. UNFCCC. *Signatories Parties - Spain*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61203>>. Acesso em: 23 set. 2019.

estrutura complexa para compreensão dos fatores que impulsionaram e contiveram o fomento à energia renovável.

Dos antecedentes históricos, nota-se que o setor energético na Espanha era permeado por uma onda nacionalista em que o abastecimento energético se caracterizava como uma preocupação política, já que a produção energética se concentrava no consumo de carvão em virtude da presença de extensas reservas naturais no território nacional.¹³⁸¹

Posteriormente, o gás natural se tornou principal fonte de energia, em especial, no que tange a utilização do gás natural liquefeito – *liquified natural gas* (LNG) - se consagrando como combustível central na política energética espanhola durante o período entre 1985 e 2004.¹³⁸²

Sem embargo, havia ainda um contínuo protagonismo das fontes convencionais no mercado energético espanhol também ocasionado pela implementação de programas de incentivo para construção de novas plantas termelétricas, assim como a conversão de plantas nucleares em termelétricas, conforme se registrava no Plano Energético Nacional, no original, denominado *Plan Energético Nacional* (PEN) de 1991-2000.¹³⁸³

Muito embora a política energética adotada na década de 1960 tenha incentivado a geração de energia nuclear, setor este que ganhou maior destaque com o advento das crises do petróleo e recebeu incentivos para projeção de novas plantas no território espanhol em 1982,¹³⁸⁴

¹³⁸¹ A partir de uma análise dos antecedentes históricos, verifica-se que a Espanha passou por um processo de industrialização entre 1850 e 1930, particularmente caracterizado pelo uso de carvão. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 974.

¹³⁸² DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 974.

¹³⁸³ Nesse particular, Iñigo Del Guayo explica que o governo espanhol fomentou ainda mais o consumo de gás na sua indústria energética quando programou a construção de novas plantas termelétricas e, ainda, a conversão de plantas nucleares em termelétricas, além da construção de um gasoduto entre Argélia e Espanha e a ampliação das redes de distribuição de gás. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 974. Gasoduto Argelia-Marrocos-Espanha e Gasodoto Calahorra-Lacq. ESPAÑA. *Plan Energético Nacional 1991-2000*. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/E/E_169.PDF>. Acesso em: 08 nov. 2019. p. 11.

¹³⁸⁴ MARIN, Cayetano Espejo. La producción de electricidad de origen nuclear en España. Madrid: *Boletín de la A.G.E.*, nº 33, p. 65-77, 2002, p. 74.

houve uma mudança nessa perspectiva. Adiouse, posteriormente, a construção de algumas plantas nucleares inicialmente previstas,¹³⁸⁵ levando à paralisação definitiva em 1994.¹³⁸⁶

À época, a interrupção ensejou a compensação por parte do governo espanhol aos investidores que alocaram seu capital nas plantas nucleares desativadas,¹³⁸⁷ cujas despesas foram, em último lugar, arcadas pelo próprio consumidor por meio do incremento da tarifa de energia elétrica.¹³⁸⁸

As medidas governamentais espanholas relativas à descontinuação de determinadas plantas de energia nuclear revelam um precedente histórico de redirecionamento da política energética naquele país. Tal registro se assemelha ao panorama de alteração regulatória recentemente verificado no âmbito das fontes renováveis.

A partir do século XIX, a geração de energia elétrica na Espanha se concentrou na fonte hídrica¹³⁸⁹ e, em 1924, declarou-se serviço público tanto as atividades do setor elétrico, como do setor de gás. Eis, pois, que, em decorrência de um processo de liberalização e privatização, o serviço de energia elétrica deixou de ser concebido como público e não se reservou mais a exploração exclusiva à Administração Pública. Em outras palavras, o serviço de eletricidade se

¹³⁸⁵ “*el PEN-83 establece la moratoria nuclear, el problema nuclear fue acumulando problemas. La moratoria nuclear paralizaba las inversiones y los ingresos futuros derivados de su futura explotación comercial, por lo que se alteraban considerablemente las decisiones de inversión de un sector muy intensivo en capital y, por lo tanto, muy sensible a ello*”. MIR, Miguel Cuervo. Evaluación de los Planes Energéticos Nacionales en España. Madrid: *Revista de Historia Industrial*, nº 15, p. 161-178, 1999, p. 173.

¹³⁸⁶ “*El 30 de diciembre de 1994 entra en vigor la Ley 40/1994 de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional que en su Disposición adicional octava declara la paralización definitiva de los proyectos de construcción de las centrales nucleares de Lemóniz, Valdecaballeros y Trillo II con extinción de las autorizaciones concedidas. A la central de Valdecaballeros le faltaba un año para empezar a funcionar*”. MARIN, Cayetano Espejo. La producción de electricidad de origen nuclear en España. Madrid: *Boletín de la A.G.E.*, nº 33, p. 65-77, 2002, p. 75.

¹³⁸⁷ “*en diciembre de 1994 se declaró por ley la paralización definitiva de los proyectos de construcción de las centrales nucleares de Lemóniz (Vizcaya), Valdecaballeros (Badajoz) y Trillo II (Guadalajara), cuyos titulares son Iberdrola, Endesa y Unión Eléctrica Fenosa, respectivamente. Además, la legislación estableció que dichos titulares percibirían una compensación o anualidad por las inversiones realizadas y por el coste de su financiación, afectando un porcentaje de la facturación por venta de energía eléctrica a los usuarios, a determinar por el Gobierno, y fijando un máximo del 3,54%. Esta afectación parcial de la tarifa duraría como máximo 25 años. De esta forma, a Iberdrola como titular del proyecto de Lemóniz le ha correspondido en total una compensación de 2.851,450 millones de euros entre 1995 y 2005. Por su parte, para Endesa como titular del proyecto de planta nuclear de Valdecaballeros las compensaciones en estos once años han ascendido a 2.564,542 millones de euros. Finalmente, el proyecto de la central de la segunda unidad de Trillo, propiedad de Unión Fenosa, cuenta con compensaciones entre 1995 y 2005 por un total de 90.134,464 millones de euros. EUROPA PRESS. Las nucleares de Lemóniz, Valdecaballeros y Trillo II reciben compensaciones por 5.500 millones. Disponible em: <<https://www.europapress.es/economia/energia-00341/noticia-economia-energia-nucleares-lemoniz-valdecaballeros-trillo-ii-reciben-compensaciones-5500-millones-20060417181610.html>>. Acesso em: 07 nov. 2019.*

¹³⁸⁸ DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 974-975.

¹³⁸⁹ DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 974.

tornou efetivamente essencial e regulado pelo Estado,¹³⁹⁰ porém suscetível à exploração por parte da iniciativa privada, suprimindo o monopólio estatal.

O marco inicial para desenvolvimento da geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis se registrou na década de 1980, quando a *Ley 82/1980*, de 30 de dezembro de 1980, Lei sobre Conservação de Energia,¹³⁹¹ se consagrou como a primeira normativa a estabelecer o apoio às fontes renováveis na Espanha, a qual foi motivada pela necessidade de responder aos efeitos das crises do petróleo da década de 1970.¹³⁹²

No entanto, somente a partir publicação da lei do setor elétrico (*Ley 54/1997* de 27 de novembro de 1997), outros atos normativos foram adotados com objetivo de incrementar o uso de fontes renováveis em seu território e estruturar um marco regulatório atrativo para os investidores interessados neste setor.

¹³⁹⁰ “*A public service is a reserved essential service, that is, the Constitution substitutes the traditional expression ‘public service’ for the new ‘reserved essential service’. Essential service has a wider meaning than public service and in this respect it is considered that all public services are essential but not all essential services will be public services. Only those essential services reserved by an Act for the public administration would be, properly speaking, public services. For example, the supply of electricity is declared by the relevant Act to be an essential service, but is not reserved for the public administration*”. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 979. Destaca-se que Roberto Galán Vioque menciona que a *ley 40/1994*, de 30 de dezembro de 1994, qualificava a produção elétrica como serviço público, enquanto esta premissa de exploração unificada estatal é abandonada na *Ley 54/1997*. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes)* y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 117. Observe-se a exposição de motivos da *Ley 54/1997* que regulava o setor elétrico espanhol “*La explotación unificada del sistema eléctrico nacional deja de ser un servicio público de titularidad estatal desarrollado por el Estado mediante una sociedad de mayoría pública y sus funciones son asumidas por dos sociedades mercantiles y privadas, responsables respectivamente, de la gestión económica y técnica del sistema.*” e, nesse sentido, o artigo 2º da *Ley 54/1997* trata da regulação das atividades neste setor “*Artículo 2. Régimen de las actividades. 1. Se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente Ley. 2. Estas actividades se ejercerán garantizando el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional y tendrán la consideración de servicio esencial*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹³⁹¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1980/12/30/82>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹³⁹² Roberto Galán Vioque cita a *Ley 82/1980* como o primeiro marco normativo para promoção do uso de fontes renováveis de energia na Espanha e aduz “*Esta ley se aprobó en el marco de la segunda ‘crisis del petróleo’*”. A *Ley 82/1980* estabeleceu, entre outros aspectos, o direito dos autogeradores de eletricidade e os titulares de concessões hidrelétricas de transferir às empresas distribuidoras de energia seus excedentes de eletricidade quando fosse tecnicamente possível e, assim, receber o preço que se determinara na regulação. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes)* y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 117.

Como consequência das obrigações derivadas da Diretiva 2001/77/CE, adotou-se o Plano de Energias Renováveis, no original, denominado *Plan de Energías Renovables* (PER) de 2005-2010 em 26 de agosto de 2005, por meio do Acordo do Conselho de Ministros. O PER de 2005-2010 alterou o Plano de Fomento às Energias Renováveis de 2000-2010, no original, denominado *Plan de Fomento de las Energías Renovables en España*.¹³⁹³

Em virtude do PER 2005-2010, a energia renovável se estabeleceu como um dos elementos centrais do plano energético e na Estratégia de Economia e Eficiência Energética na Espanha, no original, denominada *Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España*, conforme registrado na exposição de motivos do *Real Decreto* 661, de 25 de maio de 2007 (RD 661/2007).¹³⁹⁴

Entre as diversas premissas adotadas para implementar uma política favorável às fontes renováveis, destacou-se no PER 2005-2010 as efetivas consequências que podem ser ocasionadas pelo incremento na demanda energética. Por essa razão, foi reconhecido como necessário estabelecer um objetivo nacional de que, ao menos, 12% do consumo total de energia deveria ser proveniente de fontes renováveis.¹³⁹⁵ Portanto, o PER 2005-2010 consagra uma política de desenvolvimento e promoção das fontes de energia renovável no plano energético espanhol.¹³⁹⁶

É importante destacar que o processo de fomento às fontes renováveis na Espanha se consolida como um movimento para o desenvolvimento sustentável reconhecidamente atrelado (i) à redução da dependência energética; (ii) ampliação do aproveitamento dos recursos naturais disponíveis; (iii) incentivo à eficiência energética; e (iv) combate às mudanças climáticas.¹³⁹⁷

¹³⁹³ ESPAÑA. *Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010*. Disponível em: <https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_4044_PFER2000-10_1999_1cd4b316.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

¹³⁹⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Preâmbulo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹³⁹⁵ ESPAÑA. *Plan de Energías Renovables en España 2005-2010*. Disponível em: <<https://www.idae.es/publicaciones/plan-de-energias-renovables-en-espana-2005-2010>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹³⁹⁶ “the PER contained the underlying economic data used by the government to determine its regulatory framework”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nove 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §91.

¹³⁹⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Preâmbulo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

O PER 2005-2010 se destaca, ainda, por reafirmar o protagonismo dos investimentos para o setor energético, posto que determina como indispensável a lucratividade dos investidores, além da necessária ampliação do acesso às fontes de financiamento.

Assim, a política energética espanhola se orientou para o desenvolvimento da energia renovável não apenas influenciada por aspectos políticos e econômicos. A Diretiva 2009/28/CE, que substituiu a Diretiva 2001/77/CE, também impôs a alteração na regulação para cumprimento das obrigações ali estabelecidas como, por exemplo, as quotas obrigatórias.¹³⁹⁸

Conseqüentemente, em 30 de junho de 2010, a Espanha publicou o Plano de Ação Nacional de Energias Renováveis, no original, denominado *Plan de Acción Nacional de Energías Renovables* (PANER) de 2011-2020, no qual se estabeleceu que, até 2020, as fontes renováveis deveriam representar 20% do total consumo energético.¹³⁹⁹ Trata-se de um novo modelo energético que reduziu, de certo modo, a primazia do gás natural na matriz energética espanhola.¹⁴⁰⁰

O PANER 2011-2020 assegurou uma política favorável aos investimentos, que se encontrou alicerçada em três pilares: (i) segurança jurídica; (ii) viabilidade dos projetos; e (iii) estabilidade regulatória. Determinou-se, também, que qualquer mecanismo remuneratório que apoiasse a geração de eletricidade a partir de fontes renováveis, seja no presente ou no futuro, também se alinharia com os referidos princípios.¹⁴⁰¹

¹³⁹⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Spain. Final Award*. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. Spanish version of Final Award, §86.

¹³⁹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §97.

¹⁴⁰⁰ O gás natural se consolidava como fonte energética desde 1985. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGINKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 977.

¹⁴⁰¹ “La actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial se sustenta en tres principios básicos como son la seguridad jurídica, viabilidad y estabilidad regulatoria. Cualquier sistema de retribución económica, presente y futuro, de apoyo a la generación de electricidad de fuentes renovables tendrá como base los principios citados, arbitrando los mecanismos necesarios para conjugar las mejoras tecnológicas y la evolución de los mercados con los incentivos para la producción de electricidad procedente de fuentes renovables de forma que se alcancen las metas y objetivos en los plazos establecidos”. ESPAÑA. *Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011–2020*. Disponível em: <http://www.ebb-eu.org/legis/ActionPlanDirective2009_28/national_renewable_energy_action_plan_spain_es.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019. p. 116.

Em novembro de 2011, o Conselho de Ministros aprovou o PER de 2011-2020, como consequência das obrigações estabelecidas na Diretiva 2009/28/CE, assim como dos mandatos dispostos na legislação vigente à época.¹⁴⁰²

Em certa medida, o movimento político-regulatório em prol das fontes renováveis iniciado na Espanha há, ao menos, três décadas, criou um quadro favorável ao desenvolvimento deste setor e permitiu que a matriz energética espanhola fosse marcada por significativa presença das fontes renováveis.¹⁴⁰³

Em que pese o consumo de energia primária espanhola¹⁴⁰⁴ ainda apresentar dependência da importação de petróleo e seus produtos derivados,¹⁴⁰⁵ os registros do Ministério de Energia espanhol de 2016 demonstram que a produção energética primária na Espanha é marcada pelas fontes renováveis, dentre elas, a hidráulica (9,5%), biomassa, biocombustíveis e resíduos (21,1%), eólica, solar e geotérmica (22,5%) (Figura 11).

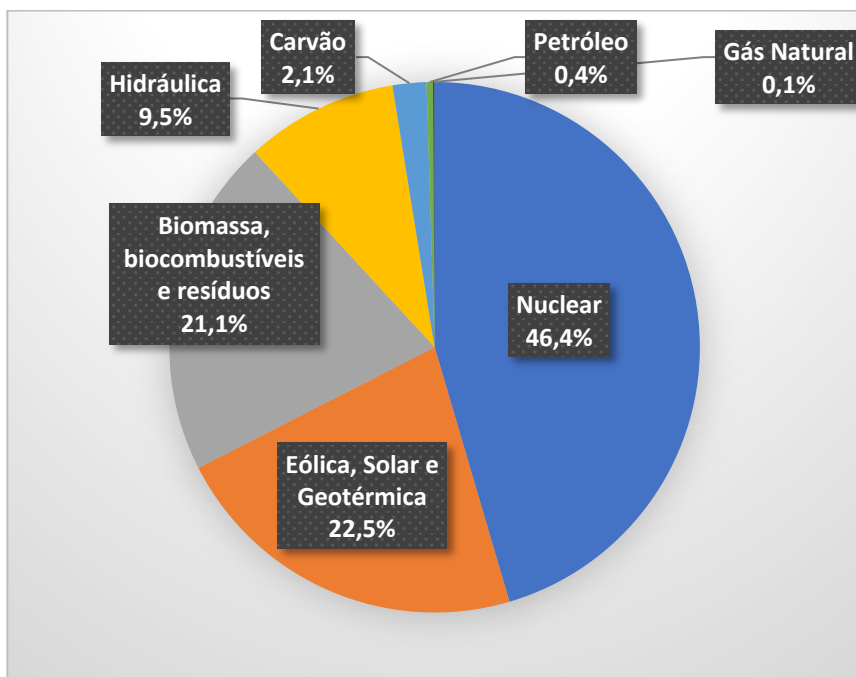
Figura 11 – Geração de Energia Primária - Espanha (2016)

¹⁴⁰² O Plano de Energias Renováveis de 2011-2020 faz referência à legislação vigente à época da sua implementação que compreende o RD 661/2007, assim como a *Ley 2/2011*, de 4 de março, Lei da Economia Sustentável, nomeadamente seu artigo 78. ESPAÑA. *Plan de Energías Renovables 2011–2020*. Disponível em: <<https://www.idae.es/tecnologias/energias-renovables/plan-de-energias-renovables-2011-2020>>. Acesso em: 19 nov. 2019. p. 116. Ver também RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 332.

¹⁴⁰³ Destaca-se a segunda posição para a fonte de energia nuclear. Em 2016, o Ministério de Energia, Turismo e Agenda Digital confirmou que 8 reatores se encontravam em funcionamento no âmbito de 6 instalações nucleares. ESPAÑA. *Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital*. La Energía en España 2016. Disponível em: <<https://energia.gob.es/balances/Balances/LibrosEnergia/energia-espana-2016.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 53.

¹⁴⁰⁴ ESPAÑA. *Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital*. La Energía en España 2016. Disponível em: <<https://energia.gob.es/balances/Balances/LibrosEnergia/energia-espana-2016.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 33.

¹⁴⁰⁵ Segundo Iñigo Del Guayo, “[oil and oil products] used mainly in the transport sector but also in the production of electricity”. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 975.



Fonte: MINISTERIO DE ENERGIA, TURISMO Y AGENDA DIGITAL¹⁴⁰⁶

Trata-se, evidentemente, de um panorama evolutivo resultante de uma política orientada para a promoção da energia renovável que contou com um regime de apoio bastante atrativo. Eis, pois, que esse cenário levou à instalação de múltiplos empreendimentos de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, especialmente, aqueles direcionados para aproveitamento da energia solar e eólica.

Uma das principais consequências da política energética espanhola em prol das fontes renováveis foi o crescimento desenfreado da capacidade de instalação levando o governo espanhol a se posicionar como referência no âmbito das renováveis e, mais especificamente, em projetos de energia solar.

Nesse sentido, as estatísticas da IRENA, publicadas em 2018, demonstram o progresso da capacidade instalada de energia solar na Espanha desde 2007, momento coincidente à implementação do RD 661/2007. Em 2018, a capacidade da energia solar fotovoltaica na

¹⁴⁰⁶ Gráfico elaborado pela autora utilizando os dados disponibilizados pelo Ministério de Energia, Turismo e Agenda Digital da Espanha para a produção interior de energia primária em 2016. ESPAÑA. *Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital*. La Energía en España 2016. Disponível em: <<https://energia.gob.es/balances/Balances/LibrosEnergia/energia-espana-2016.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 34.

Espanha perfaz o total de 4,744 MW e, de energia solar concentrada, o total de 2,304 MW,¹⁴⁰⁷ representando 42% da totalidade global.¹⁴⁰⁸

A análise das estatísticas de energia solar no cenário europeu revela o protagonismo da Espanha de forma mais evidente,¹⁴⁰⁹ posto que se concentra no seu território praticamente todas instalações CSP e apenas 8 MW de capacidade instalada se encontrava nos demais Estados-Membros da União Europeia, a qual se compartilhava com a Alemanha (2 MW) e Itália (6 MW).¹⁴¹⁰

Tabela 4 – Capacidade das Instalações Energia Solar Fotovoltaica e Energia Solar Concentrada na União Europeia e Espanha (2018)

	União Europeia	Espanha	União Europeia sem a Espanha
Energia solar fotovoltaica	114,846 MW	4,744 MW	110,102 MW
Energia solar concentrada	2,312 MW	2,304 MW	8 MW

Fonte: INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY¹⁴¹¹

Assim, como se depreende da linha de crescimento da produção de eletricidade a partir da energia solar fotovoltaica entre 1990 e 2008 (Figura 12), a influência das políticas de

¹⁴⁰⁷ Impõe-se observar que a energia solar concentrada demanda expressivo volume de capital privado para sua implementação, exigindo, de igual modo, inovação tecnológica que se encontra ainda em evolução. Por isso, a capacidade instalada com tecnologia CSP é significativamente menor do que da fotovoltaica e o marco regulatório internacional e nacional se tornaram tão relevantes para o seu avanço.

¹⁴⁰⁸ Em termos comparativos, a capacidade da energia fotovoltaica ao redor do mundo computou, em 2018, o total de 480,357 MW e, tecnologia CSP, total de 5,469 MW. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy Data. Installed Capacity Trends*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019. No caso da fonte de energia solar, a eletricidade pode ser produzida a partir de placas fotovoltaicas, ou pelas plantas de energia solar concentrada, no original, denominada *Concentrating Solar Power (CSP)*. A definição da fotovoltaica é proposta pela IRENA como “*Photovoltaics (PV), also called solar cells, are electronic devices that convert sunlight directly into electricity. The modern solar cell is likely an image most people would recognise – they are in the panels installed on houses and in calculators. They were invented in 1954 at Bell Telephone Laboratories in the United States*”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019. “*Concentrated solar power (CSP), uses mirrors to concentrate solar rays. These rays heat fluid, which creates steam to drive a turbine and generate electricity. CSP is used to generate electricity in large-scale power plants. A CSP power plant usually features a field of mirrors that redirect rays to a tall thin tower. One of the main advantages of a CSP power plant over a solar PV power plant is that it can be equipped with molten salts in which heat can be stored, allowing electricity to be generated after the sun has set*”. INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

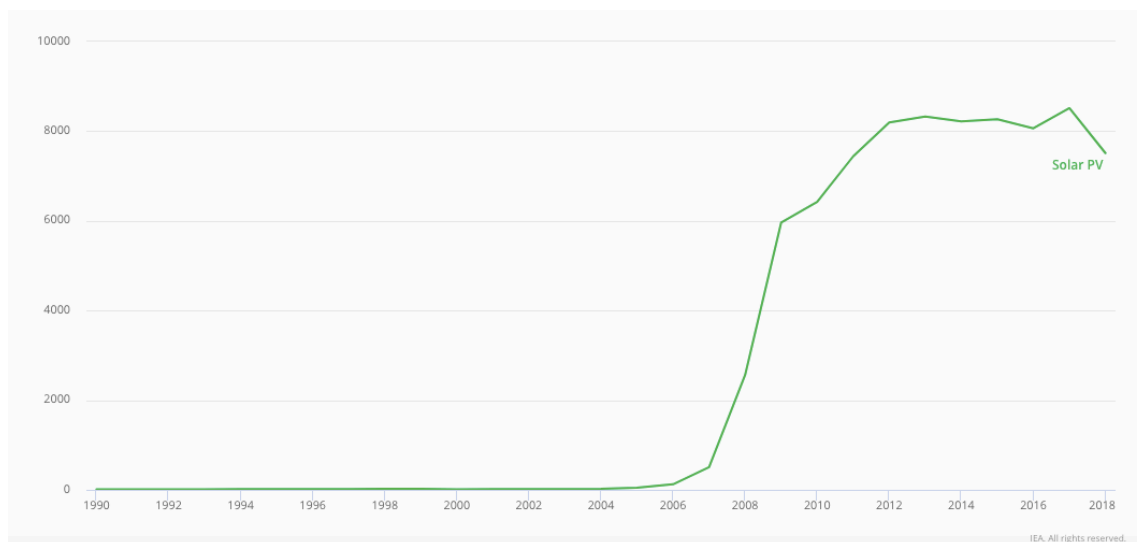
¹⁴⁰⁹ Enquanto a capacidade de energia fotovoltaica instalada perfaz 114,846 MW, a de energia solar concentrada alcança apenas 2,312 MW, incluindo a Espanha nessas estatísticas.

¹⁴¹⁰ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy Data. Installed Capacity Trends*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

¹⁴¹¹ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy Data. Installed Capacity Trends*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

fomento à energia renovável adotadas na Espanha, especialmente, o atrativo regime de remuneração introduzido pelo RD 661/2007¹⁴¹² contribuíram para o aumento da participação da energia solar na matriz elétrica espanhola.

Figura 12 – Produção de eletricidade com uso de energia solar fotovoltaica em GWh na Espanha (1990-2018)



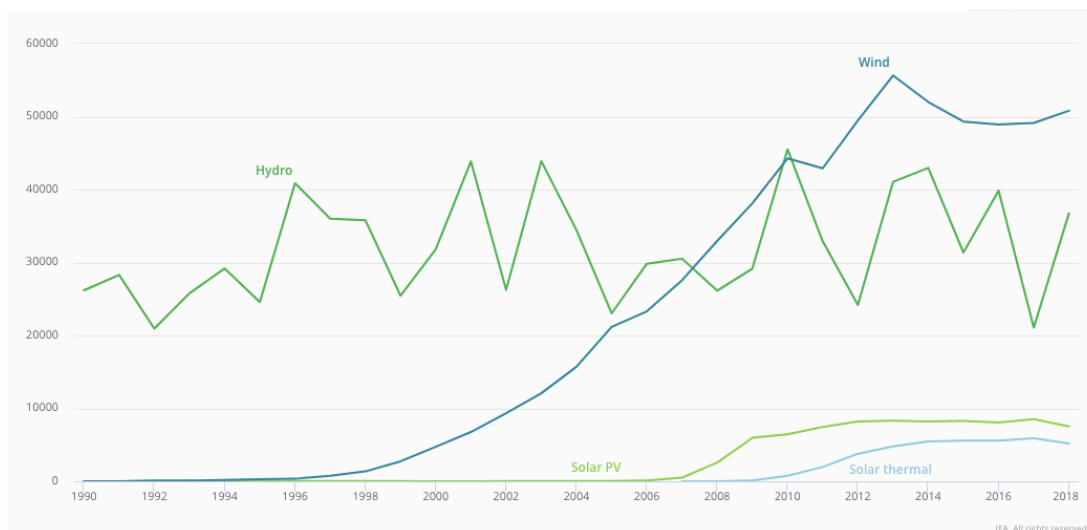
Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY¹⁴¹³

Outra dimensão relevante da crescente importância da energia solar na matriz elétrica espanhola se observa no panorama da geração de energia elétrica com uso de diferentes fontes renováveis (eólica, hídrica, solar fotovoltaica e solar concentrada). Nesse particular, registra-se a evolução da capacidade instalada de energia solar concentrada a partir de 2007. Em números absolutos, a CSP na Espanha parte de 507 GWh em 2007, atingindo 5.191 GWh em 2018, registrando um crescimento de 11 vezes no período de 11 anos. De modo semelhante, a energia solar fotovoltaica apresentou crescimento de 14 vezes no período entre 2007 (507 GWh) e 2018 (7.512 GWh) (Figura 13).

Figura 13 – Produção de Eletricidade por Fontes Renováveis em GWh na Espanha (1990-2018)

¹⁴¹² “las instalaciones solares fotovoltaicas más antiguas datan de este año 1994 y se han instalado de manera continuada hasta la actualidad, experimentando un mayor crecimiento durante el año 2008 con la instalación de más de 2.600 MW”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 392.

¹⁴¹³ O gráfico foi produzido pela autora com uso dos seguintes filtros: “Energy topic: Renewables and waste; Indicator: Solar PV electricity generation; Country or region: Spain”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Statistics data browser*. Disponível em: <<https://www.iea.org/statistics/>>. Acesso em: 08 nov. 2019.



Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY¹⁴¹⁴

Portanto, é possível aferir uma relação entre a implementação dos incentivos estabelecidos no RD 661/2007 e o crescimento expressivo da geração de energia elétrica com uso de fonte solar, fotovoltaica ou CSP. Durante o processo de atração dos investimentos neste setor, a segurança jurídica e estabilidade do sistema remuneratório foram expressamente mencionados no PANER, o que contribui, juntamente com outros elementos, para criar uma expectativa dos investidores de que não haveria uma alteração substancial na remuneração ao longo do período dos seus investimentos.¹⁴¹⁵

Eis, pois, que o modelo regulatório estabelecido para as renováveis se revelou insustentável economicamente para a Espanha, o que ensejou subsequentes modificações na regulação. Para a compreensão dos impactos das mudanças do marco regulatório espanhol, pressupõe-se a análise da evolução do processo regulatório para promoção do uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica.

6.2 O desenvolvimento de um marco regulatório para promoção do uso de fontes renováveis na produção da energia elétrica

¹⁴¹⁴ O referido gráfico foi produzido pela autora a partir dos seguintes filtros: “Energy topic: Renewables and waste; Indicator: Renewable electricity generation by source (non-combustible); Country or region: Spain”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Statistics data browser*. Disponível em: <<https://www.iea.org/statistics/>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

¹⁴¹⁵ ESPAÑA. *Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011–2020*. Disponível em: <http://www.ebb-eu.org/legis/ActionPlanDirective2009_28/national_renewable_energy_action_plan_spain_es.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019. p. 116.

O correto entendimento das medidas legislativas e regulatórias adotadas no âmbito do ordenamento jurídico espanhol pressupõe uma breve referência à hierarquia das normas em tal sistema jurídico. Em primeiro, destaca-se a (i) supremacia da Constituição da Espanha de 1978,¹⁴¹⁶ a qual engloba os direitos e obrigações fundamentais, entre outros temas de maior relevância para o funcionamento orgânico do Estado.¹⁴¹⁷ Subordinadas à Constituição, (ii) as leis podem se classificadas em (ii.a) orgânicas¹⁴¹⁸; ou (ii.b) ordinárias.¹⁴¹⁹

O *Real Decreto-ley* possui a mesma hierarquia que as leis e consistem em regulações que podem ser editadas pelo Poder Executivo em situações de necessidade extraordinária e urgência, sujeita à validação parlamentar. Subordinados à Constituição, à lei e ao *Real Decreto-ley*, estão (iii) o *Real Decreto*;¹⁴²⁰ (iv) a Ordem Ministerial, emanadas de um ou mais Ministros; e, por fim (v) Resoluções, emanadas por órgãos administrativos, as quais compreendem assuntos técnicos.

Por razões cronológicas, a Constituição de 1978 não fez nenhuma referência à energia renovável, especificamente, no que tangenciava a repartição de competências entre os Estados e as Comunidades Autônomas.¹⁴²¹ Por conseguinte, a legislação em matéria energética se encontra no âmbito das cláusulas 22^a e 25^a do artigo 149.1 da Constituição Espanhola de 1978.

¹⁴¹⁶ Destaca-se que a Espanha não consiste em um federalismo, mas em um Estado unitário, razão pela qual as referências direcionadas ao Estado fazem referência ao país como um todo.

¹⁴¹⁷ “*The Constitution was approved in 1978, and deals with fundamental rights and duties, the Crown, the Spanish Parliament, the government and the public administration, the relationship between Parliament and government, the judiciary, economy and taxes, the territorial distribution of powers, the Constitutional Court, and amendments to the Constitution. It is a fundamental Act, and any other norms are subject to it*”. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 977. Junto às disposições constitucionais, identificam-se normas oriundas de tratados internacionais, Iñigo Del Guayo destaca que o sistema espanhol é resultado de uma combinação do monismo e dualismo. Em outras palavras, após publicação no Diário Oficial da Espanha, os tratados internacionais ratificados se tornam parte do ordenamento jurídico espanhol. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 977.

¹⁴¹⁸ Aprovadas pelo Congresso pela maioria absoluta e compreendem certas matérias constitucionais.

¹⁴¹⁹ Aprovadas pela maioria simples e compreendem todas as outras matérias.

¹⁴²⁰ Cabe ressaltar, ainda, que o *Real Decreto* regulamenta os temas regulados pela lei ou pelo *Real Decreto-ley*, os quais não devem configurar como *contra legem* ou *praeter legem*.

¹⁴²¹ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 111. Irene Ruiz Olmo analisa a repartição das competências entre Estado e Comunidades Autônomas sob a perspectiva da jurisprudência do Tribunal Constitucional. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 268-278.

A cláusula 22^a atribui competência exclusiva ao Estado para conceder a autorização às instalações elétricas quando seu aproveitamento afete outra Comunidade ou a transmissão de energia saia do seu território.¹⁴²² A cláusula 25^a, por sua vez, determina a competência exclusiva do Estado para as bases do regime energético.¹⁴²³

O artigo 45 da Constituição Espanhola de 1978 estabelece a conexão entre a legislação sobre assuntos energéticos e aquelas destinadas aos temas ambientais. Consoante este dispositivo, todos tem o direito de desfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento humano, assim como a obrigação de conservá-lo. Além disso, o artigo 45 estabelece que os poderes públicos devem velar pela utilização racional de todos os recursos naturais com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade de vida, bem como defender e restaurar o meio ambiente.¹⁴²⁴

Para Roberto Galán Vioque, a combinação destes dispositivos concederia o fundamento jurídico constitucional para a existência de um quadro favorável à promoção da energia renovável na Espanha,¹⁴²⁵ sendo que o Estado permaneceria com a competência para determinar o pressuposto jurídico básico.¹⁴²⁶

À competência estatal confere-se especialmente o regime de remuneração da energia elétrica produzida com uso de fontes renováveis, além da garantia de acesso às redes de transmissão e distribuição e o estabelecimento de garantias de origem concedidas à eletricidade proveniente de fontes renováveis.¹⁴²⁷

¹⁴²² “La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Constitución Española*. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 44.

¹⁴²³ “Bases del régimen minero y energético”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Constitución Española*. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 45.

¹⁴²⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Constitución Española*. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 18.

¹⁴²⁵ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 112.

¹⁴²⁶ Tal competência teria sido confirmada pela Sentença do Tribunal Constitucional 18/2011 de 3 de março, corroborada pela Lei do Setor Elétrico na Espanha, *Ley 24/2013* de 26 de novembro, a qual foi regulamentada pelo *Real Decreto* 413/2014, de 6 de junho. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 113.

¹⁴²⁷ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos*

Ressalta-se, todavia, que a regulação em matéria de energia renovável na Espanha foi estabelecida de maneira heterogênea, sendo que três Comunidades Autônomas (*Murcia*, *Castilla-la Mancha* e *Andalucía*) se anteciparam ao Estado, dispondo de suas próprias leis sobre energia renovável, entre outros assuntos.¹⁴²⁸

A *Ley* 82/1980 se caracterizou como uma “etapa embrionária” para as primeiras medidas de eficiência energética e redução da dependência externa, incluindo, outrossim, referência à energia renovável.¹⁴²⁹ Esta lei foi regulamentada pelo *Real Decreto* 2366/1994, de 9 de dezembro de 1994, estabelecendo, entre outros aspectos, a expressão ‘regime especial’ de produção elétrica.¹⁴³⁰ Nesse momento, criou-se o *registro de instalaciones de producción en régimen especial* (RIPRE) como condição para que o empreendimento se beneficiasse do regime especial.¹⁴³¹

A *Ley* 54/1997, de 27 de novembro de 1997, Lei do Setor Eléctrico (LSE) reestruturou o setor que, até então, se submetida à exploração, controle e regulação do Estado. A origem da LSE se estabeleceu no Protocolo para o estabelecimento de uma nova regulação do sistema elétrico de 11 de dezembro de 1996, no original, denominado *Protocolo para el establecimiento de una nueva regulación del sistema eléctrico*.¹⁴³²

Tal protocolo trouxe consigo a proposta de modificar o quadro normativo para o sistema elétrico, propiciando uma liberalização do mesmo, no intuito de criar um ambiente de efetiva concorrência entre as empresas integrantes deste setor e menor custo da energia elétrica para os consumidores.¹⁴³³

Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 115.

¹⁴²⁸ Trata-se do planejamento autônomo, medidas de fomento aos empreendimentos de geração de energia renovável, medidas de coordenação entre órgãos administrativos e regime de infrações e sanções administrativas. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 114.

¹⁴²⁹ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 279.

¹⁴³⁰ Posteriormente, publicou-se a *Ley* 40/94, de 30 de dezembro de 1994, a qual regulou o Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) em que se consolidou o conceito de regime especial. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1994/12/30/40>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴³¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1994/12/09/2366>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁴³² ESPAÑA. *Anteproyecto de Ley por la que se regulan y liberalizan las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1997-2738>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴³³ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 300.

Com a LSE, dava-se cumprimento às diretrizes apostas na Diretiva 96/92/CE, que advertia para as diferenças do mercado de eletricidade entre os Estados-Membros e a indispensável necessidade de modificação deste panorama.¹⁴³⁴ As medidas da Diretiva 96/92/CE foram direcionadas para a regulação do setor elétrico dos Estados-membros, assim como dar cumprimento ao objetivo comunitário indicativo de 12% do consumo energético com uso de fontes renováveis na Espanha.¹⁴³⁵

Como resultado do processo de desregulação e fragmentação dos serviços de geração, transmissão, distribuição, comercialização e intercâmbios intracomunitários e internacionais, foi desenvolvido um ambiente competitivo com a finalidade de alcançar maior eficiência no setor elétrico.¹⁴³⁶ Trata-se de um processo de redução do papel ostentado pelo Estado para, assim, transferir o protagonismo para a iniciativa privada, o qual foi desencadeado pela própria Diretiva 96/92/CE. Como expõe Santiago Muñoz Machado, o Estado deixa de ser o provedor

¹⁴³⁴ “Considerando que existen actualmente, dadas las diferencias estructurales entre Estados miembros, distintos sistemas de regulación del sector de la electricidad;”. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de dezembro de 1996 que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0092&from=PT>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁴³⁵ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red*: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 118.

¹⁴³⁶ Denomina-se tal processo de *unbundling* ou desintegração vertical, do mesmo modo que ocorreu no setor elétrico brasileiro na década de 1990 em decorrência de inúmeras medidas legislativas adotadas no Brasil naquela época. Impende-se destacar que à época em que se aprovou a LSE, algumas empresas que controlavam a geração e distribuição da energia elétrica, nomeadamente, Iberdrola, Endesa, Gas Natural Fenosa, E.ON España e EDP-Hidrocarbúrico. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 339. “On 27 November 1997, Spain adopted Law 54/1997 (the “1997 Electricity Law”), reforming the framework of the electricity sector in Spain, which had been, until that point, a government priced-controlled regulated system”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 30 set. 2019. §105. “La Ley 54/1997 también liberalizó los negocios de generación y comercialización de Electricidad, creando las figuras del Operador del Mercado -para la gestión económica del Sistema-, el Operador del Sistema -para la gestión técnica del Sistema-, y los gestores de distribución eléctrica. Por su parte, la Ley del Sector de Hidrocarburos, creó la Comisión Nacional de la Energía (CNE) a partir de la preexistente Comisión Nacional del Sistema Eléctrico, como entidad reguladora independiente”. ESPAÑA. *Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011–2020*. Disponível em: <http://www.ebb-eu.org/legis/ActionPlanDirective2009_28/national_renewable_energy_action_plan_spain_es.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019. p. 116. Para Irene Ruiz Olmo, contudo, a liberalização realizada na Espanha pode ser denominada como “controlada” ou “intervencionada”, já que se limitou ou condicionou, de certo modo, o espaço de atuação da iniciativa privada, gerando, por conseguinte, um sentimento de insegurança jurídica. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 308.

dos serviços públicos para assumir o papel de regulador e garantidor que as atividades serão prestadas em favor dos cidadãos.¹⁴³⁷

A LSE de 1997 foi modificada por diversos atos normativos posteriores,¹⁴³⁸ e, assim, o marco regulatório do setor elétrico sofreu sucessivas alterações (Apêndice 5), tornando necessário a circunscrição dos principais atos normativos que disciplinaram de forma progressiva o desenvolvimento da energia renovável no mercado energético espanhol.¹⁴³⁹

O *Real Decreto* 2818 de 23 de dezembro de 1998 (RD 2818/1998) contribuiu para a consolidação da energia renovável na Espanha como o primeiro regulamento a desenvolver o mecanismo de remuneração previsto na LSE de 1997.¹⁴⁴⁰

¹⁴³⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La actividad regulatória de la administración*. Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p.23-33. Não obstante Diretiva da União Europeia ter promovido a instituição de um mercado elétrico competitivo e não discriminatório nos Estados-Membros, o artigo 3.2 prevê que a liberalização não é um óbice às imposições estatais de obrigações de serviço público, desde que sejam transparentes, não discriminatórias, e controláveis. PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de dezembro de 1996 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0092&from=PT>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁴³⁸ Dentre eles, o (i) *Real Decreto* 2818 de 23 de dezembro de 1998 (RD 2818/1998); (ii) *Real Decreto-ley* 6/2000, de 23 de junho de 2000 (RDL 6/2000); (iii) *Real Decreto* 436 de 12 de março de 2004 (RD 436/2004); (iv) *Real Decreto* 661 de 25 de maio de 2007 (RD 661/2007); (v) *Real Decreto* 1578 de 26 de setembro de 2008 (RD 1578/2008); (vi) *Real Decreto-ley* 6 de 30 de abril de 2009 (RDL 6/2009); (vii) *Real Decreto* 1565 de 19 de novembro de 2010 (RD 1565/2010); e (viii) *Real Decreto-ley* 14 de 23 de dezembro de 2010 (RDL 14/2010). O tribunal arbitral de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha* descreve o sistema de hierarquia de normas espanhol, segundo o qual: (i) a Constituição Espanhola de 1978 é suprema; (ii) subordinadas à Constituição, encontram-se as leis que podem se classificar em (ii.a) orgânicas, aprovadas pelo Congresso pela maioria absoluta e compreende certas matérias constitucionais; ou (ii.b) ordinárias, aprovadas pela maioria simples e compreendem todas as outras matérias. O *Real Decreto-ley* possui a mesma hierarquia que as leis e consistem em regulações que podem ser editadas pelo poder executivo em situações de necessidade extraordinárias e urgência, sujeita à validação parlamentar; (iii) subordinadas à Constituição, à lei e ao *Real Decreto-ley*, encontra-se o *Real Decreto*. O *Real Decreto* implementa os temas regulados pela lei ou pelo *Real Decreto-ley* e não devem ser *contra legem* ou *praeter legem*; (iv) a Ordem Ministerial, emanadas de um ou mais Ministros; e, por fim (v) Resoluções, emanadas de órgãos administrativos, as quais compreendem assuntos técnicos. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 30 set. 2019. §104.

¹⁴³⁹ Estanislaio Arana García destaca o caráter cambiante do marco regulatório do setor elétrico na Espanha, em especial, no que tange à energia renovável. Segundo Estanislaio Arana García, quase 400 dispositivos foram adotados desde que a *Ley* 54/1997, Lei do Setor Elétrico, entrou em vigor. A legislação básica do setor elétrico foi modificada 33 vezes mediante publicação de Leis e Decretos-leis. ARANA GARCÍA, Estanislaio. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 51.

¹⁴⁴⁰ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 118.

Eis, pois, que o RD 2818/1998 apresentava um desafio à estabilidade da tarifa no artigo 32, já que determinava que o governo espanhol poderia revisar, a cada quatro anos, os prêmios concedidos à produção de eletricidade com uso de fontes renováveis. Trata-se, evidentemente, de um sistema de incentivos que gerava, sobretudo, insegurança jurídica e incerteza aos investidores.¹⁴⁴¹

Com objetivo de dinamizar o mercado elétrico, o *Real Decreto-ley* 6/2000, de 23 de junho de 2000 (RDL 6/2000), modificou certos preceitos da LSE de 1997 e do RD 2818/1998. No RDL 6/2000, determinados empreendimentos amparados pelo regime especial deveriam realizar ofertas econômicas ao operador de mercado para cada período de programação, assim como reverter o excedente de energia elétrica que teria direito a prêmios, ampliando a possibilidade de instalações venderem a eletricidade diretamente ao mercado.¹⁴⁴²

Posteriormente, foi publicado o *Real Decreto* 436, de 12 de março de 2004 (RD 436/2004), o qual revogou alguns dispositivos do RD 2818/1998.¹⁴⁴³ No RD 436/2004, rogou-

¹⁴⁴¹ “Artículo 32. Modificaciones de primas y precios. Cada cuatro años se revisarán las primas fijadas en el presente capítulo de este Real Decreto, así como los valores establecidos para las instalaciones acogidas al Real Decreto 2366/1994, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria octava de la Ley del Sector Eléctrico, atendiendo a la evolución del precio de la energía eléctrica en el mercado, la participación de estas instalaciones en la cobertura de la demanda y su incidencia sobre la gestión técnica del sistema”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto* 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/12/23/2818>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴⁴² GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes)* y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 119. “Dos. Se añade un apartado 3 en la disposición transitoria octava de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, con la siguiente redacción: «Aquellas instalaciones de autoprodutores, con una potencia superior a 5 MW, que utilicen la cogeneración u otras formas de producción térmica de electricidad asociadas a actividades no eléctricas siempre que supongan un alto rendimiento energético y satisfagan los requisitos de rendimiento que se determinen tanto acogidas al Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, como al Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, podrán realizar ofertas económicas al operador del mercado para cada período de programación, a los efectos de verter sus excedentes de energía eléctrica, de forma individualizada o por mediación de un Agente vendedor. Estas instalaciones tendrán derecho a percibir por su producción o excedentes de energía eléctrica el precio resultante de la casación de ofertas y demandas de energía eléctrica, más 1,5 pesetas/kWh en concepto de garantía de potencia o la cantidad que se determine reglamentariamente». Tres. Se añade un párrafo al final del artículo 23 del Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, con la siguiente redacción: «Los titulares de las instalaciones con potencia eléctrica instalada superior a 50 MW acogidos al Real Decreto 2366/1994 estarán obligados a realizar ofertas económicas al operador del mercado para cada período de programación, a los efectos de verter sus excedentes de energía eléctrica. Estas instalaciones tendrán derecho a percibir por su producción o excedentes de energía eléctrica el precio resultante del sistema de ofertas, más 1,5 pesetas/kWh en concepto de garantía de potencia o la cantidad que se determine reglamentariamente». BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley* 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2000/06/23/6>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴⁴³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto* 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/03/12/436>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

se a possibilidade de venda da produção ou excedentes de energia elétrica ao distribuidor, recebendo, em contrapartida, a remuneração em forma de tarifa regulada, única para todos os períodos de programação. A venda da produção ou dos excedentes diretamente no mercado também foi permitida.

De todo modo, objetivava-se garantir uma remuneração financeira razoável para os investidores que se beneficiassem do regime especial, sempre ultimando estabelecer um ambiente dotado de maior segurança jurídica e estabilidade.

O principal mandato do governo espanhol se concentrava em atrair investimentos para empreendimentos de energia renovável e, assim, alcançar os objetivos estabelecidos no Plano de Fomento das Energias Renováveis, assim como em outros documentos oficiais elaborados e publicados pelo governo espanhol.¹⁴⁴⁴

É preciso reconhecer que a LSE de 1997 se caracterizava como uma lei integral e exaustiva, haja vista que regulava o setor elétrico como um todo e se estendia às atividades destinadas ao abastecimento energético sem deixar de lado tanto a gestão econômica, quanto a gestão técnica do sistema.¹⁴⁴⁵

Uma contribuição crítica a respeito da LSE de 1997 é feita por Irene Ruiz Olmo, que traz à tona alguns aspectos basais importantes, caracterizando-a como particularmente problemática em virtude do seu planejamento normativo ineficiente. Este cenário desencadeou um ambiente de inevitável insegurança jurídica, além de apresentar outras barreiras estruturais para o desenvolvimento deste setor.¹⁴⁴⁶

Mesmo no âmbito da LSE de 1997, houve um incremento no déficit tarifário, além do aumento do preço final da eletricidade, forte dependência energética na Espanha e descumprimento dos objetivos comunitários em matéria de renováveis.¹⁴⁴⁷

Com isso, os atos normativos posteriores à LSE de 1997 buscaram gradativamente estabelecer um quadro mais atrativo para o investimento em energia renovável. Inobstante os esforços para fomentar o uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica na Espanha,

¹⁴⁴⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial.* Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/03/12/436>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴⁴⁵ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica.* 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 301.

¹⁴⁴⁶ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica.* 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 305.

¹⁴⁴⁷ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica.* 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 305.

tais medidas não se lograram suficientemente efetivas, direcionando o governo para o aperfeiçoamento de um sistema de remuneração que se caracterizasse mais atrativo aos investidores.

6.2.1 O regime de remuneração especial para geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis

O regime de remuneração especial introduzido pelo RD 661/2007 para a produção de eletricidade com uso de fontes renováveis se caracterizou como valioso mecanismo financeiro para desenvolvimento da energia renovável na Espanha.

Com isso, investimentos nacionais e estrangeiros foram promovidos, ampliando a capacidade instalada com uso de fontes renováveis na Espanha a níveis sem precedentes. A análise da regulação sobre o regime de remuneração especial se revela, por conseguinte, fundamental para demonstrar como a sua implementação e posterior revogação resultou em impactos econômicos inimagináveis aos investidores, os quais alegaram se terem se alicerçado nas premissas de estabilidade regulatória e segurança jurídica do ordenamento jurídico interno espanhol.

A primeira regulamentação que fez referência ao regime especial para produção elétrica foi *Real Decreto* 2366/1994 de 9 de dezembro de 1994 (RD 2366/1994), o qual regulamentou a *Ley* 82/1980.¹⁴⁴⁸ O RD 2366/1994 criou o *registro de instalaciones de producción en régimen especial* como condição para que o empreendimento se beneficiasse do regime especial.¹⁴⁴⁹

Posteriormente, a *Ley* 40/94, de 30 de dezembro de 1994, que regulava o Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), consolidou o conceito de regime de especial e ordinário, determinando as suas características.¹⁴⁵⁰

A LSE de 1997 manteve a diferenciação entre os regimes de remuneração ordinário e especial para geração de energia elétrica,¹⁴⁵¹ sendo que o ordinário se aplicava às plantas com

¹⁴⁴⁸ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley* 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1980/12/30/82>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁴⁴⁹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto* 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1994/12/09/2366>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁴⁵⁰ Capítulo II. Régimen especial. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley* 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1994/12/30/40>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴⁵¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley* 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 11 set. 2019.

uso de combustíveis fósseis como as termelétricas,¹⁴⁵² e o especial se aplicava aos empreendimentos com uso de fontes renováveis. Aplicar-se-iam ao regime especial as disposições específicas previstas na LSE, desde que o empreendimento obtivesse prévio registro e qualificação pelos órgãos administrativos competentes.¹⁴⁵³

O regime especial, segundo o artigo 27 da LSE de 1997, compreendia as instalações com potência não superior a 50MW, as quais poderiam se beneficiar de uma tarifa mais favorável sempre que fossem (i) autoprodutores do sistema de cogeração ou instalações com outras formas de geração de eletricidade não associadas às atividades elétricas com alta eficiência energética; (ii) utilizadas energias renováveis não consumíveis ou, ainda, biomassa ou qualquer tipo de biocombustível; e (iii) utilizados resíduos não renováveis.¹⁴⁵⁴

Também poderiam se beneficiar do regime especial aquelas instalações de tratamento e redução dos resíduos dos setores agrícola, pecuário e de serviços, com potência instalada igual ou inferior a 25 MW, quando representassem alta eficiência energética.

O regime especial se desenvolveu propriamente a partir da promulgação da LSE de 1997. Na versão original do seu artigo 30.2,¹⁴⁵⁵ permitia-se incorporar a energia excedente ao

¹⁴⁵² O regime ordinário tratava das atividades relacionadas à eletricidade, prevendo o sistema de mercado de energia elétrica e a figura do operador do sistema, onde se comercializava a energia por intermédio de ofertas e demandas, estabelecendo-se o preço da energia elétrica como consequência desta relação. “*el operador de mercado asume la gestión del sistema de ofertas de compra y venta de energía eléctrica en el mercado diario de energía eléctrica, de acuerdo a los principios de transparencia, objetividad e independencia, quedando sus funciones determinadas el artículo 33.2 (LSE)*” (...) “*régimen ordinario que desarrollan su actividad en el mercado de producción, de los productores acogidos al régimen especial, que deben tener una potencia instalada menor o igual a 50MW y los cuales podían incorporar su energía excedentaria al sistema (tal y como se regulaba en el RD 2366/94), o participar directamente en el mercado de producción*”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 308.

¹⁴⁵³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴⁵⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 11 set. 2019. Ver também GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011 e DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. *Seguridad jurídica y cambios regulatorios*. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 1.

¹⁴⁵⁵ “*Artículo 30.2. Los productores en régimen especial gozarán, en particular, de los siguientes derechos: a) Incorporar su energía excedentaria al sistema, percibiendo la retribución que se determine conforme a lo dispuesto en la presente Ley. A estos efectos, tendrá la consideración de energía excedentaria la resultante de los saldos instantáneos entre la energía cedida a la red general y la recibida de la misma en todos los puntos de interconexión entre el productor-consumidor, el productor o el autogenerador y la citada red en general. Excepcionalmente, el Gobierno podrá autorizar que instalaciones en régimen especial que utilicen como energía primaria energías renovables puedan incorporar al sistema la totalidad de la energía por ellas producida. No obstante, cuando las condiciones del suministro eléctrico lo hagan necesario, el Gobierno, previo informe de las Comunidades Autónomas, podrá limitar, para un periodo determinado, la cantidad de energía que puede ser incorporada al sistema por los productores del régimen especial*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 11 set. 2019.

sistema elétrico para que, sob os auspícios do regime especial, o produtor recebesse a remuneração de acordo com os critérios determinados no artigo 30.4¹⁴⁵⁶ ou, ainda, para que pudesse participar diretamente no mercado de energia.

A regulamentação da LSE de 1997 ficou a cargo do *Real Decreto* 2818/1998, de 23 de dezembro de 1998 (RD 2818/1998), nomeadamente, no que tange os requisitos e procedimentos para se qualificar ao regime especial. Além disso, determinava-se um prêmio para aquelas instalações com capacidade maior que 50MW que utilizassem fontes renováveis como energia primária não consumíveis e não hidráulicas, biomassa, biocombustíveis ou resíduos agrícolas, agropecuária ou de serviços.¹⁴⁵⁷

Como comentado anteriormente, o ponto crítico do *Real Decreto* 2818/1998 residia na incerteza jurídica gerada aos investidores em energias renováveis já que o seu artigo 32 estabelecia a possibilidade de revisão do prêmio a cada quatro anos.¹⁴⁵⁸

O *Real Decreto* 436/2004, de 12 de março de 2004 (RD 436/2004) estabeleceu a metodologia para a atualização e sistematização do regime jurídico e econômico da atividade de produção da energia elétrica em regime especial.

Desse modo, o produtor possuía duas alternativas para a remuneração da eletricidade gerada: (i) cedê-la à distribuidora, cujo preço de venda se expressava em forma de tarifa regulada, única para todos os períodos de programação, calculada em centimos de euro por kwh,¹⁴⁵⁹ ou (ii) vendê-la diretamente no mercado, por um sistema de ofertas gerido pelo

¹⁴⁵⁶ “Artículo 16.7 La retribución de la energía excedentaria definida en el artículo 30.2, cedida por los productores en régimen especial, será la que corresponde a la producción de energía eléctrica, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo y, en su caso, una prima que será determinada por el Gobierno, previa consulta con las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.4” Segundo o artigo 30.4 “4. Adicionalmente, la producción de energía eléctrica mediante energías renovables no hidráulicas, biomasa, así como por las centrales hidroeléctricas de potencia igual o inferior a 10 MW percibirán una prima que se fijará por el Gobierno de forma que el precio de la electricidad vendida por estas instalaciones se encuentre dentro de una banda porcentual comprendida entre el 80 y el 90 por 100 de un precio medio de la electricidad, que se calculará dividiendo los ingresos derivados de la facturación por suministro de electricidad entre la energía suministrada. [...]”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴⁵⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/12/23/2818>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁴⁵⁸ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 97-136, 2015, p. 119.

¹⁴⁵⁹ “el importe de la tarifa regulada depende de la potencia y de los años transcurridos desde la fecha de puesta en marcha de la instalación, imputándose el coste de los desvíos”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 308.

operador, mediante o sistema de contratação bilateral, a prazo ou a partir de uma combinação de ambos.¹⁴⁶⁰

Algumas plantas já estavam em operação quando o RD 436/2004 foi publicado, como, por exemplo, as instalações Andasol 1 e 2 do caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha* e no *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. v. Espanha*, as quais foram planejadas e financiadas com base neste decreto.¹⁴⁶¹

Contudo, os incentivos previstos no RD 436/2004 se revelaram insuficientes para atrair maiores investimentos necessários para desenvolver a energia renovável em território espanhol. Isto porque, quando se decidia vender a eletricidade no mercado, o incentivo previsto para a tecnologia fotovoltaica acabava por desaparecer. Nesse particular, o governo espanhol reconheceu que era necessário estabelecer um marco regulatório estável que introduzisse incentivos previsíveis durante todo o prazo de vida útil do empreendimento.¹⁴⁶²

O grande destaque para a reestruturação do regime especial e atração dos investimentos em energia renovável se deu com a publicação do RD 661/2007.¹⁴⁶³ Este ato normativo objetivou desenvolver os princípios da LSE de 1997 e garantir aos beneficiários do regime especial compensação razoável para seus investimentos e, aos consumidores, uma atribuição também aceitável no que tocava os custos imputáveis à energia elétrica.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶⁰ “Artículo 22. Mecanismos de retribución de la energía eléctrica producida en régimen especial”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/03/12/436>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

¹⁴⁶¹ As plantas Andasol foram objeto de investimento do investidor *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.* em 2011 juntamente com outro investidor denominado *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.*, cujo procedimento arbitral se instaurou no ICSID sob número ARB/13/31. Cada planta Andasol foi instalada com capacidade de 49.9 MW e situadas na região de Granada. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 24 set. 2019. §172.

¹⁴⁶² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 18 set. 2019. §496.

¹⁴⁶³ “garantizando a los titulares de instalaciones en régimen especial una retribución razonable para sus inversiones y a los consumidores eléctricos una asignación también razonable de los costes imputables al sistema eléctrico, si bien se incentiva la participación en el mercado, por estimarse que con ello se consigue una menor intervención administrativa en la fijación de los precios de la electricidad”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴⁶⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acesso em: 11 set. 2019. Ver também manifestação no laudo arbitral da *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*. INVESTMENT TREATY

A Espanha optou por um regime especial com remuneração amplamente favorável à geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis garantindo o pagamento de tarifas acima do preço de mercado com a finalidade precípua de atrair investimentos.¹⁴⁶⁵

Consequentemente, o regime especial se tornou um dos pilares da política energética espanhola para desenvolvimento da energia renovável, tornando fundamental para que a Espanha alcançasse as metas estabelecidas no PER de 2005-2010 e cumprisse com as obrigações assumidas a nível internacional e comunitário.¹⁴⁶⁶

As tarifas fixas e os prêmios foram regulados no artigo 36 do RD 661/2007¹⁴⁶⁷ e se caracterizavam como um regime de apoio “*feed-in tariff*”, o qual previa reajustes aplicando índices, como o índice de preço ao consumidor (IPC), e outras revisões periódicas.¹⁴⁶⁸ O regime tarifário era desenhado de acordo com a espécie de fonte renovável.

Assim, ao produtor de energia elétrica produzida com uso de fonte solar permitia a opção por (i) ceder ao sistema a eletricidade produzida, por intermédio de uma rede de transmissão ou distribuição, recebendo uma tarifa regulada que consistia em uma quantidade fixa, única, para todos os períodos de programação e se determinava segundo a categoria, grupo e subgrupo, assim como potência e vida útil da planta;¹⁴⁶⁹ ou (ii) vender a energia elétrica no mercado, sendo que o preço seria aquele do mercado organizado ou o preço livremente

ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Spain. Final Award*. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019. Spanish version of Final Award, §94.

¹⁴⁶⁵ “*In compliance with the EU’s directive and in pursuit of its own national interests, Respondent adopted extensive measures aimed at promoting CSP and other sources of renewable energy*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 18 set. 2019. p. 22

¹⁴⁶⁶ “*os objetivos relativos al fomento de las energías renovables y a la cogeneración, se recogen en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 y en la Estrategia de Ahorro y Eficiencia Energética en España (E4), respectivamente*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴⁶⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴⁶⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Spain. Final Award*. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019. Spanish version of Final Award, §103.

¹⁴⁶⁹ *Artículos 24 e 25*. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

negociado para venda de cada unidade ou *kilowatt hour* (kWh) da energia produzida e inserida no sistema, sendo complementado por um prêmio estipulado pelo artigo 27 do RD 661/2007.¹⁴⁷⁰

Trata-se de um regime de apoio mais competitivo do que as tarifas aplicáveis às fontes convencionais. Como destacado no laudo arbitral de *Eiser Infrastructure Ltd. v. Espanha*, o RD 661/2007 foi marco cardinal para que investidores como *Eiser*, estabelecessem seus investimentos na Espanha. Do mesmo modo, os investidores alegaram que as instituições financeiras adotaram o RD 661/2007 como fundamento para conceder financiamentos às empresas atuantes no setor elétrico espanhol.¹⁴⁷¹

Como resultado do regime proposto pelo RD 661/2007, a capacidade de instalação de energia solar fotovoltaica e concentrada superou muito as expectativas do governo espanhol. Houve um salto na produção energética com tecnologia CSP (de 507 GWh para 5.191 GWh em 2018) e da tecnologia fotovoltaica (507 GWh para 7.512 GWh em 2018).¹⁴⁷²

Os requisitos para a instalação se beneficiar do regime de remuneração especial foram positivadas no artigo 6º do RD 661/2007. A condição de beneficiário dependia principalmente da autorização da Administração Pública, segundo os critérios previstos no próprio decreto.¹⁴⁷³

Ademais, um dos requisitos principais consistia no *Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica* (RAIPRE), conforme disposto no artigo 9º do

¹⁴⁷⁰ Artículo 24. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. Ver também INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §90.

¹⁴⁷¹ “those responsible for Claimants’ initial decision to invest in Spain were keenly aware of the features of the RD 661/2007 regime, and that their assessment of the feasibility of the investment, and that of the banks that loaned money to finance it, were all based on that regime”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 set. 2019. §119.

¹⁴⁷² INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Statistics data browser*. Disponível em: <<https://www.iea.org/statistics/>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

¹⁴⁷³ Como ressaltado nos artigos 2º e 6º do RD 661/2007, as condições agrupavam as plantas em categorias, grupos e subgrupos em função da energia primária utilizada, da tecnologia de produção empregada e dos rendimentos energéticos obtidos. Por exemplo, a energia solar se inseria no Grupo b.1, categoria b): “*Instalaciones que utilicen como energía primaria la energía solar*” que se subdividia em subgrupo b.1.1 “*Instalaciones que únicamente utilicen la radiación solar como energía primaria mediante la tecnología fotovoltaica*” e Subgrupo b.1.2. “*Instalaciones que utilicen únicamente procesos térmicos para la transformación de la energía solar, como energía primaria, en electricidad*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Preâmbulo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019.

RD 661/2007.¹⁴⁷⁴ O sistema de registro se completava em duas etapas, uma inscrição prévia e uma definitiva. A concessão do RAIPRE permitia, por conseguinte, que o produtor se beneficiasse da tarifa remunerada e, eventualmente, do prêmio na tarifa.

Eis, pois, que, logo no início, se evidenciariam os excessivos benefícios de remuneração introduzidos pelo RD 661/2007. É verdade que a emergência da crise econômica e financeira global e a redução da demanda energética contribuíram para a mudança do cenário político e econômico na Espanha.¹⁴⁷⁵

Todavia, apenas alguns meses depois da entrada em vigor do RD 661/2007, em setembro de 2007, o mecanismo previsto no artigo 22 que tratava da garantia de potência em razão do alcance de 85% da meta inicial para as instalações de energia solar fotovoltaica almejada para 2010 foi ativado.¹⁴⁷⁶ Trata-se do ‘limite de atenção’ (*trigger*) previsto no próprio RD 661/2007, que determinava um prazo máximo para que novas instalações pudessem se beneficiar das tarifas quando o *trigger* fosse alcançado.¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷⁴ “Artículo 9. Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial. 1. Para el adecuado seguimiento del régimen especial y específicamente para la gestión y el control de la percepción de las tarifas reguladas, las primas y complementos, tanto en lo relativo a la categoría, grupo y subgrupo, a la potencia instalada y, en su caso, a la fecha de puesta en servicio como a la evolución de la energía eléctrica producida, la energía cedida a la red, la energía primaria utilizada, el calor útil producido y el ahorro de energía primaria conseguido, las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial deberán ser inscritas obligatoriamente en la sección segunda del Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica a que se refiere el artículo 21.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, dependiente del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. Dicha sección segunda del Registro administrativo citado será denominada, en lo sucesivo Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial. 2. El procedimiento de inscripción en este registro constará de una fase de inscripción previa y de una fase de inscripción definitiva”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. Ver também manifestação no laudo arbitral do Stockholm Chamber of Commerce (SCC). INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §95.

¹⁴⁷⁵ DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 977.

¹⁴⁷⁶ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 121.

¹⁴⁷⁷ “Artículo 22. Plazo de mantenimiento de las tarifas y primas reguladas. 1. Una vez se alcance el 85 por ciento del objetivo de potencia para un grupo o subgrupo, establecido en los artículos 35 al 42 del presente real decreto, se establecerá, mediante resolución del Secretario General de Energía, el plazo máximo durante el cual aquellas instalaciones que sean inscritas en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial con anterioridad a la fecha de finalización de dicho plazo tendrán derecho a la prima o, en su caso, tarifa regulada establecida en el presente real decreto para dicho grupo o subgrupo, que no podrá ser inferior a doce meses.(...)”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Preámbulo. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2019. “las instalaciones fotovoltaicas tuvieron como plazo para poder acogerse al régimen anterior previsto en el RD de

No ano seguinte, o governo espanhol introduziu algumas iniciativas direcionadas para a redução do custo da energia elétrica focalizando na diminuição do déficit tarifário no setor elétrico.¹⁴⁷⁸ Com isso, a Secretaria Geral de Energia determinou que as novas instalações só poderiam se incorporar ao regime especial caso apresentassem suas solicitações até o mês de setembro de 2008.¹⁴⁷⁹

Desse modo, o custo que o regime especial impunha no sistema elétrico se tornou tema da ordem do dia na agenda política energética do governo espanhol e, em 26 de setembro de 2008, a Espanha publicou o *Real Decreto* 1578/2008, que previa um novo sistema de remuneração para as instalações de energia solar fotovoltaica que não tivessem se registrado no âmbito do RD 661/2007.¹⁴⁸⁰

O RD 1578/2008 visou regular o regime tarifário para as instalações de energia solar fotovoltaica que não estivessem sujeitas ao regime do RD 661/2007.¹⁴⁸¹ Eliminou-se, ademais, a possibilidade de pagamento do prêmio no caso de venda direta ao mercado.

No mesmo decreto, foi criado o registro de pré-atribuição de remuneração (*registro de preasignación de retribución*) que servia para que o governo soubesse antecipadamente a potência fotovoltaica a ser instalada. Com tal procedimento, os projetos foram se classificando

2007 hasta el 29 de septiembre de 2008". RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 396.

¹⁴⁷⁸ “A key element addressed by the most recent reform of the 2013 ESA is the accumulation during the past decade (2002-12) of annual imbalances between revenues and costs of the electricity system and consequently the emergence of a structural deficit. The bad financial situation of the deficit may endanger the proper functioning of transport and distribution activities”. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 1033.

¹⁴⁷⁹ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 121.

¹⁴⁸⁰ Nesse particular, o *Real Decreto* 1578/2008 assumiu como premissa o crescimento inesperado das instalações, as quais representavam números além do esperado, superando a meta de 85% estimada para o ano de 2010. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-15595>>. Acesso em: 11 set. 2019.

¹⁴⁸¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-15595>>. Acesso em: 11 set. 2019.

cronologicamente em convocatórias distintas, o que acabou por resultar em uma ‘corrida’ para novos requerimentos de instalação.¹⁴⁸²

O RD 1578/2008 alterou, ainda, o objetivo de potência instalada e conectada à rede elétrica para uma meta anual que evoluiria de acordo com os avanços tecnológicos. Em outras palavras, o critério da potência total acumulada para fixar os limites de mercado desta tecnologia foi substituído.¹⁴⁸³

Posteriormente, o *Real Decreto-ley* 6/2009, de 30 de abril de 2009 (RDL 6/2009), tratou do risco que o regime de remuneração especial poderia ocasionar à sustentabilidade econômica e técnica do sistema. O referido decreto-lei regulou o mecanismo de registro de pré-atribuição de remuneração introduzido pelo RD 1578/2008, convertendo-o em requisito para a concessão do benefício da remuneração especial para todas as instalações, não somente limitado às fotovoltaicas.

Em outras palavras, os geradores de energia elétrica deveriam se inscrever e optar pelo sistema de prêmios. Tal registro permitiria que o governo espanhol controlasse a capacidade instalada e racionalizar os prêmios para esta tecnologia.¹⁴⁸⁴ Ressalta-se, todavia, que as instalações que ficassem de fora da aplicabilidade do RD 661/2007 seriam regidas por um “novo marco jurídico-econômico”, o qual seria aprovado pelo governo.¹⁴⁸⁵

¹⁴⁸² GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 122.

¹⁴⁸³ “*Tal cosa debía ir acompañada de un nuevo régimen económico que estimulase la evolución tecnológica y la competitividad de las instalaciones fotovoltaicas en España, a medio y largo plazo. Una retribución insuficiente haría inviables las inversiones, pero una retribución excesiva podría repercutir de manera significativa en los costes del sistema eléctrico y desincentivaría la apuesta por la investigación y el desarrollo, disminuyendo las excelentes perspectivas a medio y largo plazo para esta tecnología*”. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 12.

¹⁴⁸⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2009/04/30/6>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁴⁸⁵ “*Disposición transitoria quinta. Cumplimiento de los objetivos de potencia instalada del régimen especial a la entrada en vigor del presente real decreto-ley. 2. Mediante real decreto se aprobará un nuevo marco jurídico-económico para las instalaciones que se inscriban en el Registro administrativo de pre-asignación de retribución, una vez agotado el régimen retributivo actualmente vigente. Dicho nuevo real decreto tendrá como objetivos el establecimiento de un régimen económico suficiente y adecuado para fomentar la puesta en servicio de este tipo de instalaciones, promoviendo la investigación y desarrollo en el sector que permitan reducir los costes de las instalaciones, mejorar su operatividad y contribuir al desarrollo de la competitividad de la industria*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2009/04/30/6>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

Iñigo Del Guayo comenta que a criação do registro de pré-atribuição de remuneração como medida de urgência do RDL 6/2009 intentava garantir segurança jurídica àqueles que realizaram investimentos no setor de renováveis na Espanha. No RDL 6/2009, foram determinadas as bases para a implementação de novos regimes econômicos, os quais poderiam propiciar, por um lado, a consecução dos objetivos para aumento da capacidade instalada como, por outro lado, estabelecer um custo razoável para o consumidor.¹⁴⁸⁶

É preciso ressaltar, todavia, que a exposição de motivos do RDL 6/2009 foi categórica no que se refere à inaplicabilidade dos seus dispositivos às instalações já em funcionamento (provisória ou definitivamente) antes da publicação daquele ato normativo.¹⁴⁸⁷

Mesmo assim, o RDL 6/2009 foi objeto de análise do Tribunal Supremo da Espanha no âmbito dos recursos interpostos pelos investidores que se sentiram lesados por seus dispositivos. Trata-se de procedimentos que se fundamentam na violação aos princípios da irretroatividade, segurança jurídica e expectativa legítima, alegando que as medidas introduzidas pelo RDL 6/2009 não eram previsíveis e careciam de um procedimento transitório com relação à sua aplicabilidade.¹⁴⁸⁸

Em paralelo, no ano de 2010 o déficit tarifário foi ampliado¹⁴⁸⁹ e se consolidou como uma das principais justificativas para que os incentivos concedidos aos empreendimentos existentes fossem reduzidos e, para as novas instalações, suprimidos.

Em que pese o poder que a Espanha tinha de modificar seu marco regulatório para adequar o regime de remuneração ao cenário econômico vigente, as alterações deveriam ter sido implementadas observando a estabilidade e segurança jurídica.

¹⁴⁸⁶ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 13.

¹⁴⁸⁷ “En cualquier caso, se respetan los derechos y expectativas de los titulares de las instalaciones, configurándose las cautelas precisas y previéndose un régimen transitorio necesario para la adaptación”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2009/04/30/6>>. Acesso em: 21 nov. 2019.

¹⁴⁸⁸ Iñigo Del Guayo cita a decisão do Supremo Tribunal de 14 de novembro de 2011 que entendeu que o *Real Decreto-ley 6/2000* continha uma disposição transitória e, com relação às demais medidas, as quais tinham o objetivo de corrigir e remediar o crescente déficit. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 14.

¹⁴⁸⁹ “By the end of 2011, the electricity deficit represented over EUR 3,000 million and an accumulated tariff debt of more than USD 22 billion and electricity tariff for consumers were some of the highest in Europe. That amount had reached 26 billion by 2013”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §99.

No entanto, a reformulação do marco regulatório espanhol acarretou impactos negativos aos investimentos realizados no setor de energia solar acarretando em múltiplos recursos aos tribunais espanhóis e uma série de arbitragens de investimentos estrangeiros. Por essa razão, torna-se imprescindível analisar como a evolução das principais modificações do regime de remuneração especial ocorreu a partir dos atos normativos adotados em 2010.

6.2.2 As medidas revogatórias aplicadas ao regime de remuneração especial de energia renovável

a) As primeiras reduções dos incentivos de 2010

Em 19 de novembro de 2010, aprovou-se o *Real Decreto* 1565/2010 (RD 1565/2010), momento em que o governo espanhol reconheceu a evolução vertiginosa do setor de energia solar, alcançando 25% da eletricidade proveniente de fontes de energia renovável.

O RD 1565/2010 modificou o sistema remuneratório estabelecido pelo RD 661/2007, eliminando o direito de receber a tarifa pré-fixada a partir do 26º ano, data em que as plantas passavam a receber a tarifa vigente no mercado.¹⁴⁹⁰ É preciso destacar que o prazo que limitava o benefício da remuneração não existia nas normativas anteriores.¹⁴⁹¹

Posteriormente, o *Real Decreto-ley* 14/2010 de 23 de dezembro de 2010 (RDL 14/2010), estabeleceu medidas de urgência para solucionar o déficit tarifário do setor elétrico espanhol. No preâmbulo deste decreto, o legislador reconheceu a situação de desequilíbrio entre oferta e demanda, assumindo que a crise econômica global impactava a economia espanhola e, por conseguinte, acabava por reduzir a demanda por energia elétrica. Por outro lado, as condições meteorológicas permitiram um incremento na oferta de geração de energia elétrica a partir das fontes renováveis, em especial, solar.¹⁴⁹²

¹⁴⁹⁰ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto* 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17976>>. Acesso em: 11 set. 2019. É preciso citar que a modificação introduzida pelo *Real Decreto* 1565/2010 sofreu sucessivas alterações posteriores, já que o *Real Decreto-ley* 14/2010 aumentou para 28 anos o prazo durante o qual as instalações poderiam receber a remuneração prevista no RD 661/2007 e a *Ley* 2/2011, da Economia sustentável, aumentou para 30 anos.

¹⁴⁹¹ “Mediante el RD núm. 1565/2010, de 19 de diciembre, se suprimió la tarifa regulada a favor de las instalaciones fotovoltaicas a partir del año vigésimo sexto (con anterioridad, no existía ese plazo)”. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 10.

¹⁴⁹² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley* 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19757>>. Acesso em: 12 set. 2019. “En concreto, en el

Segundo o RDL 14/2010, era necessário atentar para a situação conjuntural que, supostamente, teria surtido efeitos assimétricos nos diferentes regimes de remuneração. Enquanto no regime ordinário, os produtores teriam experimentado a redução das suas horas de funcionamento e, conseqüentemente, decréscimo na receita obtida, no regime especial havia uma situação privilegiada. Isto porque, os produtores se favoreceram da venda assegurada de eletricidade produzida mediante a cessão preferencial ao sistema.¹⁴⁹³

Com isso, o RDL 14/2010 determinou limites anuais de horas durante as quais as instalações poderiam gerar eletricidade com o benefício do regime de remuneração especial. Nesse caso, a produção excedente deveria se sujeitar ao preço de mercado.

Com relação ao prazo estabelecido para vigorar o regime de remuneração especial, o RDL 14/2010 ampliou tal prazo para 28 anos¹⁴⁹⁴ - prazo este que havia sido estabelecido em 26 anos pelo RD 1565/2010. Posteriormente, a *Ley 2/2011* alterou novamente tal prazo, estabelecendo-o em 30 anos.¹⁴⁹⁵

Conseqüentemente, o impacto da redução do número de horas refletiu diretamente na remuneração obtida pelos geradores de energia elétrica. Estima-se que a redução na receita seria de, aproximadamente, 30% aplicável a todas as instalações durante os anos de 2011 a 2013.¹⁴⁹⁶

Além disso, RDL 14/2010 fixou um pedágio de acesso de 0,5 Euros/MWh para financiar os investimentos necessários às redes de transmissão e distribuição de eletricidade devido ao

período 2013 se alude a la concurrencia de unas condiciones meteorológicas atípicas que han ocasionado, por un lado el hundimiento del precio del mercado diario hasta un nivel mínimo, y el incremento de las horas de funcionamiento de determinadas tecnologías con derecho a régimen económico primado, lo que ha determinado una notable desviación al alza del sobrecoste del régimen especial, como consecuencia de los menores precios de mercado registrados". ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 14.

¹⁴⁹³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19757>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁴⁹⁴ "La Ley núm. 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, modificó algunas de las previsiones del RDL núm. 14/2010, para modular el rigor de sus medidas: las horas equivalentes de referencia sólo pueden ser cambiadas en relación con aquellas instalaciones que no estén funcionando cuando el Gobierno apruebe el cambio y se amplía a 30 el número de años de disfrute de la prima". DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 10.

¹⁴⁹⁵ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §115. Nesse sentido, GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 124-125.

¹⁴⁹⁶ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 397.

crescimento significativo das geradoras,¹⁴⁹⁷ além da necessidade de se atrair mais recursos financeiros para o setor.

É importante destacar que o aspecto mais negativo das alterações introduzidas pelo RDL 14/2010 se refere à aplicabilidade retroativa compreendendo as plantas já existentes, o que refletiu negativamente nos investimentos realizados com fundamento na remuneração estabelecida pelo RD 661/2007.

Com isso, a legalidade dos dispositivos do RDL 14/2010 foram objeto de recurso perante o Tribunal Supremo da Espanha. A Comissão Europeia solicitou ao governo espanhol que este garantisse a estabilidade e previsibilidade da política energética para que os princípios da segurança jurídica e proteção da confiança legítima não fossem violados.¹⁴⁹⁸

Eis, pois, que, mesmo após as alterações introduzidas pelo pacote de medidas de 2010, o déficit tarifário ainda permaneceu como grande problema do setor elétrico espanhol. A tarifa elétrica continuou não cobrindo todos os custos do sistema, especialmente, com relação aos prêmios concedidos aos produtores que se beneficiavam do regime especial.¹⁴⁹⁹

b) a substituição dos incentivos adotada entre 2012 e 2013

Em 2012, foram publicadas novas medidas para regular a produção e remuneração da energia elétrica com uso de fontes renováveis,¹⁵⁰⁰ por meio do *Real Decreto-ley* 1/2012 de 27 de janeiro de 2012 (RDL 1/2012), o qual eliminou importantes incentivos para as novas instalações.¹⁵⁰¹ A principal motivação para adoção RDL 1/2012 se concentrou no expressivo

¹⁴⁹⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19757>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁴⁹⁸ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 10-11.

¹⁴⁹⁹ Sobre o mecanismo de cálculo da tarifa, Iñigo Del Guayo explica que: “*En el cálculo de la tarifa de último recurso -a la que se acogen la mayoría de los consumidores españoles-, el Gobierno debe incluir de forma aditiva, según dispone la LSE, el coste de producción de energía eléctrica, los peajes de acceso que correspondan y los costes de comercialización*”. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 16.

¹⁵⁰⁰ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §117.

¹⁵⁰¹ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 1.

número de empreendimentos que se beneficiavam do regime de remuneração especial, superando as metas do PER 2005-2010.¹⁵⁰²

Segundo o preâmbulo do RDL 1/2012, havia manifesto desequilíbrio entre os custos de produção e o valor dos prêmios, razão pela qual, um novo regime de remuneração adaptado ao cenário econômico então vigente foi implementado com objetivo de mitigar o déficit tarifário.¹⁵⁰³

O RDL 1/2012 suspendeu o procedimento administrativo de registro *pre-asignación*, anteriormente utilizado para determinar os beneficiários se qualificavam ao regime especial de remuneração. Revogou-se, ainda, a aplicabilidade do regime do RD 661/2007 às novas instalações que não haviam sido registradas até aquele momento.¹⁵⁰⁴

Em abril de 2012, o governo espanhol aprovou um programa de reformas atento ao contexto de crise econômico-financeira e acompanhado de uma “política monetária com efeitos assimétricos”, assim como uma “política fiscal excessivamente expansiva”.¹⁵⁰⁵ Em 27 de dezembro de 2012, o governo da Espanha publicou a *Ley 15/2012* que introduzia medidas fiscais para sustentabilidade energética, mediante a qual foram implementados três novos impostos, dentre eles o ‘imposto sobre valor da produção da energia elétrica’ (IPVEE), de caráter direto e natureza real, aplicável às atividades de produção e incorporação ao sistema de energia elétrica.¹⁵⁰⁶

¹⁵⁰² “En los últimos años, el crecimiento que las tecnologías incluidas en el régimen especial han permitido superar con creces en 2010 los objetivos de potencia instalada previstos en el Plan de Energías Renovables 2005-2010 para la tecnología eólica y en particular para las tecnologías solar termoeléctrica y solar fotovoltaica”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-1310>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁵⁰³ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-1310>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁵⁰⁴ “Artículo 3.1. Se suprimen los valores de las tarifas reguladas, primas y límites previstos en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, para todas las instalaciones que se encuentren en el ámbito de aplicación del presente real decreto-ley”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-1310>>. Acesso em: 12 set. 2019.

¹⁵⁰⁵ ESPAÑA. *Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2012*. Disponível em: <http://www.hacienda.gob.es/CDI/programanacionaldereformas/pnr_2012.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 4.

¹⁵⁰⁶ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15649>>. Acesso

Assim, o principal impacto negativo desta lei consistia na imposição de um imposto de 7% sobre a geração de energia elétrica, conforme disposto no seu artigo 8º,¹⁵⁰⁷ sob a justificativa de que este tributo contribuiria para fazer frente aos custos ambientais derivados da geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis.

A *Ley 15/2012* foi objeto de análise do Tribunal Constitucional Espanhol, destacando a sentença no 183/2014 que concluiu pela sua constitucionalidade.¹⁵⁰⁸ Além disso, no âmbito das arbitragens internacionais de investimentos, os investidores estrangeiros alegaram violação ao padrão de tratamento justo e equitativo com base na imposição do imposto de 7% previsto na *Ley 15/2012*. Nos laudos emitidos, os tribunais arbitrais decidiram que não eram competentes para decidir sobre matéria tributária, já que o IPVEE encaixa na definição de ‘medidas tributárias’ nos termos do artigo 21(7) do ECT e, com isso, aplicam-se as restrições previstas no artigo 21(1) do ECT.¹⁵⁰⁹

Além do déficit tarifário,¹⁵¹⁰ a redução da demanda energética deflagrada pela crise econômica contribuiu para a reformulação definitiva da legislação sobre o regime de remuneração das instalações que utilizavam fontes renováveis.

em: 12 set. 2019. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 23 set. 2019. §178. “*Se aplica un tipo del 7% a todos los ingresos, incluido las primas del régimen especial, que perciban los productores de electricidad durante el año natural por la producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica por cada instalación*”. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 126.

¹⁵⁰⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2012/12/27/15>>. Acesso em: 21 nov. 2019. A título exemplificativo, ressalta-se o impacto do imposto de 7% no investimento realizado, conforme alegado pelo investidor *Eiser Infrastructure Ltd*. “*A February 2013 Eiser Quarterly Review discussed the impact of the 7% tax on energy production, eliminating subsidies for electricity generated using gas, and other revisions to the regulatory regime. It concluded that the changes eliminated nearly 30% of ASTEXOL’s net revenue and brought the debt service coverage ratio to approximately one*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §144.

¹⁵⁰⁸ ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 183/2014. *Boletín Oficial del Estado, de 04 diciembre de 2014*.

¹⁵⁰⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §266.

¹⁵¹⁰ Em que pese o setor elétrico espanhol ter sido liberalizado em 1997, ainda existiam certas tarifas reguladas com valores fixados artificialmente abaixo do mercado. Com isso, os preços pagos pela energia elétrica por meio de tal tarifa não cobram o custo de geração da mesma. “*In fixing tariffs, government has not been cost-oriented, keeping electricity prices artificially low, the result being that there is a cumulative deficit as a result of the*

Dentre os fatores que fundamentaram a reforma do marco regulatório espanhol, é possível citar o (i) excesso de capacidade instalada de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, com cobertura muito superior a 10%; (ii) excesso de capacidade da infraestrutura do sistema elétrico; (iii) elevado grau de cobertura da demanda energética por parte das fontes renováveis; (iv) elevados preços da energia para o consumidor final; e (v) existência de déficit tarifário.¹⁵¹¹

Com o propósito de adotar “medidas urgentes” para garantir a saúde financeira do sistema elétrico, entrou em vigor em 1 de fevereiro de 2013, o *Real Decreto-ley 2/2013* (RDL 2/2013)¹⁵¹² que modificou o mecanismo de reajuste do *feed-in tariff* e alterou o *Real Decreto 661/2007*, *Real Decreto 1578/2008* e o *Real Decreto-ley 6/2009*.

O RDL 2/2013 modificou a taxa de índice de correção dos custos do setor elétrico e eliminou a possibilidade do produtor em vender eletricidade no mercado beneficiando do regime de remuneração especial, com direito ao prêmio.

Em outras palavras, com a entrada em vigor do RDL 2/2013, as opções de venda de energia elétrica sujeita à remuneração do regime especial passaram a ser (i) a cessão de eletricidade ao sistema de rede recebendo, em contrapartida, uma tarifa regulada; ou (ii) venda da energia elétrica no mercado de energia elétrica, sem prêmio.¹⁵¹³

difference between regulated tariffs and the cost that should be paid by a customer in the liberalized market. In other words, electricity producers have been forced to sell electricity at regulated prices which do not cover costs”. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RÖNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 1033. Com isso, criou-se o déficit tarifário que seria equivalente à diferença acumulada entre os custos para geração da eletricidade e o retorno financeiro efetivo. Nesta vertente de acontecimentos, o déficit com o sistema elétrico já alcançava 26 bilhões de euros e, segundo Iñigo Del Guayo, manter esse déficit levaria o sistema elétrico espanhol à falência. DEL GUAYO, Iñigo. Energy Law in Spain. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RÖNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., p. 973-1052, 2016, p. 1033.

¹⁵¹¹ ESPAÑA. *Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2012*. Disponível em: <http://www.hacienda.gob.es/CDI/programanacionaldereformas/pnr_2012.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 207.

¹⁵¹² BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO *Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/02/01/2>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁵¹³ “Este Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, modificó, además, el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, con objeto de garantizar una rentabilidad razonable para estas instalaciones y evitar, al mismo tiempo, una sobre retribución de las mismas que recaería sobre los demás sujetos eléctricos. Por este motivo, a partir de la entrada en vigor del real decreto-ley son dos las opciones de venta de la energía producida en instalaciones de régimen especial: la cesión de la electricidad al sistema percibiendo una tarifa regulada o la venta de la electricidad en el mercado de producción de energía eléctrica, sin complemento de prima”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO *Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/02/01/2>>. Acesso em: 25 nov. 2019. Ver também INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>.

Em seguida, foi publicado o *Real Decreto-ley* 9/2013 de 12 julho de 2013 (RDL 9/2013), que reformulou o artigo 30.4 da LSE¹⁵¹⁴ justamente no momento em que existiam aproximadamente 60.600 instalações solares fotovoltaicas com uma capacidade total instalada de mais de 4.600 MW.¹⁵¹⁵

Em que pese o apoio às renováveis expressamente disposto no PANER de 2011-2020, o RDL 9/2013 revogou o RD 661/2007, RD 1578/2008 e alguns artigos do RDL 6/2009,¹⁵¹⁶ afirmando que os custos derivados do regime especial deveriam ser incorporados na tarifa juntamente com os demais custos do sistema.¹⁵¹⁷

Até a publicação do RDL 9/2013, as alterações legislativas que regulavam o regime de remuneração especial foram pontuais e pressupunham uma redução relativamente modesta dos prêmios inicialmente previstos ou, ainda, um ligeiro aumento nos custos.¹⁵¹⁸ Contudo, o RDL

Acesso em: 10 set. 2019. §127 e, ainda, “*Royal Decree Law 2/2013 of 1 February 2013 (“RDL 2/2013”) then eliminated the Premium Option altogether, leaving CSP producers the option of either the market price or the fixed rate tariff. RDL 2/2013 also cancelled the mechanism for updating the feed-in tariffs in accordance with the Consumer Price Index, substituting a different index lower than the CPP*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §145.

¹⁵¹⁴ “*Así, se modifica el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997, 2821), del Sector Eléctrico para introducir los principios concretos sobre los que se articulará dicho régimen, al objeto de acotar el margen de actuación del Gobierno en el desarrollo de los regímenes retributivos para estas instalaciones*”. Introduce-se o conceito de empresa eficiente e bem administrada, que se concebe como “*aquella empresa dotada de los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, cuyos costes son los de una empresa eficiente en dicha actividad y considerando los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la realización de sus funciones. El objetivo es garantizar que no se tomen como referencia los elevados costes de una empresa ineficiente*”. ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019, p. 5.

¹⁵¹⁵ RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 399.

¹⁵¹⁶ “*Disposición derogatoria única. Derogación normativa. 1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en cuanto contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente real decreto-ley. 2 Quedan derogados expresamente: a) El Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. b) El Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. c) El artículo 4, la disposición adicional primera y el apartado 2 de la disposición transitoria quinta del Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/07/12/9>>. Acesso em: 25 nov. 2019. (grifo nosso).

¹⁵¹⁷ ESPAÑA. *Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011-2020*. Disponível em: <http://www.ebb-eu.org/legis/ActionPlanDirective2009_28/national_renewable_energy_action_plan_spain_es.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019. p.116.

¹⁵¹⁸ VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 132.

9/2013 introduziu modificações mais relevantes ao revogar o regime especial e anunciar um novo sistema de remuneração.

Como ressaltado no laudo arbitral *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, o novo regime introduzido pelo RDL 9/2013 adotou como referência a concepção dos custos para investimentos de uma “instalação tipo”, que parte do pressuposto que a atividade estava sendo realizada por uma empresa ‘eficiente’ e ‘bem administrada’. Trata-se de um sistema que levava em consideração três variáveis (i) os ingressos ‘padrões’ em decorrência da venda da energia gerada e precificada com valor de produção definido pelo mercado; (ii) custo ‘padrão’ de exploração; e (iii) valor ‘padrão’ para o investimento inicial.¹⁵¹⁹

O objetivo era reduzir os custos das atividades reguladas, bem como incrementar a receita por meio de novos pedágios de acesso.¹⁵²⁰ Publicou-se, ainda, a nova Lei do Setor Elétrico (LSE), *Ley 24/2013*, de 26 de dezembro de 2013,¹⁵²¹ revogando definitivamente a *Ley 54/1997*, entre outros atos normativos.¹⁵²²

¹⁵¹⁹ Nova redação do artigo 30.4 da *Ley 54/1997*. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/07/12/9>>. Acesso em: 21 nov. 2019. Ver também, o caso “[*Royal Decree Law 9/2013 (“RDL 9/2013”) eliminated the entire regime of fixed tariffs and premiums, and substituted a system providing for “specific remuneration” based on “standard” (but not actual) costs*”]. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §146. Outro caso relevante para análise é o de *Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §135.

¹⁵²⁰ ESPAÑA. *Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2012*. Disponível em: <http://www.hacienda.gob.es/CDI/programanacionaldereformas/pnr_2012.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019. p. 17.

¹⁵²¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24>>. Acesso em: 09 dez. 2019.

¹⁵²² “*Disposición derogatoria única. Derogación normativa. 1. Quedan derogados expresamente: a) La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, salvo las disposiciones adicionales sexta, séptima, vigésima primera y vigésima tercera, y sin perjuicio de lo previsto en la disposición final tercera de la presente ley. b) El artículo 24 del Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo. c) La disposición adicional primera del Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. d) La disposición adicional decimoquinta del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. e) Los artículos 3 y 4 del Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero. f) Con efectos desde el 19 de octubre de 2013, la Ley 15/2013, de 17 de octubre, por la que se establece la financiación con cargo a los Presupuestos Generales del Estado de determinados costes del sistema eléctrico, ocasionados por los incentivos económicos para el fomento a la producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energías renovables y se concede un crédito extraordinario por importe de 2.200.000.000 de euros en el presupuesto del Ministerio de Industria, Energía y Turismo. g) La disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico. h) El artículo 83 bis de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. 2. Asimismo, quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en cuanto contradigan o se opongan a lo dispuesto en la presente ley*”. BOLETÍN

A principal mudança implementada pela LSE de 2013 consiste na definitiva eliminação dos regimes ordinário e especial, excluindo por completo a possibilidade de garantia de compra da energia produzida a uma tarifa regulada,¹⁵²³ mudança esta já anunciada pelo RDL 9/2013.¹⁵²⁴

Nesse contexto, a LSE de 2013 consolida o modelo adotado pelo RDL 9/2013, mas introduz modificações importantes no artigo 14.7, a partir do qual se regula a remuneração, substitui-se o termo “adicionalmente” por “excepcionalmente” quando se trata da habilidade do governo espanhol em estabelecer um regime remuneratório específico. Com isso, o incentivo financeiro assume caráter excepcional para fomentar a produção energética com uso de fontes renováveis de energia.

De acordo com a contribuição de Roberto Galán Vioque, a LSE de 2013 promoveu outra modificação com impacto mais expressivo, dado que condicionou o acesso ao regime remuneratório especial a um procedimento de concorrência com objetivo de determinar o valor ‘padrão’ do investimento inicial no empreendimento. Com base nesse valor, a remuneração é determinada com base nos parâmetros que objetivam cobrir os custos dos investimentos ao invés de estabelecer uma tarifa fixa como originalmente era previsto.¹⁵²⁵

Como se salientou no laudo arbitral *Eiser Infrastructure Limited v. Espanha*, as alterações introduzidas pela LSE de 2013 pressupunham que os parques de geração elétrica deveriam funcionar com base em características hipotéticas de plantas eficientes com vida útil limitada a 25 anos.¹⁵²⁶ Nesse particular, não se levou em consideração características

OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁵²³ “Por el contrario, hace preciso que la regulación contemple a estas instalaciones de manera análoga a la del resto de tecnologías que se integran en el mercado, y en todo caso, que sean consideradas por razón de su tecnología e implicaciones en el sistema, en lugar de por su potencia, por lo que se abandonan los conceptos diferenciados de régimen ordinario y especial. Por este motivo se procede a una regulación unificada, sin perjuicio de las consideraciones singulares que sea preciso establecer”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁵²⁴ “El sistema que alumbra el Real Decreto Ley 9/2013 (RCL 2013, 1092), por lo que hace al caso, elimina la diferencia entre el régimen ordinario y el régimen especial de producción de energía eléctrica.” ESPAÑA. *Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019*. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019, p. 5.

¹⁵²⁵ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 128.

¹⁵²⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §149.

específicas de cada empreendimento, refletindo os investimentos realizados nos diferentes projetos.

Uma análise da LSE de 2013 revela outro aspecto importante no que se refere à revisão do regime tarifário atribuído à energia elétrica com uso de renováveis. Nesta lei, criou-se o conceito de período regulatório de seis anos. Assim, a cada período de três anos, o governo espanhol revisará as estimativas de receitas para a venda da energia gerada com base na evolução dos preços de mercado e nas horas de funcionamento das instalações. A cada seis anos, a tarifa aplicável será revisada com base nos parâmetros das condições econômicas e do sistema elétrico “conjugando com a necessidade de estabilidade e previsibilidade dos agentes”.¹⁵²⁷

Segundo a exposição de motivos da LSE de 2013, o sistema de revisão periódico se fundamenta nas circunstâncias econômicas e nas necessidades do sistema elétrico, condições consideradas habitualmente utilizadas “na regulação de outros países”.¹⁵²⁸ Caso o governo espanhol deixe de revisar a tarifa da energia elétrica durante o prazo estabelecido para o período regulatório, a taxa anterior se manterá vigente para o próximo período regulatório.

Com base na LSE de 2013, o primeiro período regulatório foi agendado para terminar em 31 de dezembro de 2019,¹⁵²⁹ sendo que os próximos períodos começariam a ser computados a partir de 01 de janeiro de 2020. Assim, o governo espanhol seguiu com o processo de revisão e publicou o *Real Decreto-ley* 17/2019, de 22 de novembro de 2019, no qual estipula a taxa de rentabilidade razoável em 7,389% para os próximos dois períodos regulatórios.

¹⁵²⁷ “Los parámetros para el establecimiento de las retribuciones tendrán una vigencia de seis años y para su revisión, que se llevará a cabo antes del comienzo del periodo regulatorio, se tendrá en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y de una rentabilidad adecuada para estas actividades”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁵²⁸ “En relación con la fijación de las retribuciones de las actividades de redes, sistemas eléctricos no peninsulares y régimen de energías renovables y cogeneración, la ley introduce el concepto de periodo regulatorio, habitual en la regulación de otros países de nuestro entorno, y lo fija en un periodo de seis años”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁵²⁹ Ressalta-se que o marco inicial do primeiro período regulatório começou a ser computado a partir do *Real Decreto-ley* 9/2013 como reforçado na Sentença 182/2018 do Supremo Tribunal Espanhol. “el nuevo régimen retributivo específico, que sustituye al basado en primas del Real Decreto 661/2007 (RCL 2007, 1007), comenzó su aplicación en ese primer periodo regulatorio de seis años, que se inició en la fecha de la entrada en vigor de la norma que lo instituye, el Real Decreto-ley 9/2013 (RCL 2013, 1092), y despliega sus efectos desde ese momento y hacia el futuro”. ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 14.

A LSE de 2013 determinou, ainda, que todos os parâmetros de remuneração poderão ser modificados em cada período regulatório considerando uma taxa “rentabilidade razoável”¹⁵³⁰ a ser aplicável ao restante da vida útil das futuras ‘instalações-tipo’.¹⁵³¹

Trata-se, assim, de um novo modelo de remuneração, reforçando o cenário de instabilidade regulatória e insegurança jurídica a que foram submetidos todos os investidores que aplicaram seu capital na energia renovável no mercado energético espanhol. Tal medida contrariou, todavia, todos os posicionamentos políticos anteriormente adotados pelo governo espanhol.

Roberto Galán Vioque ressalta que, praticamente todos os dispositivos da LSE de 2013, careciam de aplicabilidade imediata e,¹⁵³² por conseguinte, o governo espanhol publicou o *Real Decreto* 413 em 06 de junho de 2014 (RD 413/2014) que tinha por principal finalidade a regulamentação da LSE de 2013.¹⁵³³

Os parâmetros para remuneração aplicáveis à determinadas instalações de geração de energia elétrica a partir de fontes renováveis, cogeração e resíduos foram definitivamente regulados pela Ordem Ministerial IET/1045/2014 publicada em 16 de junho de 2014.

¹⁵³⁰ “In June 2014, Respondent adopted Royal Decree 413/2014 (“RD 413/2014”), which provided for a regulatory regime intended to attain a prescribed reasonable return calculated on the basis of a hypothetical “efficient” plant. Crucial details of the new regime, however, were left to the government regulators who developed Ministerial Order IET/1045/2014 of 16 June 2014”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §147.

¹⁵³¹ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁵³² “lo único que va a tener una aplicación inmediata es su disposición final segunda”. VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 130.

¹⁵³³ Ressalta-se que o RD 413/2014 ainda teria que ser regulamentado por outro *decreto real* em que se estabeleceriam as condições, tecnologias e o coletivo de instalações específicas qualificáveis ao sistema de concorrência. ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 54. “Artículo 1. Objeto. Constituye el objeto de este real decreto la regulación del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-6123>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

Eis, pois, que a Ordem Ministerial IET/1045/2014 eliminou por completo o regime de remuneração especial previsto no RD 661/2007¹⁵³⁴ e seus dispositivos se aplicaram a todas as instalações, inclusive aquelas construídas e financiadas de acordo com os princípios do regime do RD 661/2007.¹⁵³⁵

Por conseguinte, o governo espanhol substituiu, de maneira definitiva, o regime de remuneração especial por um sistema que se baseia em um pressuposto de “investimento ‘hipotético’”, parametrizando os custos de operação com base em características padronizadas de instalações supostamente eficientes que tenham vida útil de 25 anos. A remuneração passa a ser definida com base nas projeções calculadas pelo regulador, fixando uma taxa de retorno de 7,398%, baseada no custo provável de uma ‘instalação-padrão’, a qual foi calculada utilizando o rendimento médio histórico de títulos do tesouro espanhol de 10 anos,¹⁵³⁶ a qual resultaria em, aproximadamente, 5% após dedução dos impostos.¹⁵³⁷

¹⁵³⁴ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-6495>. Acesso em: 18 nov. 2019. “*This Ministerial Order sets the remuneration parameters for “standard” facilities, including the estimated “standard costs” applied under the new regulatory regime. Ministerial Order IET/1045/2014 marked the definitive end of the RD 661/2007 regime*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §147.

¹⁵³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §148.

¹⁵³⁶ De todo modo, uma revisão periódica da taxa de retorno deveria ocorrer com base no histórico de dois anos. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019. §114.

¹⁵³⁷ Da análise dos casos de arbitragem internacional de investimentos, verifica-se a disputa entre os investidores e a Espanha no que tange a taxa líquida, obtida após a dedução dos impostos. No caso *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. vs Espanha*, por exemplo, o investidor afirma que a taxa seria de 5,2% após impostos, INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §412. Estanislao Arana García afirma, todavia, que tal taxa cairia para menos que 5% e pontua que “*este baile de cifras no hace más que acreditar la enorme discrecionalidad que tiene la norma a la hora de concretar o materializar el concepto de rentabilidad razonable*”. ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 55.

A taxa é composta de dois componentes (i) incentivo de investimento calculado por MW de capacidade instalada para compensar o custo de capital dos investimentos e (ii) o incentivo operacional, designado para compensar as instalações pela diferença entre o custo operacional e o preço final da eletricidade.

É importante atentar para a mudança do pressuposto estabelecido para remuneração das instalações, já que o governo espanhol modificou o critério base ao substituir o parâmetro da efetiva produção pelo preceito da capacidade da instalação. Elimina-se, assim, um incentivo básico anteriormente previsto no RD 661/2007 que se baseava na premissa da construção de empreendimentos mais caros, porém mais produtivos.¹⁵³⁸

Nesse sentido, o sistema de remuneração baseado em produção foi abandonado, sendo substituído por um regime abalizado em custos e investimentos.¹⁵³⁹ Como resultado da implementação deste novo sistema remuneratório, o impacto na redução da receita futura dos investidores em instalações de energia renovável foi significativo, mas variável de acordo com o rendimento que cada planta possuía antes da alteração do marco regulatório espanhol. Por exemplo, no caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha*, as plantas *Andasol 1 e 2* reduziram sua receita em 12.2%, enquanto a planta *Arenales* decresceu de 11.6% para 7.398%.¹⁵⁴⁰

Como consequência, os investidores apresentaram recursos aos tribunais locais com diferentes alegações sobre a legalidade das alterações regulatórias e as Comunidades Autônomas interpuseram recursos questionando a constitucionalidade perante o Tribunal Constitucional.

¹⁵³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §148.

¹⁵³⁹ ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 54. “*se puede afirmar, sin exageración, que se trata de una quita a las primas de las renovables que no es lineal para todas las instalaciones, o grupo de instalaciones, sino que dependerá de lo que resulte de la aplicación a cada instalación que tenía reconocido un régimen primado de los valores de la instalación tipo que se le asigne de acuerdo con el procedimiento previsto en su Disposición transitoria primera*”. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 131.

¹⁵⁴⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 25 nov. 2019. §551.

Os precedentes estabelecidos no judiciário espanhol abrangeram a análise da nova legislação quanto ao risco regulatório, segurança jurídica e expectativa legítima dos investidores e se tornaram determinantes para os investidores de nacionalidade espanhola. Os investidores estrangeiros, por outro lado, iniciaram procedimentos de arbitragem de investimentos no *International Centre For Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, *Stockholm Chamber of Commerce (SCC)* e *Permanent Court of Arbitration (PCA)*.

6.3 O risco regulatório, a segurança jurídica e a confiança legítima nas sentenças dos tribunais espanhóis

Sem pretender esgotar análise assaz complexa da jurisprudência dos tribunais espanhóis sobre o tema, é importante tecer breves comentários sobre algumas decisões que negaram invariavelmente os recursos administrativos contenciosos interpostos contra as alterações no marco regulatório da energia renovável na Espanha, que afetou, precipuamente, o regime especial de remuneração.

A análise desencadeada pelos tribunais espanhóis compreende, assim, uma relação paradoxal entre (i) as pretensões dos investidores que alegavam expectativa legítima quanto à estabilidade do marco regulatório e, por conseguinte, do regime remuneratório implementado na legislação espanhola; e (ii) posição do governo espanhol, que se amparou no seu poder potestativo de legislar e adaptar seu quadro regulatório às novas circunstâncias econômicas do setor elétrico, nomeadamente, o déficit tarifário do sistema.¹⁵⁴¹

Nesse panorama, insere-se a aceção de risco regulatório no Direito Administrativo espanhol que, ao longo do arrazoamento proposto pelo governo espanhol, justificaria as alterações regulatórias realizadas sempre que se mantivesse uma “rentabilidade razoável” quanto aos investimentos realizados neste setor.

É bem verdade que o próprio conceito de risco regulatório no direito espanhol se encontra fundamentalmente baseado em construções jurisprudenciais, introduzido, especialmente, no contexto dos setores regulados,¹⁵⁴² como é o caso da energia elétrica. Na

¹⁵⁴¹ ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 59.

¹⁵⁴² RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago. El concepto de Riesgo Regulatorio: Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. Madrid: *Revista de Administración Pública*, n. 188, p. 189-205, mai.-ago. 2012, p. 189.

doutrina espanhola, o risco regulatório compreende a situação de instabilidade ou incerteza no âmbito de um setor econômico regulado em que surge o risco de uma alteração normativa potencialmente prejudicial aos interesses de agentes e operadores do mercado.

Na jurisprudência da energia renovável construída no âmbito dos tribunais espanhóis, é colocada em evidência os princípios como a confiança legítima, segurança jurídica,¹⁵⁴³ irretroatividade das normas menos favoráveis, interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, medidas expropriatórias ou confiscatórias, risco e estabilidade regulatória.¹⁵⁴⁴

Paralelamente, no plano internacional, o conflito reside na contraposição dos interesses dos investidores, que alegaram violação ao padrão de tratamento justo e equitativo, face o exercício do poder de regular do Estado, como será analisado posteriormente.

É preciso salientar que foram múltiplos os recursos perante o Supremo Tribunal Espanhol que objetivaram questionar a legalidade de normas sobre as fontes renováveis, tais como o RD 436/2004, o RD 661/2007, o RD 1565/2010, entre outros. Recentemente, tais recursos também compreenderam o questionamento acerca da supressão do regime de remuneração especial.

O Tribunal Constitucional Espanhol também foi instado a decidir sobre a constitucionalidade das alterações normativas, particularmente com relação ao RDL 14/2010 e RDL 9/2013.

Igualmente importante destacar que o Conselho de Estado manifestou sua concordância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol, que analisou a legalidade das normas modificativas do sistema de incentivos, considerando, ainda, que o arrazoado pelo tribunal poderia, inclusive, ser estendido àquelas normas que suprimissem, posteriormente, o regime tarifário incentivador.¹⁵⁴⁵

¹⁵⁴³ “En atención al devenir de las normas y a la jurisprudencia sobre la materia se ha propuesto la construcción de un concepto de estabilidad regulatoria, como distinto del concepto de seguridad jurídica. El juicio sobre el respeto al principio de seguridad jurídica es distinto del juicio sobre el acomodo a la estabilidad regulatoria. La Ley núm. 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, parece establecer diferencias entre ambos conceptos, aun cuando la estabilidad se configura como una parte de la seguridad. El art. 4, 1, la Ley exige que las Administraciones Públicas actúen de acuerdo con el principio de seguridad jurídica”. DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 24.

¹⁵⁴⁴ ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 59.

¹⁵⁴⁵ OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. Spain and Investment Arbitration: The renewable energy explosion. Ontario: Centre for International Governance Innovation, *Investor-State Arbitration Series*, paper n. 17, p. 1-18, nov. 2016, p. 7.

Alguns dos principais argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal para reafirmar a legalidade dos atos normativos questionados são consolidados por Estanislao Arana García como, por exemplo, que os investidores não poderiam ter a expectativa de que se manteriam os prêmios como mecanismo de remuneração.¹⁵⁴⁶ Em outras palavras, os prêmios poderiam ser modificados ou anulados de acordo com as circunstâncias sempre que fosse respeitado o princípio da “rentabilidade razoável”.

Ademais, (i) não caberia aos investidores argumentar somente com base na segurança jurídica para alegar a invalidade dos novos atos normativos; (ii) as modificações no cenário econômico justificam a revisão dos parâmetros utilizados para o cálculo da tarifa; (iii) o risco regulatório assumido pelos investidores inclui a possível variação dos critérios para incentivos e remuneração com prêmios; (iv) não há garantia à confiança legítima referente a direito que ainda não havia integrado o patrimônio do investidor; e (v) a Diretiva 2009/28/CE¹⁵⁴⁷ não determinava obrigações diretas às autoridades espanholas em garantir um regime de apoio específico durante determinado prazo, nem impedia a restrição futura de um regime de remuneração, desde que se garantisse a “rentabilidade razoável” dos investimentos.¹⁵⁴⁸

Em suma, o Supremo Tribunal da Espanha afirmou que as circunstâncias posteriores ao regime do RD 661/2007 permitiam a alteração do regime de remuneração especial, posto que, pelo caráter das medidas do RD 661/2007, não se poderia considerá-las perpétuas ou ilimitadas

¹⁵⁴⁶ Nesse sentido, Carmen Otero García-Castrillón destaca que “*The [Supreme] court also responded negatively to the possibility of presenting a preliminary question regarding the EU principles of legal certainty and the protection of legitimate expectations, on the basis that the reduction of the incentives did not affect these principles because the remunerative system could not be permanently immune to normative changes and the sustainability of the electricity system justified the changes. In any case, the Supreme Court decisions rely on CJEU case law for the interpretation of the legal certainty principle and its corollary, the protection of legitimate expectations principle, as much as on Spanish jurisprudence*”. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. Spain and Investment Arbitration: The renewable energy explosion. Ontario: Centre for International Governance Innovation, *Investor-State Arbitration Series*, paper n. 17, p. 1-18, nov. 2016, p. 7.

¹⁵⁴⁷ Carmen Otero García-Castrillón ressalta que o Supremo Tribunal da Espanha se recusou a levar questões relativas à interpretação da Diretiva 2009/28/CE para o Tribunal de Justiça da União Europeia sob justificativa de que não restavam dúvidas sobre o objeto sob análise a ser analisado pelo Tribunal. “*Despite the parties’ claims, the Supreme Court has considered it unnecessary to present preliminary questions before the Court of Justice of the European Union (CJEU) about either the interpretation of Directive 2009/28/EC on the promotion of the use of energy from renewable sources, or the interpretation of the ECT and its Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects, on the basis that the questions were misguided and the court had no doubt about the issues*”. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. Spain and Investment Arbitration: The renewable energy explosion. Ontario: Centre for International Governance Innovation, *Investor-State Arbitration Series*, paper n. 17, p. 1-18, nov. 2016, p. 7.

¹⁵⁴⁸ ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red*: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 61-62.

ao longo do tempo. Em outras palavras, não haveria um “direito imutável” ao sistema remuneratório.¹⁵⁴⁹

Do ponto de vista do regulador é preciso ‘conscientizar’ o investidor de que haveria uma superposição das instalações com uso de fontes renováveis e que o regime remuneratório não poderia se estender indefinidamente ao longo do investimento.¹⁵⁵⁰

Ao analisar mais detalhadamente algumas decisões dos tribunais espanhóis, a sentença publicada em 12 de abril de 2012 e citada no laudo arbitral de *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, focalizou sua análise na impugnação do DR 1565/2010 e na possível caracterização de retroatividade, assim como violação de outros princípios constitucionalmente previstos.¹⁵⁵¹ No âmbito desta decisão, o Supremo Tribunal da Espanha entendeu que o DR 1565/2010 não poderia ser qualificado como retroativo e, por essa razão, não violaria os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima.¹⁵⁵²

Trata-se de uma sentença fundamentada nas seguintes premissas (i) o regime de remuneração especial constituía vantagem quanto aos operadores do mercado elétrico. Por essa razão, as alterações legislativas eram inerentes ao risco regulatório; e (ii) mesmo que induzidos pelo sistema remuneratório favorável, os investidores sabiam ou deveriam saber que tal regime de remuneração havia sido aprovado em determinado momento econômico, com determinada demanda energética vigente à época.

Desse modo, os investidores não poderiam se manter alheios às modificações relevantes que afetaram o cenário econômico e às novas circunstâncias, em especial, ao crescimento do déficit tarifário.¹⁵⁵³

¹⁵⁴⁹ “los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial no tienen un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el régimen económico que regula la percepción de sus retribuciones, cuando ellos mismos han optado por no acudir al mercado (posibilidad que siempre les queda abierta) sino beneficiarse de un sistema público de fijación de aquéllas”. ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso n. 40/2011. Navarra: Aranzadi, p. 1-14, 12 abril 2012, p. 6.

¹⁵⁵⁰ ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 62-63.

¹⁵⁵¹ ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso n. 40/2011. Navarra: Aranzadi, 12 abril 2012, p. 1-14.

¹⁵⁵² “En estas sentencias el Tribunal Supremo presentó y repitió una serie de razonamientos y conclusiones y entre ellos consideró que el RD 1565/2010 no podía calificarse como retroactivo y que no contravenía a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §113.

¹⁵⁵³ ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso n. 40/2011. Navarra: Aranzadi, p. 1-14, 12 abril 2012, p. 6.

Com isso, o Supremo Tribunal da Espanha decidiu que as medidas do RD 1565/2010 não poderiam ser qualificadas como expropriatórias. Além disso, os dispositivos daquele *Real Decreto* não violavam a garantia constitucional do direito à propriedade, nem eram desproporcionais, haja vista se tratarem de medidas de interesse público que objetivavam garantir a sustentabilidade do sistema elétrico.¹⁵⁵⁴

No âmbito das decisões do Tribunal Constitucional Espanhol, torna-se relevante analisar o recurso de inconstitucionalidade interposto pelo Conselho de Governo da Comunidade Autónoma da Região de Múrcia em face de alguns dispositivos do RDL 9/2013. As alegações consistiam, em primeiro lugar, na violação do artigo 9.1 da Constituição Espanhola com fundamento no critério de hierarquia das normas, tendo em vista que a Espanha ratificou o ECT em 17 de dezembro de 1994, internalizando este tratado com a publicação no seu Diário Oficial em 17 de maio de 1995.

Além disso, a Espanha teria descumprido obrigações assumidas no ECT em relação aos investidores estrangeiros, no momento em que modificou o regime de remuneração e criou uma situação radicalmente diferente daquela existente no momento do estabelecimento do investimento. Outra alegação foi que o Executivo havia descumprido o tratado internacional, violando um dispositivo constitucional de hierarquia normativa e submissão do poder público ao ordenamento jurídico.¹⁵⁵⁵

Em segundo lugar, alegou-se violação do artigo 9.3 da Constituição Espanhola, o qual preconizava o princípio da segurança jurídica e irretroatividade das disposições sancionadoras

¹⁵⁵⁴ ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 63.

¹⁵⁵⁵ Em relação ao descumprimento do tratado internacional, a parte recorrente faz referência ao tratamento justo e equitativo previsto no artigo 10 e às disposições contra expropriação previstas no artigo 13 do ECT. ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 2-3. O Tribunal Constitucional Espanhol concluiu que não houve violação do artigo 9.1 da Constituição espanhola pelos seguintes arrazoamentos: (i) segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, os tratados internacionais não constituem parâmetro para aferir inconstitucionalidade das leis, posto que um conflito entre lei e ato normativo posterior a um tratado não afeta a constitucionalidade daquela normativa. Nesse caso, o conflito a ser solucionado se circunscreve à determinação da lei aplicável e, assim, não se configura como cabível a determinação da compatibilidade ou não de um preceito legal com um tratado internacional; (ii) tampouco a incorporação de um tratado ao sistema jurídico interno, após sua ratificação e publicação oficial, determina, como alegam os recorrentes, violação do princípio da hierarquia normativa, uma vez que a garantia da hierarquia normativa proíbe que uma norma hierarquicamente inferior viole as disposições de uma hierarquicamente superior. Ressalta-se que a apreciação da contradição entre um ato normativo e a Constituição não implica uma mera transgressão por regra de hierarquia inferior, mas pura e simplesmente inconstitucionalidade da norma com hierarquia de lei. No que tange a violação dos artigos 10 e 13 do ECT, o Tribunal Constitucional entendeu que as alegações do recorrente não foram fundamentadas, impossibilitando o tribunal a reconhecer e avaliar possa avaliá-las. ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 15-16.

não favoráveis ou restritivas de direitos individuais. O fundamento do recurso utilizou como base o caráter discriminatório do regime introduzido pelo RDL 9/2013 que se direcionou para a energia renovável. Enquanto o déficit afetava todo o setor elétrico, apenas parte do setor – as fontes renováveis - foi afetado pela nova regulamentação.¹⁵⁵⁶

Neste recurso, ainda se apresentou o argumento de violação do artigo 86.1 da Constituição Espanhola, haja vista que o RDL 9/2013 não apresentava os requisitos de urgência necessidade e caráter extraordinário, necessários para edição de um *Real Decreto-ley*.

Segundo o recurso, em nenhum momento o legislador desconhecia as condições da produção da energia elétrica daqueles empreendimentos que contavam com uso de fontes renováveis. Portanto, o legislador não poderia alegar que se travam de situações imprevisíveis e, por isso, adotar uma medida de urgência para tal situação.¹⁵⁵⁷

Não obstante a sentença nº 270, de 17 de dezembro de 2015, ter compreendido as três principais alegações por parte do Conselho de Governo da Comunidade Autônoma da Região de Múrcia, circunscrevemos a análise deste julgamento aos fundamentos da decisão que conclui pela legalidade do RDL 9/2013.¹⁵⁵⁸

O Tribunal Constitucional Espanhol realizou, primeiramente, algumas precisões acerca da proibição da retroatividade *in pejus*, afirmando a sua circunscrição às leis *ex post facto* sancionadoras ou restritivas de direitos individuais.¹⁵⁵⁹ Nesse sentido, ressaltou-se que o princípio de irretroatividade somente se aplica aos direitos consolidados, assumidos e

¹⁵⁵⁶ “Se afirma que el RDL establece la retroactividad de un régimen retributivo más restrictivo para la producción de energía eléctrica en régimen especial o mediante tecnología solar fotovoltaica, el cual se regía por la normativa anterior y será liquidado en base a la misma, pero con carácter de pago a cuenta hasta la publicación de la nueva normativa, lo que puede generar la obligación por parte del productor de devolver cantidades percibidas en concepto de retribución”. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 3.

¹⁵⁵⁷ “hace años se vienen aprobando disposiciones cuya finalidad es exactamente la misma, por lo que no puede afirmarse que las disposiciones objeto de impugnación en el presente recurso, reúnan las notas requeridas para entenderlas válidamente producidas al amparo de lo dispuesto en el art. 86.1 CE”. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 4. Com relação a este violação, o Tribunal Constitucional concluiu que os pressupostos necessários para edição de um *Decreto Real-ley* foram atendidos, não configurando ilegalidade neste quesito “es evidente que las medidas propuestas, en cuanto persiguen un ajuste de los costes en el sector eléctrico, guardan la necesaria conexión entre la situación de extraordinaria y urgente necesidad descrita, y las medidas adoptadas para hacerle frente”. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 15.

¹⁵⁵⁸ Ressalta-se que não analisamos a decisão quanto à possível violação dos princípios previstos no artigo 9.3 da Constituição Espanhola, precipuamente, no que toca a análise quanto à retroatividade *in pejus*, segurança jurídica e confiança legítima.

¹⁵⁵⁹ ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 18.

integrados no patrimônio do sujeito, não sendo aplicável a direitos pendentes, futuros, condicionais e à mera expectativa de direito.¹⁵⁶⁰

Desse modo, a violação do princípio de irretroatividade se caracteriza à luz do artigo 9.3, somente quando a lei *ex post facto* se aplica às relações consagradas e situações esgotadas, o que não seria o caso daquelas relações sob amparo do RDL 9/2013.¹⁵⁶¹

O fundamento do Tribunal Constitucional se alicerça no fato de que os proprietários das instalações fotovoltaicas não foram obrigados a devolver o montante equivalente à remuneração percebida nos exercícios anteriores, mas apenas se submeteram ao novo regime a partir da data de publicação do RDL 9/2013.

Outro argumento utilizado pelo Tribunal Constitucional se refere ao poder de regular conferido ao Estado para realizar alterações no seu marco regulatório. Nos termos da sentença 270/2015, o disposto no artigo 9.3 não equivale a um panorama de imutabilidade do ordenamento jurídico, nem impede que as leis possam regular situações jurídicas já criadas, cujos direitos, interesses ou efeitos derivados de tais situações ainda não tenham se consumado.

O entendimento do Tribunal é no sentido de que o legislador possui legitimidade para alterar o regime jurídico preexistente dos direitos individuais sempre que se ajuste às exigências da Constituição.¹⁵⁶² Aduziu-se, ainda, que o sistema introduzido pelo RDL 9/2013 se baseou em critérios jurídicos explícitos e objetivos prevendo uma rentabilidade razoável ao longo da vida útil do empreendimento.

¹⁵⁶⁰ Nesse sentido, o Supremo Tribunal Espanhol decidiu, no âmbito da sentença 182/2018, seguindo o disposto na decisão do Tribunal Constitucional, que os dispositivos do *Real Decreto-ley* 9/2013 não incidiram sobre os direitos patrimoniais previamente consolidados e incorporados definitivamente ao patrimônio do destinatário, tampouco se relacionava a fatos já consumados. ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 13.

¹⁵⁶¹ “No estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación #agotada—, consolidada, perfeccionada o patrimonializada – en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia- que haya sido revertida in pejus con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE”. ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 18.

¹⁵⁶² ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 19. Trata-se de posição do Tribunal Constitucional Espanhol reverberada em decisões posteriores do Supremo Tribunal como no caso da decisão 182/2018 que reitera “En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836) no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (RCL 1978, 2836) (STC 126/1987, de 16 de julio (RTC 1987, 126) , FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución”. ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 13.

O Tribunal Constitucional ponderou, ainda, a compatibilidade do RDL 9/2013 com o princípio da confiança legítima e observou que este princípio não compreende a estabilidade regulatória de modo absoluto, nem garante a imutabilidade dos atos normativos. Assim, os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima não supõem o direito dos atores econômicos à estabilidade do marco regulatório de determinado setor regulado de modo permanente.¹⁵⁶³

A estabilidade regulatória é, segundo o Tribunal Constitucional Espanhol, compatível com as alterações legislativas e, no caso do RDL 9/2013, não há o que se falar em violação à confiança legítima. Isto porque, tal decreto foi promulgado em um contexto de crise econômica e déficit do sistema elétrico, uma situação que ensejou a adoção de medidas de urgência.

Segundo a sentença 270/2015, as modificações no marco regulatório não poderiam ser consideradas imprevisíveis para um operador econômico que fosse prudente e diligente, posto que o RDL 9/2013 tratava das circunstâncias econômicas específicas do setor elétrico e uma situação de déficit persistente e contínua.¹⁵⁶⁴

Nesse contexto, o Tribunal Constitucional Espanhol concluiu que o RDL 9/2013 não consiste em uma norma sancionadora ou restritiva de direitos e, ademais, que o decreto não recai sobre atos jurídicos perfeitos ou direitos adquiridos, não configurando, assim, a violação do artigo 9.3 da Constituição Espanhola.

Registra-se, por oportuno, o voto dissidente do Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, aderido por outros dois magistrados do Pleno, que criticou a posição majoritária em relação ao fundamento. Na opinião dissidente, não foram considerados os aspectos como (i) princípio da confiança legítima sob a ótica da evolução do marco regulatório da energia renovável, cuja análise vem sendo omitida pelo Tribunal Constitucional em inúmeros julgamentos antecedentes; (ii) a expectativa legítima dos operadores econômicos, especialmente, no que se refere às especificidades econômicas do regime de remuneração; e (iii) as múltiplas arbitragens internacionais de investimentos contra a Espanha pleiteadas por investidores estrangeiros em face das alterações legislativas no setor de energia renovável.¹⁵⁶⁵

¹⁵⁶³ ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 16.

¹⁵⁶⁴ ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 17.

¹⁵⁶⁵ ESPAÑA. *Tribunal Constitucional*. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 19-28.

É preciso ressaltar, todavia, que o Supremo Tribunal Espanhol permaneceu instado pelos investidores a se manifestar sobre a legalidade das alterações legislativas. Diante da multiplicidade de decisões do Supremo Tribunal Espanhol em face dos diferentes decretos e demais atos normativos, parece-nos relevante extrair duas sentenças recentes com objetivo de analisar os fundamentos das decisões, em especial, face aos princípios dispostos no próprio ordenamento jurídico espanhol.

A sentença 182/2018 no âmbito do recurso administrativo 1/836/2015 interposto em face da Ordem Ministerial IET/1045/2014, o qual requereu, precipuamente, a anulação deste ato com base na violação da Constituição Espanhola, mais precisamente o artigo 9.3¹⁵⁶⁶ e, subsidiariamente, a revisão dos parâmetros de remuneração aplicáveis às plantas de cogeração.¹⁵⁶⁷

Em primeiro, concluiu o Supremo Tribunal que o RD 413/2014 não criava um regime jurídico e econômico *ex novo*, posto que nem o RD 413/2014, nem a Ordem Ministerial IET/1045/2014 introduziram novidades quanto aos elementos essenciais do novo regime de remuneração. Tais atos normativos tampouco definiram um novo regime jurídico, já que se limitariam à regulamentação do RDL 9/2013 e da LSE de 2013.¹⁵⁶⁸ Em outras palavras, o novo sistema de remuneração foi introduzido pelo RDL 9/2013, assumido e completado pela LSE de 2013.¹⁵⁶⁹

Em segundo, sob amparo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol, o Supremo Tribunal Espanhol decidiu que o RDL 9/2013 não impôs medidas modificativas sobre direitos já adquiridos ou atos jurídicos perfeitos, uma vez que não afetava as remunerações pretéritas e tampouco violava direitos dos investidores.

¹⁵⁶⁶ “Artículo 9. 3 La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Constitución Española*. Disponível em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 10.

¹⁵⁶⁷ “subsidiariamente, y en defecto de la anterior, declare la necesidad de revisión de los parámetros retributivos aplicables a las plantas de cogeneración de modo que incorporen correctamente, en los términos del Fundamento de Derecho Cuarto de esta demanda, (i) los estándares de eficiencia aplicables a las calderas de cogeneración en el momento en que se autorizaron las instalaciones, (ii) los costes reales de venta de electricidad, (iii) el coste real de la energía térmica cedida -esto es, que recoja los descuentos estándar en su venta-, (iv) el coste real de compra de biomasa forestal necesaria para la operación de las instalaciones, atendido el porcentaje real de humedad media que presenta, (v) el coste real evitado de la valorización de residuos”. ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 3.

¹⁵⁶⁸ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 11.

¹⁵⁶⁹ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 10.

Segundo o Supremo Tribunal, o RDL 9/2013 apenas implementou um novo sistema que passou a vigorar a partir da publicação deste ato normativo,¹⁵⁷⁰ de modo que a Ordem Ministerial IET/1045/2014 não incorreu em retroatividade ilícita e, assim, não violou o artigo 9.3 da Constituição Espanhola.

Além disso, a impugnação da Ordem Ministerial IET/1045/2014 também se orientou para a violação dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, de acordo com o posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nesse particular, seguindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, o Supremo Tribunal Espanhol entendeu que não se subentende que a revogação do regime tarifário previsto no RD 661/2007 viole os princípios da segurança jurídica e confiança legítima garantidos pelo artigo 9.3 da Constituição.¹⁵⁷¹ Trata-se de uma decisão fundamentada na jurisprudência do Tribunal Constitucional, a qual se alicerça nos critérios da previsibilidade e interesse geral.

A alteração do marco regulatório à luz da violação da confiança legítima também é objeto de análise do Supremo Tribunal da Espanha na sentença 182/2018, que recorre à jurisprudência prévia do próprio tribunal para exame do caso em questão.

Os precedentes deste tribunal abalizavam que a autoridade pública não pode adotar medidas contrárias à expectativa dos particulares sempre que tenham sido abalizadas na estabilidade razoável atribuída às decisões da Administração Pública. Tal estabilidade deve ter influenciado os particulares a tomarem determinadas decisões ressaltando, todavia, que não se abarca qualquer convicção psicológica subjetiva, mas sim o convencimento racional e fundamentado de que, com base em atos anteriores, a Administração Pública adotará determinadas decisões.¹⁵⁷²

¹⁵⁷⁰ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 14. Com relação à retroatividade das leis, a sentença n. 1386/2019 do Tribunal Supremo Espanhol apresenta o mesmo fundamento no sentido de que a irretroatividade só se aplica aos direitos que já foram consolidados, assumidos e integrados ao patrimônio do sujeito e que não estejam pendentes, futuros, condicionados, de modo que a violação ao artigo 9.3 somente ocorre quando se aplica às relações já consagradas e afeta relações terminadas e esgotadas. Nesta decisão, adota-se o conceito de “retroatividade imprópria”, a qual se aplica às relações ainda não concluídas. ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019, p. 6.

¹⁵⁷¹ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 22.

¹⁵⁷² “*el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta «el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones»*”. ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 25.

Com base em tal premissa, o Supremo Tribunal da Espanha interpretou o RD 661/2007 à luz do princípio da confiança legítima e concluiu que nenhum dos seus dispositivos gerava a convicção racional e fundada de que o regime de remuneração especial não seria modificado ou que garantiria a imutabilidade da tarifa ali fixada.¹⁵⁷³

Com isso, a sentença 182/2018 rogou inaplicável a alegação de violação da segurança jurídica e confiança legítima com relação ao RDL 9/2013, LSE de 2013, RD 413/2014 e Ordem Ministerial IET/1045/2014. Registra-se, todavia, um voto dissidente pontuando a discordância com relação ao argumento da opinião majoritária nesta sentença.¹⁵⁷⁴

O Supremo Tribunal Espanhol também se manifestou acerca da responsabilidade patrimonial do Estado¹⁵⁷⁵ no âmbito do recurso contencioso administrativo nº 248/2018 interposto contra a Resolução do Conselho de Ministros de 17 de novembro de 2017.

A Resolução impugnada negou expressamente a responsabilidade patrimonial do Estado legislador pelos danos e prejuízos derivados sofridos em consequência da entrada em vigor do RDL 9/2013 e da supressão do regime de remuneração especial previsto no RD 661/2007.¹⁵⁷⁶

Segundo a sentença 1386/2019 do recurso contencioso administrativo nº 248/2018, inexistem os pressupostos para caracterização da responsabilidade patrimonial do Estado legislador: a ausência de violação aos princípios da segurança jurídica e confiança legítima em decorrência das alterações inseridas pelo RDL 9/2013.

¹⁵⁷³ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 26.

¹⁵⁷⁴ Em referência ao o *Real Decreto* 413/2014 e à Ordem Ministerial IET/1045/2014, o Magistrado Eduardo Calvo Rojas opina que “*lo que hacen las normas reglamentarias es enjuiciar toda la actividad pasada de las instalaciones preexistentes proyectando sobre ella la nueva normativa, como si hubiesen operado desde un primer momento sometidas a la nueva regulación*”. ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 30; 40-48.

¹⁵⁷⁵ Destaca-se a *Ley* 40/2015, de 1 de outubro de 2015, do Regime Jurídico do Setor Público, cujo artigo 32 determina que os indivíduos terão o direito de serem recompensados pela Administração Pública por qualquer dano que sofram desde que seja consequência da operação normal ou anormal dos serviços públicos, exceto em casos de força maior ou danos que o indivíduo tenha o dever legal de suportar de acordo nos termos da lei. Da mesma forma, os indivíduos terão o direito a serem indenizados pela Administração Pública por qualquer dano sofrido como resultado da incidência de atos normativos de natureza não expropriatória de direitos que eles não têm o dever legal de suportar quando assim se estabeleça no próprio ato normativo e nos termos nele especificados. A responsabilidade do Estado legislador também pode surgir nos seguintes casos, desde que os requisitos estabelecidos na lei sejam preenchidos, quais sejam: a) quando os danos resultarem da aplicação de uma norma com hierarquia de lei que foi declarada inconstitucional; b) quando os danos resultarem da aplicação de uma regra contrária ao direito da União Europeia. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley* 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Artículo 32. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹⁵⁷⁶ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019, p. 2.

Além disso, o Supremo Tribunal Espanhol opina no sentido de que os danos alegados pelos recorrentes não se fundamentam em circunstâncias concretas, danos reais e atuais, ou, ainda, não possuíam as características de efetividade e atualidade que permitiram qualificá-los como indenizáveis.

Afirma-se que as tarifas previstas no RD 661/2007 não se incorporaram ao patrimônio dos seus beneficiários, tampouco poderiam se caracterizar como um direito perfeito e ilimitado ao mecanismo de *feed-in tariff*. Desse modo, o Supremo Tribunal Espanhol concluiu que, além das tarifas não se configurarem como um direito líquido e certo, seria previsível que o RD 661/2007 seria alterado e que o novo regime de remuneração garantiria a rentabilidade razoável, razão pela qual não cabe falar em dano efetivo algum ou, menos ainda, qualificá-lo como antijurídico.¹⁵⁷⁷

De fundamental importância a observação de Iñigo Del Guayo acerca do processo legislativo adotado para persecução das alterações no regime das energias renováveis. O autor destaca que tais modificações foram realizadas mediante o instrumento ‘lei’,¹⁵⁷⁸ o que acabou por limitar as chances de êxito dos recorrentes no âmbito dos recursos administrativos sob argumento de que haveria retroatividade ilegítima daqueles atos normativos. Isto porque a vedação à irretroatividade seria uma imposição aos regulamentos e não às leis, nem ao regulamento que desenvolve uma lei com eficácia retroativa.

Em outras palavras, a jurisprudência sobre a legitimidade das alterações no marco regulatório se ampara na existência de uma lei e, por conseguinte, não viola o princípio constitucional de irretroatividade por se tratar do resultado do exercício do poder de regular ao introduzir alterações em virtude das novas circunstâncias econômicas.

Iñigo Del Guayo comenta, ainda, que a jurisprudência reforça a impossibilidade de se petrificar o ordenamento jurídico espanhol, sendo possível a introdução de novas alterações, mesmo que reduzam o montante dos prêmios em um momento de elevada disparidade entre os custos e os ingressos no sistema elétrico.¹⁵⁷⁹

¹⁵⁷⁷ ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019, p. 11.

¹⁵⁷⁸ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 131.

¹⁵⁷⁹ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo. Seguridad jurídica y cambios regulatorios. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, p. 1-25, 2012, p. 24.

Observa-se, também, a análise feita pelos tribunais, em especial, na sentença 270/2015 do Tribunal Constitucional que considera a compatibilidade da estabilidade regulatória com as alterações legislativas sempre que estas últimas se caracterizem como medidas previsíveis e derivadas de exigências claras de interesse geral.

Independentemente da análise do manifesto interesse público, a questão da previsibilidade nos parece relevante na argumentação do Tribunal Constitucional, que também foi constantemente introduzida nos argumentos de instâncias políticas e judiciais do regime espanhol.

Nesse particular, o conceito de *prudência e diligência* absorve vieses distintos, uma vez que ao cumprir com densos processos de *due diligence* tanto para a aprovação de seus investimentos em comitês internos, quanto para conclusão dos criteriosos procedimentos estabelecidos pelas instituições financeiras para obtenção de financiamento aos seus projetos, os investidores tinham expectativa de que haveria uma estabilidade do marco regulatório espanhol para fomento das energias renováveis se manteria estável. Em outras palavras, não haveria mudanças substanciais que afetassem tão significativamente as receitas futuras dos investimentos.

A posição do Tribunal Constitucional reverberada no Supremo Tribunal Espanhol afirma que um operador econômico ‘prudente e diligente’ verificaria que as condições do sistema elétrico, assim como a necessidade de equilíbrio econômico ensejariam alterações do marco regulatório para a energia renovável.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁸⁰ “No cabe calificar de inesperada la modificación producida, pues la evolución de las circunstancias que afectaban a dicho sector de la economía, hacían necesario acometer ajustes de este marco normativo, como efecto de las difíciles circunstancias del sector en su conjunto y la necesidad de asegurar el necesario equilibrio económico y la adecuada gestión del sistema. No cabe, por tanto, argumentar que la modificación del régimen retributivo que se examina fuera imprevisible para un operador económico prudente y diligente—, atendiendo a las circunstancias económicas y a la insuficiencia de las medidas adoptadas para reducir un déficit persistente y continuamente al alza del sistema eléctrico no suficientemente atajado con disposiciones anteriores”. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 16-17. Registra-se, de outra sorte, a opinião do Magistrado Eduardo Calvo Rojas no voto dissidente da sentença 182/2018 “Así, de ninguna manera resultaba previsible -no desde luego, cuando se realizó la inversión de las instalaciones preexistentes a la reforma, pero ni siquiera en fechas ya próximas a los cambios introducidos en el año 2014- que la modificación materializada y concretada en el Real Decreto 413/2014 (RCL 2014, 807) y la Orden IET/1045/2014 (RCL 2014, 858) iba a suponer una alteración tan radical del sistema específico de retribución a las energías renovables y la cogeneración. Y menos previsible aún que ese desarrollo reglamentario fuese a tener el alcance retrospectivo al que antes me he referido, en el que los nuevos valores y parámetros se proyectan hacia atrás en el tiempo y se aplican a la actividad desarrollada desde el momento inicial de la instalación, de manera que la que había sido una actividad eficiente y bien gestionada -con arreglo a la regulación vigente en cada momento- pudiese dejar de tener esa consideración de manera retrospectiva, por aplicación de la nueva normativa reglamentaria”. ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, p. 1-48, 07 fev. 2018, p. 43-44.

Aduz o Supremo Tribunal Espanhol que, diante de tantas alterações legislativas, um “observador atento às tais modificações” poderia considerar que o sistema de remuneração não iria permanecer imutável durante toda vida útil da instalação.¹⁵⁸¹

No nosso entendimento, a posição do judiciário espanhol desperta certa perplexidade ao não observar os diferentes momentos históricos entre a entrada dos investimentos no território espanhol influenciada pelos incentivos dispostos no RD 661/2007 e o momento em que se efetivaram as principais modificações no marco regulatório (RDL 9/2013).

Além disso, os investimentos foram realizados com base em pareceres e opiniões legais de escritórios de advocacia com reconhecida experiência prática no ordenamento jurídico espanhol como se depreende dos fatos narrados em diversas arbitragens internacionais de investimentos.

Portanto, torna-se mais penoso conceber a ineficiência e despreparo dos investidores conforme aparenta ser a opinião dos tribunais espanhóis. Desse modo, o conceito de prudência e diligência se distingue largamente nesses dois polos, revelando uma necessária revisão dos limites do poder de regular e acepção de estabilidade regulatória.

Em nosso entendimento, o argumento de que o setor elétrico se insere em uma situação extrema de crise econômica, em que não há garantia de consagrar um direito mínimo e, por isso, qualquer ação do governo seria justificável deve ser criticado.¹⁵⁸² O contexto de crise econômica e a justificativa de desequilíbrio entre ingressos e custos que resultaram em um déficit tarifário não podem justificar a aplicabilidade retroativa de medidas que alteram o marco regulatório de modo imediato.

Nesse sentido, os geradores de energia elétrica com uso de fontes renováveis passam a ter que suportar as modificações no marco regulatório, no momento em que decidiram exercer

¹⁵⁸¹ “Las reformas sucedidas en este ámbito sectorial han sido numerosas e importantes, de modo que no podemos considerar, a los efectos de la confianza legítima, que un observador atento de tales modificaciones, como las que se recogen en la exposición de motivos del Real Decreto Ley 9/2013, pueda considerar que el sistema retributivo iba a permanecer inalterable durante la vida útil de la instalación”. ESPAÑA. Tribunal Supremo: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019, p. 8.

¹⁵⁸² Na nossa opinião, caracteriza-se como exemplo do caráter político da decisão o trecho da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol referente aos princípios da segurança jurídica e confiança legítima, revelando que assegurar esses princípios pode se tornar um obstáculo determinante para o exercício do direito potestativo do Estado em legislar: “El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la sobre-retribución— de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los principios invocados por los recurrentes – seguridad jurídica y confianza legítima- puedan constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior”. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 117.

atividade em um setor submetido a intenso risco regulatório. Em outras palavras, estabelece-se uma situação em que os sujeitos estariam submetidos a uma relação de sujeição à Administração Pública que os leva a suportar contínuas alterações legislativas por exercerem atividades econômicas no mercado doméstico a partir da própria concepção de risco regulatório.¹⁵⁸³

Por fim, é preciso ressaltar que as decisões dos tribunais espanhóis repercutiram em todos os investimentos de energia solar, nacionais e estrangeiros, havendo, contudo, uma importante diferenciação. Enquanto os investidores estrangeiros se alicerçaram em instrumentos internacionais para pleitear a competência dos tribunais arbitrais em analisar a possível violação dos seus direitos, os investidores nacionais se viram circunscritos às decisões do Supremo Tribunal Espanhol e do Tribunal Constitucional.¹⁵⁸⁴

Em que pese a posição quase que inexorável do governo espanhol ao longo dos últimos anos, em que se reafirmou sistematicamente o direito de exercer seu poder de regular diante das circunstâncias econômicas, a recente alteração legislativa proposta pelo *Real Decreto-ley* 17/2019 de 22 de novembro de 2019 (RDL 17/2019) deve ser analisada. Trata-se de ato normativo que trouxe novas perspectivas para o horizonte das renováveis, marcado pela necessária reconfiguração da política regulatória neste setor e impactado pela negativa repercussão dos laudos arbitrais internacionais desfavoráveis à Espanha.

6.4 Um novo horizonte para a regulação da energia renovável com o *Real Decreto-ley* 17/2019

¹⁵⁸³ “El Tribunal Supremo ha construido un nuevo principio en el Derecho administrativo económico, el riesgo regulatorio. Se trata de una regla que no cuenta con unos perfiles, características y límites claros y que está siendo utilizado, bajo mi punto de vista, con muy poco rigor técnico-jurídico para justificar y amparar una jurisprudencia de intereses que no respeta reglas y principios constitucionales esenciales a cualquier Estado de Derecho, especialmente, la seguridad jurídica y la irretroactividad de las normas no favorables para los ciudadanos”. ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 65.

¹⁵⁸⁴ “Los inversores españoles no tienen, como es lógico la posibilidad de acudir al mecanismo procesal del arbitraje de inversiones y, por ello, su estrategia ha sido la de interponer recursos contencioso-administrativos contra todas las normas que han ido recortando el régimen especial de incentivos a partir del Real Decreto-ley 6/2009”. ESCUDERO, Manuel López. Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables. In: NANCLARES, José Martín y Pérez de (Dir.). *España y la práctica del Derecho internacional: LXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Colección Escuela Diplomática, p. 223- 265, 2014, p 237.

De especial relevo crítico para a questão da energia renovável foi a revogação do regime de remuneração especial inserido no RD 661/2007 com a incidência de um novo regime aplicável retroativamente às instalações que já se beneficiavam de uma política tarifária vigente no sistema anterior.

Em cenário de alterações político-regulatórias em relação às renováveis, aqueles indivíduos e companhias que haviam realizado vultuosos investimentos neste setor, nomeadamente, os empreendimentos de energia solar, calcularam significativos prejuízos. Com as novas regras sobre o regime de remuneração, o retorno financeiro do capital investido se revelava, a longo-prazo, inferior ao que inicialmente se havia estimado, resultando em um ambiente proliferado de insegurança jurídica e risco regulatório.

Eis, pois, que o panorama atual da legislação sobre o setor elétrico na Espanha se encontra abalizado na *Ley* 24/2013 e no RD 413/2014 que regulamentou a referida lei. A Ordem Ministerial IET/1045/2014, a qual eliminou por completo o regime de remuneração previsto no RD 661/2007 e aprovou os parâmetros para remuneração aplicáveis às ‘instalações-tipo’ é o último ato normativo regulamentar com significativo impacto no âmbito das renováveis até a publicação RDL 17/2019.

Com relação à LSE de 2013, importante se faz observar alguns aspectos críticos acerca desta legislação, com especial apreço à aplicabilidade do princípio da sustentabilidade econômica e financeira do sistema elétrico, o qual aparece como regente das atividades da Administração Pública na Espanha, conforme disposto no artigo 13,¹⁵⁸⁵ além de outros princípios.¹⁵⁸⁶

Aparentemente, os princípios da sustentabilidade econômica e financeira e da “rentabilidade razoável” se tornaram parâmetros para justificar a modificação do sistema de remuneração das renováveis e, na perspectiva do legislador espanhol, permitir que estas fontes de energia permaneçam “protegidas e fomentadas”.¹⁵⁸⁷

¹⁵⁸⁵ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-13645>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

¹⁵⁸⁶ “*La nueva Ley del Sector Eléctrico consagra el principio de sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico presente en la LSE de 1997, el principio de competencia efectiva en el mercado, la ‘rentabilidad razonable’ de la explotación y el concepto de ‘empresa eficiente y bien gestionada’*”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 349.

¹⁵⁸⁷ BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15649>>. Acesso em: 12 set. 2019. Irene Ruiz Olmo destaca que a LSE de 2013 não regulou a reforma necessária para o sistema elétrico que envolve a modificação substancial do modelo desenhado e assegurado por planejamentos exaustivos que permitissem manter a regulação a longo-prazo, propiciando segurança jurídica. Ao contrário, a normativa implementada pela LSE de 2013 representou, na opinião de Irene Ruiz Olmo, um grande retrocesso. RUIZ

Com a aprovação da LSE de 2013, esperava-se por uma reforma mais profunda em relação ao modelo anterior, pela qual se enfrentassem os problemas subjacentes, garantindo um quadro normativo que garantisse estabilidade e rentabilidade dos investimentos em energia renovável a longo-prazo.¹⁵⁸⁸ Todavia, a LSE de 2013 mantém o panorama no seu estágio inicial, mantendo o risco regulatório e arbitrariedade do poder público que conta, segundo observado anteriormente, com o respaldo do Supremo Tribunal.

Nas projeções financeiras realizadas pelos investidores, após tantas alterações normativas e regulatórias, muitos projetos se tornaram economicamente inviáveis, o que sujeitou os investidores à redução praticamente total de seus investimentos e, ainda, renegociação das dívidas e do conjunto de garantias nos financiamentos externos.

Diante das consequências da instabilidade regulatória, os investidores estrangeiros recorreram ao mecanismo de arbitragem internacional de investimentos, cujos procedimentos atualmente se concentram em três tribunais: ICSID, SCC e PCA.¹⁵⁸⁹ Desse modo, a Espanha se consagrou como o Estado receptor de investimentos que responde ao maior número de arbitragens internacionais de investimentos no setor de energia renovável. Estima-se que o volume de compensação já definido nos laudos arbitrais disponíveis tenha alcançado, ao menos, 600 milhões de euros.

De outra sorte, a distorção que este panorama gerou entre a solução conferida aos investidores estrangeiros e aos nacionais apresenta igual relevância. Enquanto os investidores de nacionalidade de um Estado-Parte do ECT se qualificavam para recorrer aos tribunais internacionais de acordo com as definições de investidor e investimento estabelecidas naquele tratado, os investidores nacionais não se qualificavam para as arbitragens investidor-Estado no ECT. Por conseguinte, os investidores espanhóis e investidores de Estados que não fazem parte

OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 315.

¹⁵⁸⁸ “Con la aprobación de la nueva Ley se esperaba una reforma profunda del modelo anterior, y que se enfrentase a los problemas que subyacían. Una regulación que realmente garantizase la estabilidad y rentabilidad de las inversiones en energías renovables a largo plazo. Sin embargo, nos encontramos en la situación inicial, en la que el riesgo regulatorio parece ser una máxima que debe subyacer en las inversiones en renovables. Una regulación que es fruto del arbitrio de los poderes públicos y que cuenta con el respaldo del Tribunal Supremo”. RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España, p. 316.

¹⁵⁸⁹ As arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável se fundamentam na violação dos dispositivos do ECT de 1994, nomeadamente, os direitos previstos no artigo 10 – que consagra o tratamento justo e equitativo- e, no artigo 13 - expropriação. GALÁN VIOQUE, Roberto. El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Org.). *Estudos de Direito da Energia*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 0, p.41-66, 2014, p. 65. Nota de rodapé n. 72.

do ECT se viram obrigados a limitar seus recursos aos tribunais nacionais¹⁵⁹⁰ que lhe negaram violação dos seus direitos ao longo de históricas sentenças, como já demonstrado acima.

No atual panorama regulatório espanhol, discute-se o Plano Nacional Integrado de Energia e Clima (na denominação original, *Plan Nacional Integrado de Energía y Clima - PNIEC*) de 2021-2030 no âmbito do Instituto para a diversificação e Economia Energética, na denominação original “*Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*” (IDAE). Tal plano possui como objetivo a redução de emissão de gases de efeito estufa, participação da energia renovável e eficiência energética.¹⁵⁹¹

De especial relevo é a publicação do RDL 17/2019, o qual acaba por manter a taxa de remuneração para o período entre 2020-2031 em 7,389%, além de regular outros aspectos. A exposição de motivos do RDL 17/2019 permite ressaltar (i) a relação entre transição energética e justiça social, fazendo referência à decisão de encerramento de 14 termelétricas na Espanha. Com isso, o governo espanhol considera necessário observar a repercussão social que tal decisão repercute nos empregos e nas regiões que dependem economicamente destas termelétricas;¹⁵⁹² e (ii) os inúmeros casos pendentes de arbitragem internacional de investimentos que acabaram por afetar a capacidade da Espanha em atrair novos investimentos.

Por essa razão, o RDL 17/2019 reforça a essencialidade que novas medidas sejam adotadas para estabilizar a remuneração de instalações de energia elétrica com uso de fontes renováveis, dissuadir novas arbitragens e, dentro do possível, colocar fim naquelas que estão pendentes.

¹⁵⁹⁰ CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 3.

¹⁵⁹¹ ESPAÑA. *Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*: Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030. Disponível em: <<https://www.idae.es/informacion-y-publicaciones/plan-nacional-integrado-de-energia-y-clima-pniec-2021-2030>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁵⁹² “*de las 14 centrales de carbón existentes en la península, en la actualidad el Ministerio para la Transición Ecológica está tramitando las solicitudes de cierre de 8 de ellas, que dejarán de funcionar antes del 30 de junio de 2020. (...) Por este motivo y ante los inminentes cierres, resulta ineludible la adopción inmediata de una nueva regulación del acceso a la red en los nudos afectados por los cierres de centrales térmicas de carbón y termoneucleares y de las concesiones de uso privativo de aguas tras el cierre de estas instalaciones de generación, para incorporar en su otorgamiento criterios sociales, económicos y medioambientales que permitan, de manera inmediata, la creación de empleo y el desarrollo de territorios con escasas alternativas económicas*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación*. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-16862>>. Acesso em: 23 nov. 2019.

Como principal mecanismo para alcançar este último objetivo, o RDL 17/2019 oferece manter a taxa de “rentabilidade razoável” em 7,398% durante todo período de 2020-2031, criando uma nova terminologia para esta tarifa (‘regime de remuneração excepcional’).

No entanto, para se beneficiar desta taxa, os investidores precisam renunciar aos procedimentos arbitrais internacionais ou se abstenham de iniciar novas arbitragens investidor-Estado. Desse modo, os investidores deverão registrar na Direção Geral de Política Energética e Minas antes do dia 30 de setembro de 2020, a renúncia ao procedimento arbitral, seja referente à continuidade ou requerimento inicial ou, ainda, quanto à percepção do valor da condenação eventualmente determinada pelo tribunal arbitral.¹⁵⁹³

Caso o investidor receba a compensação correspondente no âmbito da arbitragem internacional de investimentos, acordar-se-á a revogação do regime de remuneração excepcional com efeitos desde outubro de 2020. O órgão responsável pelas liquidações deduzirá da remuneração correspondente o valor referente à diferença entre a compensação e o valor atualizado da taxa de “rentabilidade razoável” do regime de remuneração especial para o período regulatório correspondente.

É bem verdade que o RDL 17/2019 apresenta perspectivas interessantes. Por um lado, o seu conteúdo positivo representa a admissão por parte da Espanha de que o histórico de alterações e instabilidades impactou severamente a atração de investimentos. Indiretamente, o governo espanhol acaba por reconhecer, no nosso entendimento, a violação dos direitos dos investidores quando altera a taxa de rentabilidade para o próximo período entre 2020-2031.

Nesse particular, entendemos que o RDL 17/2019 pode ser interpretado por duas óticas. Em primeiro, por parte dos investidores, que poderá juntá-lo como prova de que a Espanha reconhece as violações aos direitos estabelecidos no ECT. No caso da Espanha, que poderá utilizar o RDL 17/2019 como forma de provar o reconhecimento do seu intento em solucionar

¹⁵⁹³ “La medida prevista en el apartado 1 no será de aplicación cuando sobre la rentabilidad de estas instalaciones se inicie o se haya iniciado previamente un procedimiento arbitral o judicial fundado en la modificación del régimen retributivo especial operado con posterioridad al Real Decreto 661/2007 de 25 de mayo, incluyendo las derivadas de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, y de sus normas de desarrollo. No obstante, podrán acogerse al régimen excepcional del apartado 1 de esta disposición las instalaciones antes mencionadas cuando se acredite ante la Dirección General de Política Energética y Minas antes del 30 de septiembre de 2020, la terminación anticipada del procedimiento arbitral o judicial y la renuncia fehaciente a su reinicio o a su continuación, o la renuncia a la percepción de indemnización o compensación que haya sido reconocida como consecuencia de tales procedimientos”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación. Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-16862>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

os cortes tarifários ocasionados pelas múltiplas alterações regulatórias e encontrar uma solução pacífica para as arbitragens internacionais.

Uma perspectiva positiva que nos interessa toca o tratamento igualitário que se produz aos investidores nacionais e estrangeiros que se qualificaram no âmbito do regime do RD 661/2007, já que estes investidores, indistintamente da nacionalidade, poderão receber a remuneração com base na taxa estabelecida no ‘regime de remuneração excepcional’.

Nesse caso, serão igualados os efeitos econômicos entre aqueles que eventualmente receberão a compensação determinada pelos tribunais arbitrais internacionais – os investidores estrangeiros – e os que se submeteram apenas às decisões dos tribunais locais.

Em outras palavras, todos os investidores que se qualificaram para a remuneração do regime especial na data da entrada em vigor do RDL 9/2013, sejam espanhóis ou estrangeiros, poderão se beneficiar da taxa pré-fixada de 7,398% durante o período de 2020-2031.¹⁵⁹⁴

Aos demais investidores que não estavam qualificados para o regime especial, o RDL 17/2019 prevê aplicabilidade da taxa de 7,09% de “rentabilidade razoável” durante o período de 2020-2031. Desse modo, vigerão dois sistemas de remuneração: o regime de remuneração excepcional com a taxa de 7,398% e o regime de remuneração com a taxa de 7,09%.

Do ponto de vista dos investidores estrangeiros que iniciaram o procedimento arbitral, o prospectivo impacto do RDL 17/2019 se caracteriza como incerto. Isto porque, a alegação principal na arbitragem se baseava justamente na substituição de um regime de *feed-in tariff* com direito a prêmios pela taxa de ‘rentabilidade razoável’ de 7,398% calculada com base nos parâmetros da Ordem Ministerial IET/1045/2014, a qual ainda está sujeita a futuras revisões.¹⁵⁹⁵

Em outras palavras, aceitar a taxa de 7,398% poderá, ainda, ser economicamente desfavorável com relação à remuneração anteriormente prevista, ao capital investido e ao retorno esperado, mesmo que diante da promessa do governo espanhol em manter a estabilidade desta taxa para um período de 12 anos.

Não podemos deixar de salientar que a evolução das decisões arbitrais no âmbito do ICSID se mostrou favorável aos investidores, ressaltando precedentes especialmente positivos

¹⁵⁹⁴ “Excepcionalmente, para las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos que tuvieran reconocida retribución primada a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013(...)”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación.* Disponível em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-16862>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

¹⁵⁹⁵ Ressalta-se que os cálculos para determinar a liquidação dos seus investimentos se baseava na imposição pelo governo espanhol da 7,398% para o período 2013-2019, a qual poderia ser revisada para os períodos seguintes, justamente um dos principais objetos das arbitragens internacionais de investimentos.

como foi o caso de *Eiser Infrastructure Ltd* e *NextEra Energy Global Holdings B.V.*, o que acaba por reduzir o impacto do esforço do governo espanhol na proposta oferecida pelo RDL 17/2019.

É bem verdade que a alteração da taxa introduzida por este decreto acaba por surtir mais efeitos nos casos de investidores que malograram nas arbitragens de investimentos, como ocorreu com *Charanne B.V.* e *Construction Investments S.A.R.L.* e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.* ou, ainda, para os investidores de nacionalidade espanhola.

De todo modo, em nossa opinião, o RDL 17/2019 se demonstra como exemplo do reconhecimento da instabilidade jurídica gerada pela alteração do marco regulatório mal planejada no setor da energia renovável.

Os efeitos prejudiciais de um marco regulatório nacional instável repercutem em duas esferas: (i) no mecanismo de solução de controvérsias, já que os investidores iniciaram procedimentos arbitrais para garantir a proteção dos investimentos estrangeiros; e (ii) no processo de formação dos contratos internacionais de investimentos, que se tornam mais complexos para responder aos riscos regulatórios.

Destarte, é necessário analisar a relação entre os contratos internacionais de investimentos, a estabilidade do marco regulatório nacional e a complexidade contratual envolvendo os investimentos estrangeiros em energia renovável.

7 OS CONTRATOS INTERNACIONAIS COMO ALTERNATIVA À INSTABILIDADE REGULATÓRIA NA ENERGIA RENOVÁVEL

No Direito Internacional dos Investimentos, como afirma Sornarajah, a proteção contratual dos investimentos estrangeiros foi precursora daquela prevista nos acordos internacionais de investimentos, posto que muitas técnicas já previstas em contratos foram transferidas para a formação dos acordos internacionais. Por essa razão, destaca-se que a proteção internacional dos investimentos também pode se encontrar inserida no âmbito dos contratos, não se condensando apenas em princípios internacionais previstos em tratados ou nas arbitragens de investimentos.¹⁵⁹⁶

Como se esclarece na contribuição de Jeswald Salacuse, a formação e evolução dos contratos internacionais acabou por se tornar um mecanismo de proteção dos investidores estrangeiros em relação às variações do marco regulatório nacional como decorrência do exercício do poder de regular dos Estados.¹⁵⁹⁷

Não se trata apenas dos contratos de investimentos na sua acepção mais restrita, sendo aqueles celebrados entre Estados hospedeiros e investidores. Por certo, os contratos de investimentos, na sua concepção mais abrangente,¹⁵⁹⁸ representando “todos os tipos de contratos necessários à concretização do investimento estrangeiro no território de determinado Estado”¹⁵⁹⁹ podem se caracterizar como mecanismos de estratégia dos investidores em relação à instabilidade regulatória.

¹⁵⁹⁶ Sornarajah argumenta que o Direito Internacional dos Investimentos rege os contratos de investimentos isolando-os da lei interna dos Estados e submetendo-os ao mecanismo de solução de controvérsias de tribunais arbitrais internacionais. SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 86.

¹⁵⁹⁷ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 167.

¹⁵⁹⁸ “Em sentido estrito, os contratos de investimentos englobam todos os contratos firmados entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro”. CASTRO, Emília Lana de Freitas. *O direito internacional dos investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 30. José Augusto Fontoura Costa acrescenta que “muitos dos investimentos estrangeiros consubstanciam-se mediante a celebração de contratos internacionais, dos quais os que têm o Estado em um dos polos é bastante frequente, particularmente no campo dos investimentos na exploração de recursos naturais e para a oferta de serviços públicos”. Nesse sentido, COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 115-116.

¹⁵⁹⁹ Emília Lana de Freitas Castro enumera “como é o caso, por exemplo, dos contratos formadores das *joint ventures*”. CASTRO, Emília Lana de Freitas. *O direito internacional dos investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 30. Em outro momento, Emília Lana de Freitas Castro enumera os contratos de investimento celebrados com os Estados: “parcerias público-privadas; *build-operate-transfers* (BOT); contratos de desenvolvimento econômico; contratos de serviço; contratos de concessão; contratos de *joint venture*”. CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos

Esta é uma das estratégias que podem ser utilizadas para que o investidor estrangeiro intente se blindar de possíveis alterações no marco regulatório que foi utilizado como base para a decisão do investidor em realizar seu investimento naquele Estado hospedeiro.

Existem mecanismos no âmbito da própria negociação dos acordos internacionais de investimentos protagonizada por Estados exportadores de capital que buscam introduzir limitações ao poder de regular dos Estados hospedeiros como, por exemplo, regras de padrão de tratamento justo e equitativo.¹⁶⁰⁰

Nos interessa, nesse particular, os mecanismos de proteção contratual, que se tornaram cada vez mais frequente na formação de uma estrutura complexa para que se preveja todas as possíveis contingências que repercutam no risco de execução do projeto de energia renovável e cumprimento das obrigações contratuais. Dentre tais contingências, é possível identificar uma preocupação com as modificações nas leis do Estado receptor dos investimentos (*change in laws*) que podem derivar de múltiplos fatores políticos, econômicos e sociais.¹⁶⁰¹

Por certo, as mudanças no ordenamento jurídico do Estado hospedeiro fazem parte do próprio *doing business* dos investidores. Como decorrência desse intrínseco aspecto dos investimentos estrangeiros, é preciso mitigar os riscos que a alteração do marco regulatório pelo exercício do poder de regular reflete na viabilidade econômica dos investimentos e, dentre essas medidas, os investidores podem utilizar os contratos internacionais.

Na indústria energética moderna, praticamente todas as transações de investimentos são concretizadas por meio de contratos internacionais e,¹⁶⁰² assim, os contratos¹⁶⁰³ assumem papel

de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 99-114, 2014, p. 103.

¹⁶⁰⁰ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 167.

¹⁶⁰¹ Jeswald Salacuse elenca alguns dos fatores políticos, econômicos e sociais como “*financial and political crises*”, “*changes in government or prevailing ideology*”, “*perceived economic and political necessity*”, “*governmental desire to improve the investment bargain*” e “*the advancement of public welfare*”. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 167.

¹⁶⁰² Nesse sentido, COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 115.

¹⁶⁰³ Não obstante o relevante papel do contrato no âmbito universal, os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law* não dispõem, ainda, de uma concepção uníssona de “contrato”. Do mesmo modo, os regimes jurídicos divergem sobre os aspectos inerentes ao contrato tais como: elementos constitutivos, forma, mútuo consentimento, entre outros. No sistema de *common law*, “*a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.*” DANIEL KRON, ESQ. *Restatement (Second) of Contracts*. Disponível em: <<https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019. Por outro lado, “nos sistemas romano-germânicos, o contrato constitui essencialmente um *acordo de vontades*, ou uma troca de consentimentos, tendente a coordenar interesses contrapostos”. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 37. No direito brasileiro, Anderson Schreiber define o contrato como “*acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir obrigações*”. SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação,

fundamental no estabelecimento dos investimentos estrangeiros. Aqueles relacionados aos investimentos, na sua acepção mais abrangente¹⁶⁰⁴ ganham ainda maior destaque nas transações que envolvem energia. De maneira não diferente ocorre com o setor de renováveis, que demanda dos investidores a celebração de tipos contratuais distintos para assegurar, principalmente, segurança jurídica em um setor em desenvolvimento.

É possível afirmar, ainda, que se herdou um quadro jurídico contratual bastante complexo, originalmente desenhado para projetos de geração energética com uso de fontes tradicionais, caracterizado pela necessidade de se alocar expressivos volumes de capital em transações que estenderão seu retorno a longo prazo.¹⁶⁰⁵

Recorda-se que os contratos de longa duração são comumente associados a riscos de várias ordens, que são (i) saúde financeira das partes; (ii) modificação das condições de mercado; (iii) flutuação do preço; (iv) risco político ou, ainda, (v) mudança no marco regulatório.¹⁶⁰⁶ E, com isso, como as partes assumem maior risco na relação contratual, buscam estabelecer mecanismos específicos para mitigá-los.

Nesse cenário, nos interessa os contratos de investimentos relacionados ao setor elétrico combinado à energia renovável cuja análise se dará sob uma ótica específica em face da instabilidade regulatória que pode alterar, entre as mais diversas circunstâncias, o regime de remuneração de projetos de energia renovável que se encontravam em vigor à época do estabelecimento do investimento estrangeiro no território do Estado hospedeiro.

Preocupamo-nos, portanto, em examinar os mecanismos contratuais que assumiram relevância para o setor de renováveis na cadeia de geração de energia elétrica e adquiriram determinada complexidade como resposta à instabilidade do marco regulatório.

2018, p. 393. Do mesmo modo, salienta Marco Aurélio Bezerra de Melo que “o contrato pode constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2a ed. rev. atual e ampl., 2018, p. 17.

¹⁶⁰⁴ “Em sentido estrito, os contratos de investimentos englobam todos os contratos firmados entre o Estado hospedeiro e o investidor estrangeiro”. CASTRO, Emília Lana de Freitas. *O direito internacional dos investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 30. “muitos dos investimentos estrangeiros consubstanciam-se mediante a celebração de contratos internacionais, dos quais os que têm o Estado em um dos polos é bastante frequente, particularmente no campo dos investimentos na exploração de recursos naturais e para a oferta de serviços públicos”. Nesse sentido, COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 115-116.

¹⁶⁰⁵ INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Contractual Documentation for Renewable Energy Projects*. Disponível em: <<https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/Events/2019/Sep/Colombia/Presentation-on-renewable-energy-PPA-design-and-documentation-standardisation-Serkan-Ata-IRENA.PDF?la=en&hash=592F1BE307F4A231B74EB1C9EA59B48D9B564785>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

¹⁶⁰⁶ MISTELIS, Loukas. Contractual Mechanisms for Stability in Energy Contracts. In: SCHERER, Maxi. *International Arbitration in the Energy Sector*. Oxford: Oxford University Press, p. 153-174, 2018, p.

Assim, não se trata de pormenorizar todos os tipos contratuais que formam a transação de um projeto envolvendo energia renovável. O objetivo é abordar instrumentos contratuais comumente celebrados no âmbito da realização de investimentos no setor centrado no aspecto da sua complexidade, não se objetivando uma descrição detalhada dos contratos de investimentos em sua acepção estrita, celebrados com o Estado hospedeiro.

Deve-se observar, nesse ínterim, que as relações contratuais que se estabelecem no seio das transações para desenvolvimento de empreendimentos de energia renovável são das mais amplas naturezas e sujeitos. Nesse sentido, constituem relações puramente privadas, entre investidores ou, entre estes e instituições financeiras, entre outras.

No âmbito dos empreendimentos de energia renovável, os principais investidores privados englobam pessoas jurídicas de médio a grande porte e, principalmente, transnacionais. Desse modo, pessoas físicas estão regularmente presentes como acionistas de empresas, participando raramente como investidores sem intermédio de uma pessoa jurídica,¹⁶⁰⁷ ou, ainda, utilizando fonte renováveis para geração de energia elétrica em sistemas individuais para consumo próprio. No caso dos combustíveis fósseis, a indústria energética ainda se encontra dominado pelas principais *international oil companies*¹⁶⁰⁸ e empresas estatais,¹⁶⁰⁹ que desempenham um papel destacado neste setor.

No âmbito da energia renovável, verifica-se uma participação das empresas estatais especialmente no que toca o desenvolvimento das fontes alternativas para celebração de contratos de compra de energia elétrica¹⁶¹⁰ e pessoas privadas que se concentram nas atividades de geração e comercialização de energia elétrica.

De outra sorte, a participação de investidores estrangeiros no setor de energia renovável se caracteriza como essencial para concretização dos empreendimentos e expansão deste setor não somente no Brasil, como também em outros países, a exemplo do que ocorreu na Espanha. Nesse último caso, identifica-se a presença de investidores de nacionalidade espanhola, assim como estrangeiros que investiram no setor de energia renovável.

¹⁶⁰⁷ BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 2.

¹⁶⁰⁸ “*British Petroleum, ExxonMobil, EDF and E.ON*”. BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 3.

¹⁶⁰⁹ “*Petrobras (Brazil), Gazprom (Russia) and Pemex (Mexico)*”. BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012, p. 3.

¹⁶¹⁰ Nesse particular, registra-se a participação da ELETROBRÁS, obrigada a contratar, no âmbito do Programa denominado PREÓLICA, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, energia elétrica proveniente de fonte eólica.

Para estabelecimento dos investimentos, acreditamos que são analisadas não somente as regras de proteção internacional dos investimentos estrangeiros, nomeadamente, a viabilidade de se exigir aplicabilidade dos princípios fundamentais de tratamento nacional, padrão de tratamento justo e equitativo e cláusula da nação mais favorecida, mas principalmente, o marco regulatório nacional.

Em outras palavras, no processo de tomada de decisão do investimento, os investidores estrangeiros e os terceiros interessados se alicerçam fundamentalmente na análise da estabilidade do marco regulatório nacional e no histórico de alterações regulatórias que possam afetar o investimento ao longo de sua vida útil.

Por conseguinte, o quadro regulatório acaba por afetar, em diferentes circunstâncias, as premissas de negociação e, especialmente, influenciam na redação das cláusulas contratuais, conferindo maior complexidade contratual e refletindo nos aspectos econômicos da transação.

Como resultado, é incontestado o protagonismo desempenhado pelo marco regulatório nacional, refletindo a sua estabilidade no âmbito dos contratos internacionais celebrados para concretizar os investimentos estrangeiros em energia. Nesse contexto, podemos entender que o marco regulatório nacional constitui elemento chave para o desenvolvimento da energia renovável,¹⁶¹¹ mas acaba também por se tornar elemento influenciador na formação dos contratos internacionais.

Destaca-se, ainda, a relevância da teoria de Jeswald Salacuse, em que se constrói na esfera contratual, no âmbito da relação investidor-Estado ou entre investidores, um dos três marcos do Direito Internacional dos Investimentos, além do Direito Interno e do Direito Internacional.¹⁶¹²

Como tais estruturas - nacional, contratual e internacional - interagem entre si e constroem um quadro jurídico complexo em torno da gestão e proteção dos investimentos estrangeiros, é preciso também compreender o conteúdo contratual, o qual se torna influenciável pelas regras locais e pelos direitos dos investidores protegidos no âmbito do

¹⁶¹¹ Há, contudo, posicionamento doutrinário distinto que merece ser analisado para contestação da hipótese aqui proposta. Do seu ponto de vista como economista, José Ignacio Plaza defende que a atribuição à regulação de todo êxito ou fracasso para o esforço de atração de capital privada no setor da energia renovável constitui um mito. PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012, p. 23.

¹⁶¹² SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. vii.

Direito Internacional.¹⁶¹³

Criou-se, portanto, um panorama complexo para os investimentos estrangeiros em energia renovável, em que a complexidade se reflete na estrutura contratual em diversas esferas, sendo necessário que se submeta à análise crítica para a efetiva compreensão dos desafios jurídicos à energia renovável.

7.1 Os principais contratos relativos aos investimentos estrangeiros em energia renovável

No âmbito da energia renovável, alguns contratos se caracterizam como elementares para concretização de tais empreendimentos e devem ser analisados à luz da característica fundamental da complexidade. Além disso, como as fontes renováveis estão, mais frequentemente, inseridas no escopo da geração de energia elétrica, uma das preocupações primordiais dos investidores estrangeiros na construção de novos empreendimentos e na aquisição dos já existentes, se insere no âmbito da remuneração da energia elétrica.

Desse modo, a tarifa se consolida como fator elementar para avaliar a viabilidade econômica do projeto, aspecto esse não somente inserido no âmbito de análise do investidor que se estabelecerá no território do Estado hospedeiro, mas também no escopo da avaliação da instituição financeira que concederá o crédito.

Nesse sentido, os contratos internacionais que asseguram a remuneração da tarifa da energia elétrica a longo-prazo se tornam instrumentos essenciais em diferentes perspectivas, além de se conformar como um mecanismo contratual para proteger o investidor estrangeiro de uma possível alteração no marco regulatório para a energia renovável.

Nesse sentido, os contratos internacionais para compra de energia elétrica assumem um papel de garantia alternativa à estabilidade da remuneração a ser inserida no marco regulatório para promoção das fontes renováveis. Permite-se que os investidores mantenham a estabilidade da tarifa a ser recebida por meio de um instrumento contratual, ao invés da sua inserção na própria regulação.

Não quer dizer, todavia, que os contratos de compra da energia elétrica se encontrem imunes ao exercício do poder de regular, já que tais contratos também pode ser objeto de alterações dos Estados hospedeiros. Nesse cenário, também compreendemos pela relevância

¹⁶¹³ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. vii.

em analisar como a proteção do investimento pode ser garantida no âmbito das alterações em tais contratos.

Em outras palavras, é preciso avaliar se os contratos de compra de energia elétrica podem ser caracterizados como investimentos no âmbito da definição de investimentos em determinado acordo internacional. Nesse particular, avaliamos a caracterização do contrato de compra de energia elétrica em face da definição de investimento do ECT, analisado pelo tribunal arbitral de *Electrabel S.A. v. Hungria*, em que *Electrabel S.A.*, uma empresa geradora de energia elétrica, celebrou tal contrato com uma empresa pública húngara.¹⁶¹⁴

A concretização de empreendimentos de energia renovável requer combinação de diferentes fatores como (i) a disponibilidade de recursos financeiros; (ii) o avanço tecnológico;¹⁶¹⁵ (iii) a necessária proteção do meio ambiente; e (iv) as diferentes preferências sociais.¹⁶¹⁶ Desse modo, a disponibilidade de capital representa um desafio frequente para evolução dos projetos de energia renovável,¹⁶¹⁷ dado o alto custo do investimento.

Portanto, alguns tipos contratuais foram desenvolvidos como instrumentos especificamente direcionados para gerenciar os riscos de oscilação do mercado, as peculiaridades da transação e a dimensão do projeto. Por conseguinte, entendemos pela relevância em analisar a celebração de contratos de compra e venda de energia elétrica, que fixam tarifas a longo prazo e asseguram, de certo modo, um retorno econômico inicialmente estimado pelo investidor na realização do seu investimento.

7.1.1 Contratos de compra de energia elétrica

¹⁶¹⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Electrabel S.A. v. Hungary*. ICSID Case n. ARB/07/19, Final Award, 25 Nov 2007. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/19>>. Acesso em: 20 fev. 2020. § 2.4.

¹⁶¹⁵ “*Advances in Technology*’ will also contribute to change in energy law. Advances in the technology for wind turbines and solar energy are having a major effect in many countries. This has resulted in many countries changing their energy law in part to capture these technological benefits from more efficient technology—Denmark and Germany are good examples of this”. HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 197.

¹⁶¹⁶ “*A final related driver of change in energy law is ‘Societal Preferences’*. Different countries have different societal structures which contribute in part to different societal preferences. In many cases, this emanates from how the culture has developed over time”. HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 197.

¹⁶¹⁷ HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 197.

A longa duração dos projetos de energia renovável supera os mandatos políticos e, muitas vezes, transborda as premissas econômicas inicialmente concebidas para estruturar a regulação que buscou atrair investimentos para o setor.¹⁶¹⁸ Nesse cenário, os contratos de compra de energia elétrica, no original, denominados *power purchase agreement* (PPA) são comumente celebrados no setor elétrico com objetivo de mitigar os variados riscos atrelados aos projetos de geração de energia elétrica, compreendendo não apenas a possível alteração do marco regulatório, como também a variações do preço da tarifa no mercado.¹⁶¹⁹

Em tais contratos, prevê-se a obrigação de uma das partes em comprar a energia elétrica produzida pela outra parte a certa tarifa fixada pelo prazo determinado na vigência contratual.¹⁶²⁰ Segundo Peter Cameron, é frequente que os investidores e companhias de serviços públicos (*off-taker*) celebrem os PPAs para negociar a compra e venda de energia elétrica, determinando o volume e o preço da eletricidade a ser adquirida durante a vida útil da planta de geração de energia elétrica.

No direito brasileiro, tais contratos resultam usualmente de leilões de energia elétrica promovidos pela ANEEL. No âmbito do PROINFA, por exemplo, parte inicial do programa determinava que os PPAs seriam celebrados por determinado prazo. Nesse contexto, foi possível garantir a tarifa da energia elétrica, conforme resultado do procedimento de leilão, estabelecendo que a ELETROBRÁS comprará a energia elétrica pelo prazo do contrato.¹⁶²¹ Nos parques de energia solar Ituverava, Nova Olina e Pirapora, PPAs também foram celebrados para garantir a remuneração da energia elétrica a ser produzida.

Outro aspecto relacionado aos PPAs se relaciona com a instrumentalização desse contrato no âmbito do *project finance*. Assim, nas transações de financiamento dos projetos de geração de energia elétrica é frequente que os investidores celebrem PPAs e, com isso, o fluxo de pagamento ao investidor no âmbito do PPA será destinado como recurso financeiro para pagamento do financiamento com uma instituição financeira. Os pagamentos no âmbito do PPA

¹⁶¹⁸ “Renewable energy projects typically involve an initial high investment followed by long-term benefits from lower fuel and operating costs, which is incongruous to most investors’ preference for short payback periods”. WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 382.

¹⁶¹⁹ “In a power project, a power sales agreement, or power purchase agreement as the purchaser calls it, is the linchpin of an energy project financing”. HOFFMAN, Scott. L. *The Law and Business of International Project Finance*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2008, p. 223.

¹⁶²⁰ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 49.

¹⁶²¹ O preço era estabelecido pelo Poder Executivo na Portaria do MME nº 45, de 30 de março de 2004.

poderão, outrossim, servir para cobrir os custos operacionais e garantir lucro aos acionistas pelo investimento realizado.

Desse modo, o PPA possui uma dupla finalidade, caracterizado como instrumento financeiro e operacional,¹⁶²² cuja premissa também se aplica às transações no âmbito da indústria de energia renovável.

No âmbito do aspecto financeiro, o PPA assume um caráter de mitigação do risco de instabilidade regulatória do Estado onde será instalada a planta de geração de energia elétrica. Na decisão do caso *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Espanha*, afirma-se que o PPA é um contrato celebrado entre investidores e autoridades estatais no âmbito dos projetos de geração de energia elétrica em que o preço e as condições operacionais passam a ter garantia contratual.¹⁶²³

Nesse particular, é importante fazer uma referência à classificação dos PPAs, que se divide em PPA físico ou PPA financeiro. No PPA físico, uma das partes, geralmente uma concessionária de energia elétrica, se compromete a comprar a energia elétrica a um preço pré-fixado da geradora de eletricidade, garantindo a opção de entrega. No PPA financeiro, que inclui o PPA corporativo, a parte concorda em comprar a energia elétrica a um preço pré-determinado, porém sem a opção de entrega. A planta geradora de energia elétrica vende a eletricidade no mercado e a diferença entre o preço do mercado e aquele acordado contratualmente é ajustado, posteriormente, entre as partes.¹⁶²⁴

Em que pese o fato de ser um instrumento contratual cujos termos podem diferir bastante, o PPA físico se tornou frequente em uma estrutura de mercado regulado e competitivo

¹⁶²² HOFFMAN, Scott. L. *The Law and Business of International Project Finance*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2008, p. 223.

¹⁶²³ “Finally, it should be emphasized, as noted above, that no contract existed between Spain and the Andasol 3 Plant, governing the Plant’s provision of electricity to state entities controlling the national grid. Such a contract, generally known as a Power Purchase Agreement (“PPA”), is not uncommon in power projects like the one in the present case PPAs between a foreign-financed power project and a state entity normally stipulate in specific terms the pricing and operational conditions for the provision of power to the national grid and also the processes to be followed to change those pricing and operational conditions during the life of the PPA. The purpose of such PPAs from the investor’s point of view is to reduce the regulatory risk that the investor would otherwise bear. Knowing that they do not have a PPA for protection and that such agreements are not uncommon in the power sector, reasonable investors would not have had expectations, as they might have had with a PPA, that Spain’s regulatory regime was immutable. Governments not only create expectations by the actions they take but also by the action they do not take”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020, §307.

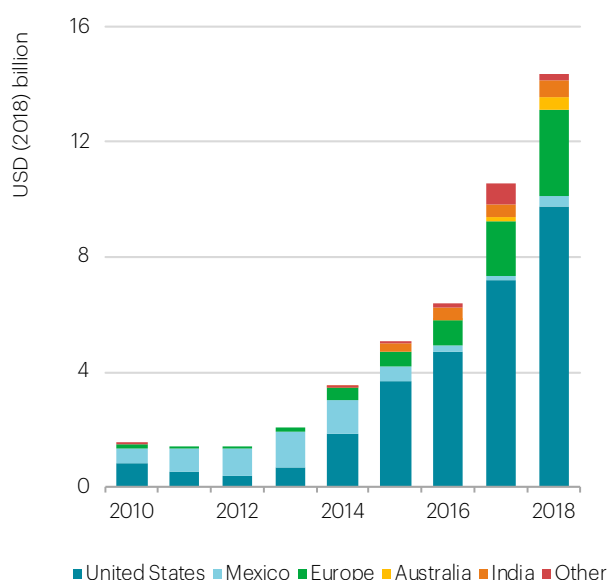
¹⁶²⁴ O PPA financeiro é comumente utilizado nos Estados Unidos, Europa e em outros países. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 138.

e na indústria de energia gerada com fontes renováveis. Em linhas gerais, trata-se de um contrato de longo-prazo, o qual costuma ter prazo determinado de 10, 20 ou 25 anos para plantas que produzem energia elétrica com uso de fontes renováveis.¹⁶²⁵

É preciso ressaltar que há, também, os PPAs corporativos, em que uma empresa compra eletricidade diretamente da planta geradora de energia elétrica de energia renovável. Esses tipos de PPAs cresceram em regiões como Estados Unidos e Europa, sendo que nos Estados Unidos, há incentivos fiscais fomentando o uso de fontes renováveis por meio de PPAs corporativos.

A IEA registra o crescente fluxo de investimentos com uso de tais contratos, registrando a concentração dos mesmos nas diferentes regiões que contam com importantes projetos de energia renovável (Figura 14).

Figura 14 - Investimento em energia renovável baseado em PPAs corporativos



Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY.¹⁶²⁶

Existem, ainda, outros instrumentos contratuais e financeiros utilizados para gerenciar o risco de mercado no setor de renováveis.¹⁶²⁷ Desse modo, associa-se aos PPAs outras formas de proteção como, por exemplo, seguros e financiamentos externos contratados com

¹⁶²⁵ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 138.

¹⁶²⁶ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 17 jun. 2019, p. 141.

¹⁶²⁷ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 138.

instituições financeiras internacionais,¹⁶²⁸ além de *proxy revenue swap*,¹⁶²⁹ *forward contracts*,¹⁶³⁰ e *financial hedge*.¹⁶³¹ Tais instrumentos financeiros são adotados para proteção do investidor face o risco de mercado e do marco regulatório do Estado hospedeiro.¹⁶³²

Contudo, são estruturas transacionais complexas, implicando em maiores riscos absorvidos nas transações. Quanto maior a complexidade da estrutura, maior a assunção de risco e maior o custo transacional. Assim, os PPAs se tornaram instrumentos dotados de alta complexidade contratual, dado que os investidores os utilizam como mecanismo de proteção dos riscos de alteração do marco regulatório no setor energético.

Mesmo com contratos pré-fixando tarifas, os projetos podem estar expostos a riscos atrelados à diferença de preço entre o momento da liquidação e o preço determinado inicialmente ou, ainda, quando o total da receita da planta resulta diferente do preço contratualmente determinado.¹⁶³³ Além disso, há ainda o risco de alteração contratual ou da regulação aplicável ao PPA pela autoridade estatal do Estado hospedeiro.

De todo modo, podemos identificar um interesse crescente dos investidores privados em criar estruturas contratuais e financeiras capazes de mitigar os riscos dos projetos no setor de energia e, particularmente, em energia renovável. Os PPAs costumam garantir a remuneração da energia elétrica caso a caso, substituindo o regime de remuneração estabelecido na legislação e aplicável a um grupo de investidores.

¹⁶²⁸ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 49.

¹⁶²⁹ “a bilateral financial contract where a counterparty (e.g. insurance company) provides a hedge against variable project revenues from uncertain production volume, timing of generation and electricity prices. 5-10 year swaps have been used in the United States and Australia”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 138.

¹⁶³⁰ “standardized financial contracts for electricity traded on market exchanges for settlement at a future date, involving fewer transaction costs than bilateral options. Where available, electricity forward contracts are traded liquidly usually only 1-2 years ahead, but other commodities (e.g. gas) have liquidity further into the future”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 138.

¹⁶³¹ “a bilateral financial contract where a counterparty (often a bank) provides fixed payments in exchange for a variable power price based on a pre-determined settlement point. Bank hedges of up to 12-13 years have been used in the United States”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 138.

¹⁶³² “Other bilateral options have garnered interest. Bank hedges were used in a quarter of 2018 US wind installations, enabling projects to manage price risks from selling output in wholesale markets and complementing the production tax credit (available to projects for 10 years). In Australia, a solar PV project reached financial close in 2018 based on a proxy revenue swap with an insurance company. Use of exchange-traded forward contracts is currently more limited. In European markets, futures only allow for baseload power price hedging (currently at EUR 30-50 [EUR]/megawatt hour for 2023-24), and liquidity is limited more than 2 years out”. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 147.

¹⁶³³ INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 18 jun. 2019, p. 147.

Na Espanha, por exemplo, optou-se por estabelecer a remuneração no âmbito do marco regulatório que implementou o regime remuneratório da energia elétrica a ser produzida com uso de fontes renováveis.

Assim, o método utilizado pelo governo espanhol para atrair os investidores para o setor de energia renovável foi determinado pelas especificidades econômicas estabelecidas na regulação e, principalmente, a garantia de estabilidade inserida no RD 661/2007 e nos documentos emitidos pelas autoridades governamentais.

Sendo assim, a regulação determinava os parâmetros da tarifa aplicável à energia elétrica produzida com uso de fontes renováveis, a qual se caracterizava como mais benéfica do que a eletricidade produzida com fontes tradicionais de energia. E, com isso, não há registros de celebração de PPAs pelas empresas geradoras de energia elétrica com uso de fontes renováveis e autoridades públicas espanholas.

Na decisão do caso *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Espanha*, ressalta-se o posicionamento da Espanha em relação aos PPAs.

Sabendo que eles [investidores] não possuem um PPA para proteção e que tais acordos não são incomuns no setor de energia, os investidores prudentes não teriam expectativas, como poderiam ter tido com um PPA, de que o regime regulatório da Espanha era imutável. O governo não apenas criou expectativa legítima com suas medidas, mas também pelas medidas que não foram adotadas¹⁶³⁴

Por outro lado, no Brasil, podemos dizer que o uso dos PPAs se encontra cada vez mais frequente nos leilões de energia elétrica promovidos pela ANEEL. No Brasil, o Leilão nº 3/2019 para compra de energia elétrica gerada por empreendimentos com uso de fontes renováveis foi realizado, gerando a celebração de contratos de comercialização de energia elétrica com prazo de 20 anos.¹⁶³⁵ Posteriormente, outros leilões foram realizados para estabelecer a compra de energia elétrica com uso de fontes renováveis por meio de PPAs.

Desse modo, parece-nos que a tendência, no direito brasileiro, é priorizar o mecanismo de fixação de tarifas por meio da celebração de instrumentos contratuais ao invés de se

¹⁶³⁴ “Finally, it should be emphasized, as noted above, that no contract existed between Spain and the Andasol 3 Plant, governing the Plant’s provision of electricity to state entities controlling the national grid”. O tribunal de *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Espanha* analisou, ainda, que “Knowing that they [investors] do not have a PPA for protection and that such agreements are not uncommon in the power sector, reasonable investors would not have had expectations, as they might have had with a PPA, that Spain’s regulatory regime was immutable. Governments not only create expectations by the actions they take but also by the action they do not take”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §307.

¹⁶³⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 03/2019-ANEEL*. Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_leilao_03-2019_aneel_A-4_29len.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019. p. 3.

determinar a remuneração na própria regulação do setor elétrico, a exemplo do que ocorreu na Espanha.

Outro aspecto relevante em relação aos PPAs compreende a sua complexidade contratual. Frequentemente, os contratos apresentam cláusulas mais detalhadas que buscam mitigar a instabilidade regulatória do Estado onde se estabelecerá o empreendimento. Parece-nos, assim, que a complexidade contratual vem se conformando em um dos principais desafios dos investimentos estrangeiros para concretização de projetos de geração elétrica com uso de fontes renováveis.

Além dos contratos de compra de energia elétrica, os financiamentos estruturados para projetos de alta complexidade desempenham papel fundamental para viabilização de capital externo aos investidores que necessitam construir plantas de geração de energia elétrica, em especial, com uso de fontes renováveis.

Igualmente como os PPAs assumiram relevância nas transações de energia renovável, o financiamento externo desempenha papel central na concretização dos projetos de energia renovável, posto que os investidores dependem da obtenção de crédito disponibilizados por instituições financeiras para concretizar o seu investimento. Analisa-se, portanto, a relevância dos contratos de financiamentos internacionais para os projetos de energia renovável e os impactos que a sofisticação destes instrumentos resultaram para a concretização das estruturas financeiras dos novos projetos.

7.1.2 Os contratos internacionais de financiamento de projetos

Diversos são os desafios envolvendo os investimentos estrangeiros em energia renovável, especialmente, aqueles relacionados à infraestrutura, responsabilidade do Estado, riscos políticos e financeiros. Eis, pois, que um dos elementos para concretização do empreendimento de energia renovável depende da alocação de capital que permite viabilizar o processo de transição energética e a promoção do desenvolvimento sustentável.

Diante das particularidades dos projetos de energia renovável, uma das mais relevantes se relaciona à construção e operação de uma planta de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis. Trata-se de projetos de grande magnitude que apresentam alguns obstáculos estruturais, tal como a escassez de recursos suficientes para serem alocados na construção do novo empreendimento. Nesse cenário, os investidores acabam por recorrer às instituições financeiras para obter financiamento externo para execução dos projetos.

Uma das estruturas contratuais necessárias para permitir que os investidores obtenham os recursos necessários para concretização dos projetos de energia renovável compreende o financiamento estruturado de projetos (*project finance*).

De modo geral, as transações de *project finance* apresentam multifacetados desafios envolvendo uma diversidade de atores com influência de aspectos político-regulatórios que tornam o ambiente transacional mais difícil. A formação contratual é complexa, razão pela qual as negociações podem se alongar “por meses ou até anos, envolvendo partes de dois ou mais países e locais diversos”,¹⁶³⁶ exigindo a combinação de conhecimentos de diferentes áreas (financeira, jurídica e operacional).¹⁶³⁷

As transações de *project finance* envolvem uma teia de contratos que se interligam diante das características desafiadoras dos projetos que, normalmente, são empreendimentos que ainda serão construídos. Em razão destas particularidades, os instrumentos contratuais se desenvolveram para agregar os aspectos técnicos¹⁶³⁸ e prever uma diversidade de garantias,¹⁶³⁹ o que asseguraria segurança jurídica e permitiria a renegociação entre as partes em tempos de crise.¹⁶⁴⁰

¹⁶³⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 251-282, 2002, p. 260.

¹⁶³⁷ “*project finance lawyers must assess not only the legal, but also the economic, technical and political risks presented by each project and draw on experience to help the parties reach a workable consensus in the face of often unique challenges*”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p. 3. Susete Gomes acrescenta que “a complexidade requer recursos de linguagem como a intertextualidade, o intercâmbio de informações com as áreas técnicas, financeiras e outras”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 66.

¹⁶³⁸ “*Sponsors of development projects regularly seek the assistance of experienced financial advisors and lawyers to structure the projects' ownership, development and financing plans, address the needs of other project parties, and ensure a successful transaction*”. BARAGONA, Katharine C. *Project Finance. The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 139.

¹⁶³⁹ “As garantias constituem fator de superlativa relevância nas operações de financiamento de projetos. No caso específico do *project finance*, tal preocupação é ainda mais forte em virtude de o financiador não possuir acesso ilimitado ao patrimônio dos patrocinadores do projeto, bem como devido ao imprescindível esforço de adaptação dos institutos jurídicos”. TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 48. As garantias não somente asseguram a possibilidade de adimplemento da dívida como permitem que nenhum outro credor tenha preferência sobre o bem garantido. Um pacote de garantias (*security package*) adequadamente estruturado, também, permite a concessão de financiamentos a longo-prazo com um custo mais acessível. Nesse sentido, afirma Phillip Fletcher e Aled Davies “*The availability of such packages has generally given lenders the confidence to extend long-term, (relatively) low-cost loans*”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.4

¹⁶⁴⁰ “*Of course, a loan transaction need not be complicated. Many billions are lent annually on the strength of one-page promissory notes containing the borrower's obligation to repay the loan and the lender's right to enforce that obligation. The difference between a one-page promissory note and a 150-page credit agreement is an attempt*

Em rol aberto, no âmbito de uma típica transação de *project finance*, podem ser elaboradas seis categorias de contratos principais quanto (i) à aquisição do imóvel para construção; (ii) à execução do projeto (construção); (iii) ao fornecimento de material e combustível; (iv) à venda de serviços; (v) à operação e manutenção; e (vi) ao financiamento e contribuição acionária.¹⁶⁴¹

O contrato de financiamento se caracteriza como instrumento principal que garantirá a transferência de recursos para o devedor sob condição de pagamento, em determinado prazo, do montante principal acrescido de juros. Trata-se de uma “modalidade de financiamento em que há um enorme complexo de contratos ligados entre si pela sua finalidade econômica comum e que podem vir a sofrer uma coligação voluntária”.¹⁶⁴²

A complexidade não se qualifica apenas para o contrato principal, mas também se relaciona à estrutura de contratos coligados, que depende da combinação de outros instrumentos contratuais como, por exemplo, os contratos de garantia, essenciais para assegurar o adimplemento da dívida.¹⁶⁴³

Um pacote de garantias (*security package*) bem estruturado¹⁶⁴⁴ permite, também, a concessão de financiamentos a longo-prazo com um custo mais acessível ao devedor,¹⁶⁴⁵ posto que os contratos de garantia nas transações de *project finance* não apenas permite que o credor tenha acesso às garantias no momento do inadimplemento do contrato principal ou dos contratos conexos, mas também permite que nenhum outro credor tenha preferência sobre o bem garantido.¹⁶⁴⁶

to give the borrower certainty and flexibility”. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 2.

¹⁶⁴¹ HOFFMAN, Scott. *Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations*. *The Business Lawyer*, vol. 45, p. 181-232, 1989, p. 231.

¹⁶⁴² GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 117.

¹⁶⁴³ “the ability to enforce security over the project remains important for a number of reasons. First, it enables the lender to get involved in the project at an early stage where it experiences problems. Second, it allows him to retain priority rights over the project assets. Third, it ensures that the project assets are not disposed of without the lender’s agreement”. DAVIES, Maria. The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora’s Box or an Unexpected Panacea? Alphen aan den Rijn: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 147.

¹⁶⁴⁴ “In order to minimize the risks associated with a non-recourse loan, a lender typically will require indirect credit supports in the form of guarantees, warranties and other covenants from the sponsors, their parent companies affiliates, and other third parties involved with the project”. BARAGONA, Katharine C. *Project Finance*. *The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 141.

¹⁶⁴⁵ “The availability of such packages has generally given lenders the confidence to extend long-term, (relatively) low-cost loans”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. The Art of Getting a Project Finance Deal Through. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.4.

¹⁶⁴⁶ “one of the most important factors in debt design is understanding potential expropriation by other existing claim holders”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2952567>>. Acesso em: 08 dez. 2018. p.27.

A transação de *project finance* apresenta algumas características que merecem ser destacadas. Em primeiro lugar, a decisão tomada pela instituição financeira para concessão do crédito se fundamenta, precipuamente, no fluxo de receita do projeto. Em outras palavras, além de se avaliar as características do investidor em termos de condição de adimplemento do crédito, o credor irá avaliar peculiaridades e, especialmente, condições econômicas do projeto que o investidor alocará os recursos por meio de financiamentos.¹⁶⁴⁷

Desse modo, o *project finance* apresenta uma particularidade em relação aos demais contratos de financiamento, pois é comum limitar a responsabilidade do empreendedor. Ao invés do que ocorre com os contratos tradicionais de empréstimos – que se centraliza na saúde financeira do tomador e nas garantias por ele oferecidas – concentra-se o risco de adimplemento do crédito no fluxo de caixa que será obtido a partir do momento que o empreendimento iniciar a sua operação, exigindo nenhuma outra garantia (*nonrecourse loan*).¹⁶⁴⁸

Por conseguinte, os pagamentos que serão obtidos com a operação do empreendimento se conformam como aspecto principal para a concessão do financiamento no *project finance*. Diante da característica dos financiamentos para construção e operação de empreendimentos de energia renovável, a estrutura contratual passa a mitigar os riscos relacionados ao projeto financiado.

¹⁶⁴⁷ Exemplificamos tal aspecto com as declarações do investidor no caso de *Eiser Infrastructure Limited v. Espanha*. “because of the large initial capital outlays, and the substantial period required to recover investment after CSP plants enter production, plants are often financed utilizing a high proportion of non-recourse loans from third-party lenders. Such financings available because of the steady long-term cash flows expected from the production and sale of electricity”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 98.

¹⁶⁴⁸ Distingue-se o *Project finance* do *corporate finance*. No *corporate finance* “o risco através da análise da sociedade devedora e das garantias reais (e.g.: hipoteca, penhor) ou pessoais (e.g.: fiança, aval) oferecidas”. MARTINS, Carolina de Oliveira. *Project finance na indústria do petróleo brasileira*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). *Estudos e pareceres - Direito do Petróleo e Gás. Renovar*, 2015, p. 455. No *project finance*, a decisão de financiamento focaliza no fluxo de caixa do projeto, podendo a dívida se classificar como *nonrecourse* e *limited recourse*. Em outras palavras, a estrutura pode se fundamentar exclusivamente no fluxo de receita a ser gerado pelo empreendimento financiado (*nonrecourse project finance*) ou se lastrear em garantias do *sponsor* além do fluxo de receita do projeto (*limited recourse project finance*). afirma, ainda, que pode existir a modalidade *full recourse*, a qual inclui as garantias totais do *sponsor* além do fluxo de caixa do projeto. HOFFMAN, Scott. *The Law and Business of International Project Finance*. Cambridge: Cambridge University Press., 3rd ed., 2008, p. 4-5. Ver também CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 161-163. E, ainda, YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015. É importante frisar que, no *project finance*, os tomadores do empréstimo são, geralmente, pessoas jurídicas criadas somente para aquele propósito, as denominadas sociedades de propósito específico (SPE) no direito brasileiro. A SPE se torna a tomadora do financiamento e utiliza, preponderantemente, os recursos da planta em construção para adimplemento do crédito. ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25.

Em que pese a arquitetura do instrumento contratual ser desenhada para uma transação específica, as condições para pagamento do empréstimo se encontram relacionadas diretamente com a estabilidade do marco regulatório. Em outras palavras, as condições de remuneração da energia elétrica produzida com uso de fontes renováveis variam de acordo com a mudança do marco regulatório.

No caso da Espanha, por exemplo, os investimentos realizados nas plantas geradoras de energia elétrica se basearam fundamentalmente no regime de remuneração especial, sem que fossem celebrados contratos de compra de energia elétrica. Consequentemente, qualquer alteração na regulação que especificava as condições de remuneração impactaria diretamente o fluxo de caixa e, consequentemente, a previsibilidade de adimplemento dos contratos de financiamento.

A relação entre estabilidade regulatória, previsibilidade e segurança jurídica se caracterizam como intrínsecas às condições dos próprios custos para concessão dos financiamentos pelas instituições financeiras. Como afirmava a Comissão Nacional de Energia no relatório emitido em 22 de abril de 2009 sobre o RD 661/2007

Estabilidade regulatória e não retroatividade. A previsibilidade e a segurança dos incentivos financeiros durante a vida útil das instalações são essenciais para incentivar os agentes a investir nessas novas tecnologias e também para minimizar o risco regulatório e o custo financeiro dos empréstimos bancários.¹⁶⁴⁹

Antes do relatório da Comissão Nacional de Energia, o PER 2005 já antecipava que o financiamento representaria 80% do investimento capitalizado para os projetos de energia renovável na Espanha. Com isso, seria importante que o regime de remuneração e a estabilidade do marco regulatório se caracterizassem como atrativos para as instituições financeiras.¹⁶⁵⁰

No caso de *Eiser Infrastructure Ltd. v. Espanha*, por exemplo, o investidor ressaltou que os projetos foram financiados em uma estrutura que os credores basearam sua expectativa no fluxo de caixa estável estabelecido pelo RD 661/2007 das plantas geradoras de energia renovável.¹⁶⁵¹

¹⁶⁴⁹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. § 111.

¹⁶⁵⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019. § 96.

¹⁶⁵¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 119. Nesse mesmo sentido, alegou o investidor no caso *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. v. Espanha* “Further, with the comfort of fixed, long-term FiTs – which comprised 80-90% of a PV facility’s revenue – the Claimants were able to secure financing for their investments. The Claimants contend that

Em *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha*, afirmou-se que o compromisso assumido pela Espanha objetivava assegurar um ambiente de segurança jurídica para que os investidores obtivessem financiamento para seus projetos de energia renovável.¹⁶⁵²

No laudo arbitral de *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*, o tribunal arbitral ressalta os argumentos utilizados pelo investidor em que se afirma a relevância da estabilidade e previsibilidade no financiamento de um projeto como pressupostos para os credores determinarem se o crédito será sem recurso à garantia (*nonrecourse*) ou com garantias limitadas (*limitedrecourse*).¹⁶⁵³

Em *9REN Holding S.a.r.l. v. Espanha*, o investidor afirma que alguns bancos ofereceram *nonrecourse loans* (sem o aval ou fiança dos investidores) em decorrência do mecanismo de remuneração introduzido pelo RD 661/2007 e com base no fluxo de caixa previsto para os projetos de energia renovável na Espanha. Segundo o *9REN Holding S.a.r.l.*, as instituições financeiras, caracterizadas como credores sofisticados, consideraram que o sistema jurídico espanhol era estável e previsível, determinando que a remuneração do regime especial seria suficiente para o adimplemento do financiamento.¹⁶⁵⁴

Em razão da relevância assumida pelo marco regulatório que determina a remuneração do projeto que será financiado e, por conseguinte, estabelece o fluxo de caixa que será o recurso utilizado para adimplir com o crédito, as instituições financeiras também fazem uma avaliação da estrutura da regulação ao conceder o financiamento no âmbito do *project finance*.

they conducted due diligence and were advised by prominent counsel and experts with no caveats that they were eligible for the fixed FiTs under RD 661/2007". INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 05 fev. 2020. § 277.

¹⁶⁵² “*The specific commitments from Respondent provided enough legal certainty for investors to obtain financing for their RE projects – and the commitments were designed with this aim*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. § 432.

¹⁶⁵³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §341.

¹⁶⁵⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019. § 97.

Assim, os bancos credores examinam as características do ordenamento jurídico interno do Estado hospedeiro onde será realizado o investimento, verificando se aquele sistema apresenta segurança jurídica ou histórico de violação dos direitos adquiridos.

Esse processo foi realizado no âmbito dos investimentos em energia renovável na Espanha. Como se asseverou no caso *Eiser Infrastructure Ltd v. Espanha*, após uma análise detalhada do marco regulatório espanhol, os bancos concordaram em realizar os financiamentos para o projeto de construção de construção dos empreendimentos em território espanhol.¹⁶⁵⁵

Desse modo, a alteração no marco regulatório e os recortes na remuneração dos projetos de energia renovável repercutiram negativamente nos financiamentos externos obtidos pelos investidores para concretização desses projetos.

No caso da *Eiser Infrastructure Ltd v. Espanha*, a redução abrupta no fluxo de caixa do projeto forçou os investidores a renegociar as dívidas com as instituições financeiras e, por conseguinte, todos os recursos que entrassem no caixa das empresas proprietárias do empreendimento se redirecionariam para pagamento do financiamento, fazendo com que os investidores não realizassem nenhum lucro do investimento realizado no projeto.¹⁶⁵⁶

Outro fator relevante para a transação de *project finance* é o fator tempo, dado que a duração da relação contratual pode se estender por mais de uma década, sendo importante conceber que o “aspecto temporal relaciona-se tanto com a confiança que as partes reciprocamente atribuem à possibilidade de o contrato ser cumprido quanto com o risco de descumprimento contratual (total ou parcial)”.¹⁶⁵⁷

Considerando os aspectos mencionados, “os contratos assumem extrema relevância nas operações de financiamento de projetos, uma vez que, além de exercerem sua função básica de formalizar os direitos e obrigações das partes envolvidas, atuam ainda como mitigadores dos riscos inerentes ao empreendimento”.¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 131.

¹⁶⁵⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 153.

¹⁶⁵⁷ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 57.

¹⁶⁵⁸ BONOMI, Claudio; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: Fundamentos e Estudos de Casos*. Rio de Janeiro: Ed. Atalas, 2002, p. 68.

Em virtude do papel assumido pelos contratos internacionais que se caracterizam, cada vez mais, pela sua centralidade nos projetos de grande porte, os instrumentos contratuais se sofisticaram para mitigar os riscos das transações e proteger as instituições financeiras privadas e multilaterais no pagamento do crédito em qualquer circunstância futura.

Nesse diretriz, as cláusulas contratuais foram aperfeiçoadas para garantir previsibilidade às partes em todos eventos que possam impactar na transação - as denominadas 'contingências'.¹⁶⁵⁹ Os capítulos que compreendem as declarações e garantias (*representations and warranties*),¹⁶⁶⁰ obrigações (*covenants*)¹⁶⁶¹ e eventos de inadimplemento contratual (*events of default*)¹⁶⁶² foram ampliados e se sofisticaram para abranger todas os possíveis acontecimentos que possam afetar a execução do projeto ou a sua posterior viabilidade econômica.

Nesse cenário, os credores tendem a detalhar as cláusulas contratuais,¹⁶⁶³ pormenorizar todas as contingências e o devedor, por outro lado, se preocupa em negociar adequadamente cada cláusula para não inviabilizar a execução do projeto ou comprometer receitas futuras. Por conseguinte, os dispositivos contratuais se tornaram extensos, podendo facilmente incluir dez a vinte cláusulas a serem negociadas pelas partes por capítulo, sendo que ainda é “uma tarefa quase impossível presumir todas as situações que possam decorrer”.¹⁶⁶⁴

¹⁶⁵⁹ “While project finance equity providers are willing to accept more risks than debt providers and focus on the return, returns for the latter are fixed and relatively low. As a result, debt providers expect that the risks are structured in such a way so that repayment is, to the maximum extent possible, assured”. DAVIES, Maria. The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea? Alphen aan den Rijn: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 144.

¹⁶⁶⁰ As declarações e garantias compreendem afirmações sobre fatos ou condições do devedor. Tais cláusulas confirmam as informações analisadas pelo credor como condição para que o crédito fosse concedido. Caso alguma desabone o devedor, o credor poderá desistir do crédito ou, caso já tenha sido concedido, poderá restringir desembolsos adicionais ou até requerer o pagamento antecipado do mesmo. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 208.

¹⁶⁶¹ As cláusulas de obrigações estabelecem os mandamentos a serem observados pelo devedor ao longo do termo contratual. Existem três tipos de classes de obrigações (financeiras, afirmativas e negativas). WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 281.

¹⁶⁶² Os eventos de inadimplemento compreendem as circunstâncias que, em geral, sugerem a redução da probabilidade de o crédito ser adimplido, o que pode causar a exigência do pagamento antecipado do crédito por parte dos credores. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 411.

¹⁶⁶³ “The detail of each section is correlated with default risk, in much the same way that the application of accounting covenants is correlated with default risk”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2952567>>. Acesso em: 08 dez. 2018. p. 23.

¹⁶⁶⁴ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 58.

Igualmente relevante para as instituições financeiras que realizam transações de *project finance* é a caracterização do financiamento como ‘investimento’ no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos. Em outras palavras, caso os ‘contratos de financiamentos’ ou, simplesmente, ‘empréstimos’ (*loans*) sejam considerados como investimentos no âmbito da definição de ‘investimentos’ no acordo internacional aplicável, a instituição financeira poderá se amparar do sistema de proteção internacional de investimentos no âmbito previsto no respectivo acordo.

Sornarajah ressalta que, progressivamente, a definição de investimentos passou a incluir ‘direitos contratuais’, assim como direitos associados à propriedade como ‘hipotecas’ ou outros tipos de garantias também podem ser incluídos. Alguns BITs expressamente incluem os ‘empréstimos’ (*loans*) como investimentos.¹⁶⁶⁵ No âmbito do BIT Grécia-Eslováquia (1991), por exemplo, os ‘empréstimos’ (*loans*) se encontram no âmbito da lista não-exclusiva de ativos.¹⁶⁶⁶

É verdade que a inserção da dívida na definição de investimentos pode ou não estar presente nos BITs. No caso de se qualificar o empréstimo como investimento, é possível que uma instituição financeira se qualifique como investidor, desde que também cumpridos os critérios para assim qualificá-lo nos termos do acordo internacionais de investimentos.

Nesse caso, entendemos que seria possível que as instituições financeiras se alicercem do sistema de proteção internacional dos investimentos disposto no acordo internacional e, ainda, que as instituições financeiras venham a fazer, cada vez mais frequentemente, uma

¹⁶⁶⁵ Na opinião de Sornarajah, “*loans are traditionally protected through other techniques. Because of the immense bargaining power of the lender, he will be able to secure dispute resolution before the courts of his country and ensure that there is enforcement against the assets of the borrower in his own state. The need for the protection of loans as investments has seldom arisen*”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 11; 17. Ressalta-se que a terminologia adotada para se referir aos financiamentos pode ser ‘*loan*’, ‘*credit*’ ou, ainda, ‘*debt*’.

¹⁶⁶⁶ “‘*Investment*’ means every kind of asset and in particular, though not exclusively includes: a) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges, b) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company, c) loans, claims to money or to any performance under contract having a financial value, d) intellectual property rights, goodwill, technical processes and know-how, business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Greece - Slovakia BIT (1991)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/3515/download>>. Acesso em: 19 dez. 2019. Trata-se de um artigo que já foi interpretado pelo tribunal arbitral do ICSID no caso com relação aos ativos que podem fazer parte desta definição. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 286.

análise sobre a aplicabilidade das regras do Direito Internacional dos Investimentos no âmbito da decisão de concretizar seus investimentos.¹⁶⁶⁷

No âmbito do artigo 1(6) do ECT, a definição de investimento inserida no ECT é baseada em ativos (*asset-based*), incluindo as dívidas de uma empresa dentro do rol de investimentos. Além disso, os contratos de garantia como hipotecas e penhor também constituem uma espécie de investimento no âmbito do ECT.¹⁶⁶⁸

Portanto, com base na interpretação do ECT, uma dívida de uma empresa poderá ser considerada como investimento para fins de aplicabilidade dos princípios de proteção internacional dos investimentos estrangeiros previstos nesse tratado.

Por fim, é importante pontuar que as instituições que concedem o financiamento partilham do risco do projeto juntamente com o investidor principal e, portanto, entendemos que seria importante que tais instrumentos contratuais se qualificassem como ‘investimentos’ no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos, permitindo, desse modo, que as instituições financeiras também recorram aos mecanismos de solução de controvérsias previstos nos acordos internacionais de investimentos.

7.2 A cláusulas de estabilização nos contratos de investimentos

De uma análise dos antecedentes históricos sobre a evolução da regulação da energia, pontuamos que o setor energético era comumente objeto de uma política nacionalista, marcado pela regência do princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais. Nesse cenário, os Estados se fundamentam em uma competência legislativa para regular diversos aspectos da indústria, nomeadamente, a exploração dos recursos naturais em seu território.

Tal quadro também se conformou como margem para ampliação do poder de regular a ponto de se esbarrar nos limites da segurança jurídica, do respeito aos direitos adquiridos e, especialmente, da expectativa legítima do investidor. Trata-se de situações de instabilidade

¹⁶⁶⁷ “As a result, the existence of the BITs with Spain and Switzerland more likely than not contributed to allocate the political risks for these and other projects and in so doing it helped to promote investments”. HOYOS, Juan Camilo. The role of bilateral investment treaties in mitigating project finance's Risks: The case of Colombia. *Syracuse Journal of International Law & Commerce*, vol. 40, p. 285-317, 2012-2013, p. 316.

¹⁶⁶⁸ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

política, mudança de governo e crises econômicas que afetam as circunstâncias em que o marco regulatório existente à época da realização do investimento se conformou.¹⁶⁶⁹

Além disso, as típicas relações contratuais na indústria de energia apresentam particularidades que merecem destaque, exigindo dos investidores estrangeiros que busquem mecanismos de garantia de estabilidade.

A as condições de negociação entre os investidores estrangeiros e Estados hospedeiros estabelecem como fator de análise não somente o quadro normativo internacional, como também o nível de segurança jurídica e estabilidade do marco regulatório nacional do setor a receber o investimento. Assim, é preciso focalizar no

equacionamento entre a segurança do investidor, por um lado – quanto ao retorno do seu investimento e prevenção em relação a alterações unilaterais, por parte do país hospedeiro –; por outro, a preocupação deste em manter um nível razoável de retorno econômico e bem-estar social para o seu povo, incluindo adequados padrões regulatórios de segurança e de respeito ao meio ambiente¹⁶⁷⁰

Na opinião de Sornarajah, os investidores privados se colocavam em uma posição de desvantagem em qualquer contrato assinado com o Estado hospedeiro, já que o Estado tem o poder de regular decorrente da sua soberania, poder este que pode impactar a relação contratual e os direitos advindos do contrato, cujo interesse do investidor é neutralizar este poder.¹⁶⁷¹

Diante desse cenário, um corpo de contratos de investimentos típicos de setores que envolvem exploração de recursos naturais foi desenvolvido, sendo que, em geral, são “celebrados entre uma parte privada estrangeira e o Estado ou com alguma outra pessoa jurídica formada sob sua influência”.¹⁶⁷²

Nessas relações contratuais, Marilda Rosado de Sá Ribeiro aponta para o tradicional “desequilíbrio econômico entre o Estado, em razão de seu poder legiferante, e a parte privada”,¹⁶⁷³ sendo ainda mais complexa a relação, “pois esse desequilíbrio pode ser a favor da parte privada, se figurarem as empresas multinacionais, cujo poder é muitas vezes superior ao dos próprios Estados”.¹⁶⁷⁴

¹⁶⁶⁹ CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 99-114, 2014, p. 112.

¹⁶⁷⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 80.

¹⁶⁷¹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 281.

¹⁶⁷² COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 116.

¹⁶⁷³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 75.

¹⁶⁷⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 75.

Com objetivo de buscar maior estabilidade, um dos principais mecanismos contratuais utilizados pelos investidores estrangeiros que buscam fortalecer a proteção dos investimentos compreende os contratos de investimento com o Estado hospedeiro dotados de cláusulas de estabilização.¹⁶⁷⁵ “Por meio dessas cláusulas, as partes procuram alcançar uma segurança contratual ao estabelecer que os termos referentes ao investimento e suas características essenciais permanecerão imutáveis desde a data da assinatura”¹⁶⁷⁶ até o término do contrato.¹⁶⁷⁷

Trata-se de uma proteção que abrange diversos temas no contrato de investimento com o Estado como em matéria tributária, controles de legislação ambiental,¹⁶⁷⁸ novos procedimentos administrativos e outras regulações.

Assim, as cláusulas de estabilização são comuns, como esclarece Jeswald Salacuse, em projetos no setor de energia e infraestrutura, que requerem alocação de capital que, frequentemente, será recuperado ao longo da vida útil do empreendimento com o fluxo de caixa a ser recebido.¹⁶⁷⁹ Nesse particular, a manutenção dos recursos que serão utilizados para pagar o capital investido dependem, majoritariamente, da estabilidade do marco regulatório do Estado hospedeiro.

Segundo Surya Subedi, as cláusulas de estabilização acabam por conceder uma proteção adicional ou levemente diferente daquela concedida no âmbito de proteção previsto nos BITs.

¹⁶⁷⁵ Segundo Peter Cameron, as cláusulas de estabilização começaram a ser adotadas na década de 1930, especialmente comum nos contratos celebrados na indústria de energia. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 68. Surya Subedi define ‘contratos de investimentos’ como “*known as concessions or state contracts or host government agreements – between a host government and a foreign investor concluded in relation to infrastructure -related projects contain a stabilization clause that seeks to insulate foreign investors from any changes in the legal regime in the host country after the investment has been made*”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 101. Sornarajah ressalta que as cláusulas de estabilização já se encontravam presentes nos contratos de concessão mais antigos que previam uma duração mais longa de modo que fossem imunes à interferência do Estado hospedeiro durante o período de vigência. E, assim, as cláusulas de estabilização buscavam “*freeze the law as it was at the time of the entry of the investment and to ensure that later changes to the law did not apply to the concession. They usually contained a choice-of-law clause which would seek to exclude the application of the domestic laws of the host state and subject the contract to some nebulous external standard such as ‘general principals of law’ or ‘standards that prevail within the industry’*”. SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 281.

¹⁶⁷⁶ CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 99-114, 2014, p. 101.

¹⁶⁷⁷ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 68. Marilda Rosado de Sá Ribeiro define “a cláusula de estabilização, que procura congelar o direito estatal no momento de sua assinatura”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3^a ed. rev., atual. e ampl., 2014, p. 75.

¹⁶⁷⁸ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 282.

¹⁶⁷⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 177.

Isto porque, o autor afirma que nos tratados, os Estados hospedeiros não estão impedidos a adotar nenhuma medida jurídica ou administrativa em conformidade com os interesses de pessoas privadas ou para cumprir outro tratado¹⁶⁸⁰ ou obrigação contratual.

A adoção de cláusulas de estabilização objetiva, como preleciona Sornarajah, blindar o contrato celebrado entre o investidor privado e o Estado com relação a futuras alterações legislativas que podem decorrer do exercício do poder de regular estatal.¹⁶⁸¹ Há uma preocupação em assegurar a estabilidade em relação às condições especialmente vinculadas ao aspecto econômico das obrigações contratuais¹⁶⁸² com objetivo de garantir a viabilidade e manutenção do projeto ao longo de sua vida útil. “Por vezes, os investidores preferem incluir somente aspectos fiscais em suas cláusulas, mas, para a maioria daqueles que investem, utilizar-se de cláusulas com conteúdo mais amplo costuma ser a opção mais prática”.¹⁶⁸³

Peter Cameron se debruça sobre o tema no âmbito dos contratos de investimentos em energia, esclarecendo que ‘estabilização’ engloba todos os mecanismos que buscam conferir estabilidade à relação entre as partes durante o período de vigência do contrato de investimentos.¹⁶⁸⁴ A proteção perquirida circunscreve modificações unilaterais do contrato por parte do Estado, assim como possíveis violações dos direitos de propriedade do investidor.¹⁶⁸⁵

¹⁶⁸⁰ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 101.

¹⁶⁸¹ SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010, p. 281. Na visão de Fabio Costa Morosini, “a justificativa das cláusulas de estabilização é, de fato, a instabilidade política presente nos países emergentes, que encoraja investidores a implementarem tais provisões no contrato, para garantir o cumprimento do país investido com os termos do contrato. É, em suma, uma maneira de mitigar o risco político dos países em desenvolvimento”. MOROSINI, Fabio Costa. Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre o público e o privado da cláusula de estabilização: In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erick Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 549-572, 2005, p. 566.

¹⁶⁸² CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 99-114, 2014, p. 101.

¹⁶⁸³ “há cláusulas que incluem o direito dos investidores de converter o inadimplemento dos Estados hospedeiros em direito de monetizar o empreendimento. É comum também cláusulas que, diante da inadimplência dos Estados, permitem que investidores tenham o direito de explorar áreas de exploração e energia de grande valor comercial, além de cláusulas que permitem que o investidor tenha poder de governança sobre todo o projeto de investimento em si”. CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 99-114, 2014, p. 112. Ver CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 68.

¹⁶⁸⁴ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 68.

¹⁶⁸⁵ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 69.

No entanto, um dos principais objetivos para se introduzir a cláusula de estabilização no âmbito dos contratos de investimentos com os Estados circunscreve a preocupação com a estabilidade regulatória.

Na contribuição de Surya Subedi, o pressuposto da cláusula de estabilização circunscreve que a lei prevalecente no momento do estabelecimento do investimento levou ao investidor estrangeiro a realizá-lo e, por conseguinte, não deve ser alterada de modo a violar os direitos do investidor.¹⁶⁸⁶

Portanto, os contratos de investimento que contém as cláusulas de estabilização tendem a criar níveis de proteção mais robustos que simples contratos comerciais, objetivando proteger o investidor estrangeiro de futuras mudanças na regulação do Estado hospedeiro.¹⁶⁸⁷

Não há uma obrigatoriedade em se criar uma definição contratual expressa relativa à ‘estabilização’ ou em se denominar a cláusula de estabilização, sendo mais comum a utilização de mecanismos gerais que objetivam mitigar os impactos que uma nova legislação pode causar aos investimentos.

Observa-se, assim, que as cláusulas de estabilização não compreendem, em geral, a imutabilidade do marco regulatório nacional, mas visam minimizar ou excluir os efeitos negativos que as alterações legislativas venham causar àquela relação contratual.¹⁶⁸⁸

É verdade que as cláusulas de estabilização protagonizaram um papel especial nos contratos de investimentos no setor energético com uso de fontes tradicionais. Peter Cameron cita quadro espécies de cláusulas de estabilização¹⁶⁸⁹ típicas da indústria do petróleo: (i) cláusulas de ‘imutabilidade’ do marco regulatório, que limitam a competência legislativa no que tange a relação contratual das partes;¹⁶⁹⁰ (ii) proibição de alteração unilateral, em que se

¹⁶⁸⁶ “such clauses have the effect of preventing host states from enacting new legislation or undertaking new international obligations which would affect the profitability of the relevant foreign investors”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 101.

¹⁶⁸⁷ SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 167.

¹⁶⁸⁸ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 69.

¹⁶⁸⁹ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 70 - 81.

¹⁶⁹⁰ “The state may not act to amend or abrogate the contract in question. Alternatively, the contract may be granted an enclave status by making it exempt from any legal changes occurring in the wider legal regime of the host state. In effect, the parties ‘freeze’ the law governing the parties’ contract, by limiting it to the legislative of the host state on the effective date of the petroleum contract”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 70. José Augusto Fontoura Costa acrescenta que “no tocante à estabilização, é interessante observar que ao se congelar um Direito deixa-se de apontar para um ordenamento vivo, mas para um conjunto de normas e padrões seccionados no tempo”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 119.

‘congela’ o contrato ao invés da legislação nacional, proibindo que uma das partes altere o contrato sem o consentimento da outra;¹⁶⁹¹ (iii) reequilíbrio dos benefícios, com ajustes automáticos ou renegociação contratual na ocorrência de algumas circunstâncias, objetivando reduzir os impactos econômicos de uma alteração do marco regulatório;¹⁶⁹² e (iv) alocação dos danos ocasionados por uma alteração unilateral.¹⁶⁹³

A classificação mais ampla das cláusulas de estabilização proposta por Jeswald Salacuse compreende as cláusulas de (i) intangibilidade, que requer o consentimento das partes para qualquer alteração contratual; (ii) consistência, exigindo que o marco regulatório do Estado hospedeiro seja consistente com o contrato de investimento; (iii) imutabilidade pelas quais o marco regulatório aplicável ao projeto na data da realização do investimento e não poderá ser alterado; (iv) estabilização de determinados assuntos, como tributários; e (v) equilíbrio econômico, que busca preservar o equilíbrio entre as partes.¹⁶⁹⁴

Em linhas gerais, os efeitos práticos da inclusão de uma cláusula de estabilização nos contratos de investimentos circunscrevem a obrigação de o Estado em compensar os investidores pelos danos causados no caso de uma alteração no marco regulatório que afete a relação contratual.¹⁶⁹⁵

Na contribuição de Peter Cameron, ressalta-se os desafios para executar alguns remédios relacionados às cláusulas de estabilização no âmbito da arbitragem internacional de investimentos. No caso de cláusulas de estabilização que conferem ‘imutabilidade’ às leis aplicáveis àquela relação contratual, um tribunal arbitral se esbarraria na soberania do Estado e no seu poder de regular.¹⁶⁹⁶ Para Peter Cameron, dificilmente, um tribunal arbitral determinará

¹⁶⁹¹ “by requiring mutual consent (in contrast to the freezing approach to stabilization), this approach has the advantage that it establishes a procedural mechanism for discussion (and probably negotiation) between the parties about the future of the agreement”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 74.

¹⁶⁹² “Essentially, they stipulate that if the host state adopts a measure subsequent to the conclusion of the contract (a triggering event) that is likely to have damaging consequences to the economic benefits of the original bargain for one of both of parties”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 74.

¹⁶⁹³ “Essentially, in the event of any changes in the legal framework that are applicable to the investment contract, the clause shifts the burden of change in the fiscal regime to the NOC (but in some versions the burden may be shifted simply to ‘the state’)”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 80.

¹⁶⁹⁴ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 177-178.

¹⁶⁹⁵ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 89.

¹⁶⁹⁶ “By freezing the law applicable to the contract or otherwise making inapplicable subsequent changes in law, stabilization clauses fettered the public powers of the state to pursue the public interest”. GJUZI, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2018, p. 247.

obrigações de fazer ao Estado, limitando-o ou obrigando-o a alterar sua legislação ou restabelecer uma obrigação contratual.¹⁶⁹⁷

Nas arbitragens internacionais de investimentos, é mais comum determinar uma compensação dos danos causados ao investidor em função de uma obrigação do Estado em garantir a estabilidade, podendo incluir perdas e danos e lucros cessantes.

Nesse sentido, José Augusto Fontoura Costa ressalta que as cláusulas de estabilização mais recentes “referem-se a leis novas que tenham impacto na relação contratual e cuja aplicabilidade fica condicionada à negociação entre as partes para o restabelecimento do equilíbrio”.¹⁶⁹⁸ Desse modo, a utilização de cláusulas que buscam ‘congelar’ o ordenamento jurídico interno são mais incomuns e, dificilmente, seriam reconhecidas e executáveis por um tribunal arbitral.

Outro aspecto relevante se relaciona com o efetivo cumprimento por parte dos Estados das obrigações contratuais previstas nos contratos de investimentos. Do ponto de vista teórico, Jeswald Salacuse ressalta que não se deve deixar de atentar para os limites da soberania estatal impostos à possibilidade de se exigir o cumprimento das obrigações estatais na esfera contratual.¹⁶⁹⁹ Nesse particular, há um debate sobre a contraposição entre a absoluta aplicabilidade do *pacta sunt servanda* e a soberania permanente dos Estados sobre os recursos naturais.¹⁷⁰⁰

Considerando que o exercício do poder de regular legitimado pela soberania estatal encontra permite que o Estado altere o seu marco regulatório para assegurar os interesses públicos, poderia se questionar se é possível limitar tal poder por meio de uma cláusula

¹⁶⁹⁷ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 93. Na opinião de Surya Subedi sobre a relativização da soberania estatal no âmbito dos contratos de investimentos que contém cláusulas de estabilização “*under such contracts hos states often accept limitations to their own sovereignty and undertake not to enact new laws or accept new obligations under international treaties that may interfere with the business activities of foreign investors*”. SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 101.

¹⁶⁹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 119.

¹⁶⁹⁹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 173.

¹⁷⁰⁰ GJUZI, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2018, p. 243. “*This principle may be applied to require a state to respect its contractual obligations to a foreign national where such obligations are embodied in agreements specifically subjected to international law. For example, in arbitrations rising out of Libya’s nationalization of foreign oil interests and its repudiation of related obligations embodied in deeds and concessions with the nationalized parties, three separate international arbitrations applied the principle of pacta sunt servanda to the Libyan agreements and held Libya liable for its failure to respect its commitment*”. SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 175.

contratual.¹⁷⁰¹ Com objetivo de solucionar esse tipo de questão, os investidores estrangeiros buscaram ‘internacionalizar’ o contrato, desviando-o do âmbito de incidência da legislação local, por meio de uma lei aplicável ao contrato que não seja a lei do Estado hospedeiro.¹⁷⁰²

No caso da energia renovável, em que se limita a análise no âmbito do recorte geográfico da Espanha, o conceito das cláusulas de estabilização se torna relevante na medida em que se contrapõem à garantia de estabilidade conferida no marco regulatório nacional. Nesse caso, analisa-se a proteção conferida aos investidores com relação à expectativa legítima de estabilidade conforme disposto na própria regulação espanhola.

Em outras palavras, nos investimentos estrangeiros realizados na Espanha, não há registro de celebração de contratos de investimentos com o Estado que pudessem conter a cláusulas de estabilização, o que foi amplamente utilizado como argumento de defesa da Espanha nas arbitragens internacionais de investimentos.

É preciso ressaltar, todavia, que a ausência de cláusula de estabilização é um fator considerado pelos tribunais arbitrais como não-prejudicial à constatação de violação dos direitos do investidor. Isto porque, em tais casos, a expectativa legítima do investidor se fundamentou na estabilidade conferida pelo governo espanhol na sua própria regulação (RD 661/2007), nos documentos públicos emitidos pelo governo espanhol, e não na cláusula de estabilização. Transfere-se, portanto, o pressuposto de análise da esfera contratual para a regulação, sem prejuízo de conferir o direito dos investidores estrangeiros à estabilidade regulatória e interpretar que houve violação à expectativa legítima dos investidores.

7.3 A qualificação dos contratos internacionais de investimentos no Tratado da Carta de Energia

No caso dos projetos de energia renovável e do protagonismo assumido pelo ECT nas arbitragens internacionais de investimentos, é importante analisar a possível caracterização dos direitos contratuais no rol de investimentos inserido na definição introduzida pelo artigo 1(6) do ECT.

Nesse contexto, a alínea (f) do artigo 1(6) inclui como investimento “qualquer direito conferido por lei ou contrato ou, ainda, em virtude de quaisquer licenças e autorizações

¹⁷⁰¹ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 173.

¹⁷⁰² SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 174.

concedidas nos termos da lei para realizar qualquer Atividade Econômica no Setor de Energia”.¹⁷⁰³

Além disso, a alínea (c) do próprio artigo 1(6) do ECT, determina que constituem investimentos quaisquer reivindicações de dinheiro ou desempenho nos termos do contrato que tenha valor econômico e seja associado a um investimento.¹⁷⁰⁴

Nesse sentido, direitos conferidos por um contrato podem ser considerados como investimentos e, por conseguinte, são amparados pelo ECT e, assim, podem ser objeto de solução de controvérsias conforme mecanismo previsto no artigo 26.¹⁷⁰⁵ Trata-se de uma análise especialmente importante com relação à interpretação do tribunal arbitral para qualificação do PPA como um investimento no âmbito do ECT.

Nesse caso, o tribunal arbitral de *Electrabel S.A. v. Hungria* analisou os aspectos jurídicos e econômicos do PPA à luz dos referidos artigos do ECT. Assim, examinou-se se o PPA assinado pela *Electrabel S.A.*, uma empresa geradora de energia elétrica, com uma empresa pública húngara, poderia se caracterizar como investimento com base no artigo 1(6)(f) e (c) do ECT.¹⁷⁰⁶

Em primeiro lugar, o tribunal arbitral concluiu que o PPA preenche o requisito previsto na primeira parte da definição do artigo 1(c) do ECT, já que constitui reivindicações pagamento nos termos do PPA com relação às tarifas de energia e, ainda, inclui requisitos de desempenho.

¹⁷⁰³ ENERGY CHARTER TREATY. *Article 1(f)*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019. (tradução nossa).

¹⁷⁰⁴ “*claims to money and claims to performance pursuant to contract having an economic value and associated with an Investment*”. ENERGY CHARTER TREATY. *Article 1(c)*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019. (tradução nossa).

¹⁷⁰⁵ “*The question of State contracts with investors is dealt with in a rather obscure provision buried at the end of paragraph (1) of Article 10, which states unequivocally that All State contracts with investors or other commitments to them are thus brought under the cover of the Treaty and of its dispute settlement provisions. Contracting parties may, however, declare that they do not accept submission to arbitration of a dispute of this type and four countries have in fact done so*”. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 427.

¹⁷⁰⁶ GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 33. Ressalta-se o caso *Electrabel S.A. v. Hungria* que envolve violação do direito ao tratamento justo e equitativo nos termos do artigo 10(1), 10(7) e expropriação nos termos do artigo 13 do ECT em relação ao contrato de PPA quanto aos aspectos contratuais e econômicos do contrato. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Electrabel S.A. v. Hungary*. ICSID Case n. ARB/07/19, Final Award, 25 Nov 2007. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/19>>. Acesso em: 20 fev. 2020. § 2.4.

Além disso, é inconteste que o PPA apresenta valor econômico, conforme disposto no artigo 1(c).¹⁷⁰⁷

No âmbito de tal decisão, o tribunal entendeu que o PPA constitui um contrato comercial cujo objeto é a venda e distribuição de energia elétrica. O contrato constitui uma ‘Atividade Econômica no Setor de Energia’ nos termos da definição inserida no artigo 1(6)(f) do ECT.¹⁷⁰⁸

O tribunal de *Electrabel S.A. v. Hungria* ressaltou, ainda, que o direito de vender a eletricidade conforme previsto na legislação húngara, o qual deveria ser exercido por meio da celebração do PPA, conferia ao investidor o direito de considerar tal contrato como um investimento.

Até porque, segundo a definição prevista no artigo 1(6)(f) do ECT, o direito de venda e distribuição de energia elétrica, nos termos da legislação local, associado a uma atividade econômica no setor energético, constitui como investimento no âmbito do ECT.¹⁷⁰⁹

7.4 A complexidade dos contratos internacionais como reflexo da instabilidade regulatória

7.4.1 Contratos internacionais complexos no Direito Internacional

Como fonte de obrigações ou, ainda, como instrumento mitigador de riscos, o contrato exerce papel central no planejamento e estruturação de empreendimentos de energia renovável, representando a colaboração entre “os agentes económicos para a consecução de finalidades comuns”.¹⁷¹⁰

¹⁷⁰⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Electrabel S.A. v. Hungary*. ICSID Case n. ARB/07/19, Final Award, 25 Nov 2007. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/19>>. Acesso em: 20 fev. 2020. § 5.52.

¹⁷⁰⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Electrabel S.A. v. Hungary*. ICSID Case n. ARB/07/19, Final Award, 25 Nov 2007. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/19>>. Acesso em: 20 fev. 2020. § 5.57.

¹⁷⁰⁹ Cite-se que o tribunal faz referência a outro laudo arbitral (*Amtó v. Ucrânia*) ressaltando que, naquele caso, o tribunal decidiu que ações de uma pessoa jurídica cujas atividades se relacionavam a serviços técnicos conectados à produção energética constituíam investimentos por se tratarem de atividades econômicas no setor energético e, assim, se adequavam à definição introduzida pela ECT. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Electrabel S.A. v. Hungary*. ICSID Case n. ARB/07/19, Final Award, 25 Nov 2007. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/07/19>>. Acesso em: 20 fev. 2020. § 5.58.

¹⁷¹⁰ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 35.

Não obstante o relevante papel do contrato no âmbito universal, os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law* não dispõem, ainda, de uma concepção uníssona de “contrato”.¹⁷¹¹ Do mesmo modo, os sistemas jurídicos divergem sobre os aspectos inerentes ao contrato tais como: elementos constitutivos, forma, mútuo consentimento, entre outros.¹⁷¹²

É preciso reconhecer que a pluralidade de conceitos não se restringe ao conceito de “contrato”. Fenômeno semelhante é identificado quando se investiga uma concepção uníssona de “contratos internacionais”.¹⁷¹³ Isto porque inexistente uma definição de contrato internacional na doutrina,¹⁷¹⁴ tampouco em acordos internacionais,¹⁷¹⁵ ou no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁷¹⁶

Nesse sentido, fazemos referência à definição de ‘contratos internacionais’ proposta por José Augusto Fontoura Costa e Ramon Alberto dos Santos, a qual determina que “refere-se

¹⁷¹¹ Por um lado, no sistema de *common law*, o contrato se configura como “uma promessa ou conjunto de promessas para cuja violação o Direito estabelece uma sanção ou cujo cumprimento o Direito reconhece constituir um dever”. Ressalta-se que esta é a tradução formulada por Dário Moura Vicente para o §1 do *Restatement 2nd of Contracts* VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 66. “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.” DANIEL KRON, ESQ. *Restatement (Second) of Contracts*. Disponível em: <<https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019. Por outro lado, “nos sistemas romano-germânicos, o contrato constitui essencialmente um *acordo de vontades*, ou uma troca de consentimentos, tendente a coordenar interesses contrapostos”. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 37. Nesse sentido, a doutrina brasileira define, de modo geral, o contrato como “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir obrigações”. SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 393. Do mesmo modo, salienta Marco Aurélio Bezerra de Melo que “o contrato pode constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2a ed. rev. atual e ampl., 2018, p. 17.

¹⁷¹² O trabalho de Dário Moura Vicente traz uma síntese comparativa do conceito e elementos atribuídos ao contrato nos sistemas romano-germânicos e *common law*. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 35-381.

¹⁷¹³ Para uma noção de “contrato internacional”, utiliza-se o exemplo adotado pelos autores Costa e Santos em seu artigo: “um contrato celebrado na França por uma parte brasileira domiciliada no Brasil e a outra alemã domiciliada na Alemanha, para a compra e venda de máquinas agrícolas fabricadas na Europa e a serem entregues no Paraná, com pagamento em Euros mediante transferência para uma conta em Berlim é certamente internacional”. COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. *Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 112.

¹⁷¹⁴ Não é possível, de qualquer modo, identificar um significado claro para a expressão “contrato internacional” na doutrina. COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. *Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

¹⁷¹⁵ Conforme afirmam os autores José Augusto Fontoura Costa e Ramon Alberto dos Santos, os instrumentos internacionais convencionais (Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais e os Princípios do UNIDROIT) não oferecem elementos consistentes para uma definição única de contrato internacional. COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. *Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 117-118.

¹⁷¹⁶ COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. *Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

àquele que se conecta a mais de um ordenamento jurídico”¹⁷¹⁷ tendo em vista a recorrente adoção da “multiconectividade” às definições doutrinárias de “contratos internacionais”.¹⁷¹⁸

Assim, a “sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a ‘*lex voluntatis*’, a localização da sede, centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal”¹⁷¹⁹ atribuem o caráter ‘internacional’ ao instrumento contratual.

Em linhas gerais, os contratos que envolvem a estruturação de um empreendimento de energia renovável apresentam elementos de estraneidade que os conectam com mais de um sistema jurídico.¹⁷²⁰ Em outras palavras, tais transações são concretizadas por meio de instrumentos celebrados por partes que possuem diferentes nacionalidades, domicílios em distintas jurisdições, entre outros elementos que os caracterizam como internacional.

Em adição ao concludente caráter internacional, os contratos se tornaram complexos e longos, com exaustivas definições e multiplicidade de cláusulas,¹⁷²¹ as quais determinam responsabilidades e preveem contingências transacionais. Não há, contudo, uma definição legal do que seria um contrato complexo, mas a doutrina internacional vem construindo teorias com elementos que possam caracterizá-lo.

Nesse sentido, W. Bentley McLeod afirma que a complexidade contratual se consubstancia na estimativa do custo de negociação, formação e execução do contrato como função descritiva dos dados da relação que o criou.¹⁷²²

Bernhard Ganglmair e Malcolm Wardlaw caracterizam a complexidade no âmbito da própria concepção de ‘contrato’.¹⁷²³ Tais autores defendem que a integridade contratual está

¹⁷¹⁷ COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

¹⁷¹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

¹⁷¹⁹ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Ed. RT, 3. ed., rev. e ampl., 1998, p. 30.

¹⁷²⁰ Ressalta-se que o contrato de empréstimo convencional envolveria apenas duas partes, única jurisdição, moeda nacional e, assim, não se configuraria, a princípio, um contrato internacional, tampouco um contrato complexo.

¹⁷²¹ “Recent work in the law and economics of contracts suggests that contracts ought to be highly complex and “fine-tuned.” They should have many terms describing the obligations of parties across alternative future states of the world”. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. Simplicity and Complexity in Contracts. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=205391>>. Acesso em: 05 dez. 2018, p. 1.

¹⁷²² MACLEOD, W. Bentley. *Complexity and Contract*. Olin Working Paper No. 00-1 (*forthcoming, REVUE D'ECONOMIE INDUSTRIELLE, APRIL 2000*), p. 1- 25, 2000, p. 11. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=213869>. Acesso em: 01 mai. 2019.

¹⁷²³ “Contracts are, by definition, complex legal documents which specify duties and contingencies in formal language rather than easily defined data sets”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2952567>>. Acesso em: 09 abr. 2019, p. 3. Tradução nossa.

relacionada aos custos vinculados à transação, tanto na fase pré-contratual (custos associados à redação do contrato), quanto pós-contratual (custos associados ao cumprimento e execução do contrato). Além disso, defendem que, quando há um relevante valor em jogo, os contratos tendem a ser mais complexos e detalhados, buscando determinar todas as possíveis contingências.¹⁷²⁴

Na opinião de Susete Gomes, a complexidade contratual surge da ideia de sistema e extrai seu fundamento a partir de diferentes critérios que são individualmente complexos como ocorre com o elemento subjetivo,¹⁷²⁵ volitivo,¹⁷²⁶ normativo¹⁷²⁷ e objetivo.¹⁷²⁸ Além desses elementos, a autora afirma que convergem outras variáveis como o tempo.¹⁷²⁹

A principal contribuição para a determinação da complexidade contratual, no nosso entendimento, se fundamenta na teoria multidimensional de complexidade proposta por Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser.¹⁷³⁰

¹⁷²⁴ “*With a higher value at stake (both in terms of principal and cumulative interest), the direct tradeoff between the cost of specifying contingencies is offset by the greater value of specifying a more complete state space (...)* In the context of debt contracts, we predict that higher contractual complexity and detail is associated with larger loan size and longer maturities”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2952567>>. Acesso em: 08 dez. 2018. p. 9-10.

¹⁷²⁵ Susete Gomes trata parte no contrato complexo como “sujeito de direito” e não como pessoa, exemplificando a complexidade subjetiva com o consórcio, “pois duas ou mais empresas consorciadas integrarão um dos polos contratuais”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 61.

¹⁷²⁶ “A complexidade volitiva decorre das manifestações de vontade que podem ocorrer num mesmo contrato, em especial nos de duração.” GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 212.

¹⁷²⁷ Susete Gomes entende que significa “A complexidade normativa contratual consiste em incluir regras (de caráter normativo) para eventuais situações de natureza distintas”, assim, “ao celebrarem o contrato, as partes podem convencionar quantas cláusulas quiserem, construindo — se o pretenderem — um regulamento complexo e articulado que preveja e discipline todos os aspectos possíveis, todas as eventualidades, todas as consequências da relação contratual. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 67; 65.

¹⁷²⁸ “A complexidade objetiva acarreta a pluralidade de elementos, com diversos regramentos incidentes, o que gera a necessidade de a interpretação ser focada na situação concreta”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 213.

¹⁷²⁹ A influência do tempo está diretamente relacionada à duração do contrato e incertezas quanto ao (des)cumprimento contratual. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 57-58.

¹⁷³⁰ O trabalho de Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser busca demonstrar que, apesar de teorias de direito e economia sugerirem que contratos devem ser complexos, a grande maioria dos contratos são mais simplificados do que se imagina ou se espera. Com objetivo de testar a sua hipótese, os autores apresentam nove elementos que fundamentariam a simplicidade contratual, quais sejam: ausência de complexidade contratual, custos transacionais, informação assimétrica, monitoramento de dinâmicas, formas e tensões progressivas, convenções, confiança e reputação, custos judiciais, renegociação e racionalidade limitada. Utiliza-se alguns dos elementos de justificação adotados pelos autores de forma antagônica, demonstrando que os mesmos elementos

A análise da complexidade é realizada a partir de três dimensões a) o número de contingências dispostas no contrato;¹⁷³¹ b) variedade dos pagamentos ou compensação em função das possíveis contingências;¹⁷³² e c) carga cognitiva exigida para se compreender o contrato que possa dificultar a sua compreensão.¹⁷³³

Com base nessa teoria, os contratos que estruturam as transações de energia renovável, em especial, os contratos de compra de energia elétrica, os contratos internacionais de financiamento, os contratos de investimentos em aceção estrita podem ser caracterizados como contratos complexos à luz da perspectiva multidimensional formulada por Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser.¹⁷³⁴

Nesse contexto, tanto as incertezas políticas, quanto os riscos de instabilidade no marco regulatório¹⁷³⁵ e os aspectos econômicos inerentes ao ambiente transacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável influenciam na formação contratual, transformando os contratos em instrumentos altamente complexos e densos.

Desse modo, os instrumentos contratuais se tornaram cada vez mais sofisticados, passando para um patamar de detalhamento das cláusulas com objetivo de pormenorizar as possíveis contingências que possam afetar, de alguma maneira, o projeto de energia renovável. Desse modo, entendemos que a complexidade se tornou um mecanismo utilizado como forma

diversamente aplicados no contexto do *project finance* justificam a necessidade de uma estrutura transacional complexa. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 93. January 18, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=205391>>. Acesso em 03 dez. 2018. p. 15.

¹⁷³¹ “a métrica da complexidade residiria na riqueza com que as partes previram no contrato as contingências, os eventos futuros que, uma vez materializados, seriam capazes de gerar obrigações e direitos, igualmente previstos”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 197.

¹⁷³² “Na segunda dimensão, os contratos são complexos caso os resultados, os pagamentos que uma parte deva fazer a outra, tenham um alto grau de variabilidade em função das contingências previstas, ainda que de modo independente da quantidade total de contingências”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 197.

¹⁷³³ “Na terceira dimensão, os contratos são complexos se as demandas cognitivas forem altas, ou seja, se houver dificuldade de compreensão de seu conteúdo”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 198.

¹⁷³⁴ “Recent work in the law and economics of contracts suggests that contracts ought to be highly complex and “fine-tuned.” They should have many terms describing the obligations of parties across alternative future states of the world”. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, n. 93, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=205391>>. Acesso em: 05 dez. 2018, p. 1.

¹⁷³⁵ “In project finance there are two major categories of risks: (i) commercial risks and (ii) political risks.” HOYOS, Juan Camilo. The Role of Bilateral Investment Treaties in Mitigating Project finance's Risks: The Case of Colombia. *Syracuse Journal of International and Commercial Law*, vol. 40, p. 285-317, 2012-2013, p. 288.

de investidores privados tentarem garantir proteção adicional aos investimentos realizados em relação ao risco da instabilidade do marco regulatório.

Trata-se, na nossa opinião, de um fenômeno de proteção desenvolvido no ambiente contratual, especialmente previsto nas relações entre partes privadas, com objetivo de criar garantias adicionais à proteção internacional conferida nos acordos internacionais de investimentos.

Portanto, poderíamos ver a complexidade contratual como mecanismo subjacente às cláusulas de estabilização, já que muitos investimentos estrangeiros são realizados sem a celebração de contratos de investimento com tais cláusulas, especialmente, naqueles projetos de geração de energia renovável realizados em países desenvolvidos como ocorreu com os investimentos realizados na Espanha.

7.4.2 A complexidade dos contratos internacionais como mecanismo de proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável

No caso da estrutura de *project finance*,¹⁷³⁶ por exemplo, há uma rede contratual complexa,¹⁷³⁷ caracterizada pela existência de múltiplos contratos coligados.¹⁷³⁸ Inobstante a

¹⁷³⁶ “As garantias, concessões de crédito, de uma maneira geral, configuram-se como contratos coligados. A evolução da economia fez com que, a par dos instrumentos jurídicos tradicionais de garantia de créditos (fiança, aval, hipoteca, dentre outros), surgissem estruturas de garantia como garantias autônomas que se desvinculam do caráter de “acessória” em relação à obrigação principal”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 115-116.

¹⁷³⁷ Lie Uema do Carmo esclarece que “Na doutrina jurídica, o exame de redes costuma ser tratado no âmbito da coligação contratual, embora alguns sustentem existir uma diferença conceitual entre redes e coligação contratual”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 158. Rodrigo Xavier Leonardo esclarece que “O termo coligação contratual, em sentido amplo, significa apenas e tão-somente uma ligação, um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que conformam uma operação econômica unificada.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 3. Rodrigo Xavier Leonardo explica que a visão tradicional da coligação contratual determinava que o seu reconhecimento somente poderia ser efetivo quando houvesse uma “previsão legislativa que estabelecesse este ou aquele vínculo entre diferentes contratos” ou, ainda, quando houvessem “cláusulas contratuais expressas que fixassem efeitos entre contratos interligados”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 3-4.

¹⁷³⁸ Adota-se a concepção de “coligação contratual” proposta por Rodrigo Xavier Leonardo que concebe a “para retrair o gênero das situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas, ligadas, promovendo alguma eficácia *paracontratual*, ou seja, alguma eficácia *ao lado* daquela que se desenvolve internamente ao contrato”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 8.

submissão às diferentes leis e aos foros de diferentes ordenamentos jurídicos,¹⁷³⁹ tais instrumentos contratuais adotam definições e obrigações com referências cruzadas conectando expressamente os diferentes contratos¹⁷⁴⁰ relacionados à transação.

Um importante fator para o sucesso da transação reside na coordenação dos contratos, os quais devem ser elaborados de maneira coerente. Assim, as cláusulas que regulam o mesmo evento devem ser harmônicas entre si,¹⁷⁴¹ evitando eventuais conflitos, sempre observando que as definições devem ser utilizadas de maneira uniforme.

Destaca-se, ainda, o efeito da cláusula de inadimplemento cruzado (*cross-default*), que permite o vencimento antecipado em cascata de todos os contratos da transação quando ocorre um evento de inadimplemento em apenas um deles, ilustrando o que seria uma verdadeira rede contratual.

Enquanto o instrumento de financiamento se reputa como contrato principal, as garantias apresentam caráter de acessoriedade,¹⁷⁴² dado que são utilizadas para “viabilizar ou incrementar o adequado adimplemento” do contrato principal.¹⁷⁴³ A estabilidade do marco regulatório acaba por exigir mais garantias capazes de mitigar os riscos que as entidades financiadoras assumem ao conceder o crédito para execução de projetos em determinados setores e panoramas jurídicos específicos.

Com efeito, a complexidade repercute em várias esferas contratuais e se tornou um fenômeno característico das transações que envolve investimentos estrangeiros, especialmente,

¹⁷³⁹ Cada contrato poderá estabelecer sua própria (i) lei aplicável, elegendo-se um (ii) foro competente de forma exclusiva ou não; bem como determinando (iii) um mecanismo de solução de controvérsia individualizado (judicial ou arbitral). No caso das garantias, esses contratos regem-se, em regra, pelas leis onde os bens se localizam. Com isso, a legislação local determinará as formalidades para constituição adequada da garantia e como se dará a sua execução - judicial ou extrajudicialmente. Todos esses aspectos influenciarão a probabilidade de adimplemento do crédito.

¹⁷⁴⁰ Como aventado por Rodrigo Xavier Leonardo, “os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes” são espécies de coligação contratual. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 8.

¹⁷⁴¹ “all of the project contracts must relate together with consistency in term, termination, and excuses for performance. For example, the force majeure clauses of all the contracts must be uniform in effect”. HOFFMAN, Scott. Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. *The Business Lawyer*, vol. 45, p. 181-232, 1989, p. 232.

¹⁷⁴² Susete Gomes aduz, entretanto, que foram “sendo criados modelos de relações negociais autônomas para a garantia do crédito, de forma a desvincular a garantia do caráter de acessório em relação ao contrato principal, atuando diretamente nos efeitos da coligação”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 117.

¹⁷⁴³ Rodrigo Xavier Leonardo considera que os contratos conexos são uma espécie de contratos coligados, sendo que a “extensão da ligação entre os contratos” se subdivide em três espécies de vínculos: acessoriedade, dependência e coordenação. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 10.

aqueles relacionados à energia renovável. Em outras palavras, as barreiras estruturais para os projetos de energia renovável¹⁷⁴⁴ acabaram por incrementar a complexidade e modificar as estruturas contratuais.

Os investidores e, principalmente, as instituições financeiras que disponibilizam recursos para projetos de energia renovável acabam por tornar os contratos cada vez mais complexos, determinando todas as possíveis contingências, como forma de se proteger de eventuais alterações no marco regulatório que possam afetar a regulação que inicialmente fundamentou a decisão de estabelecer os investimentos (*to make investments*).

Portanto, diante da possibilidade de haver uma estrutura contratual inepta a mitigar o risco regulatório, incrementou-se a complexidade dos contratos para responder às possíveis contingências das transações de energia renovável. E, assim, o marco regulatório nacional se relaciona intrinsecamente com as técnicas de elaboração contratual e, desse modo, concluímos como os mecanismos de proteção internacional previstos nos acordos internacionais de investimentos¹⁷⁴⁵ interagem com a estabilidade do marco regulatório nacional e, conseqüentemente, os contratos internacionais acabam por refletir quaisquer riscos resultantes de uma possível instabilidade.

Eis, pois, que a complexidade contratual acaba por se configurar como um desafio para a execução dos projetos em energia renovável e efetiva proteção dos investidores. Isto porque, o panorama para formação dos contratos acaba por se tornar mais desafiador e exigir especialização jurídica, conhecimento técnico, assim como recursos financeiros das partes com relação aos custos das negociações dos contratos.

Por fim, podemos, ainda, refletir sobre o contrassenso que se conforma quando o desenvolvimento da energia renovável para a transição energética depende da viabilização concreta dos projetos para que se configurem uma realidade. E, por sua vez, a execução de tais

¹⁷⁴⁴ Anteriormente, tratamos (i) do elevado custo do *know-how* e material tecnológico; (ii) da construção da planta para geração de energia em larga-escala; (iii) da ausência de infraestrutura adequada para transmissão e distribuição da energia produzida; (iv) dos riscos políticos atrelados à regulação local; e (v) da disponibilidade dos financiamentos externos. Além disso, destaca-se a necessária estabilidade do marco regulatório nacional.

¹⁷⁴⁵ Com relação a esse aspecto, importante mencionar a margem de apreciação de dispositivos denominados ‘*umbrella clause*’ que permitem uma interpretação ampla dos tribunais arbitrais com relação à obrigação estatal, que admitiram “eventuais inadimplementos contratuais sejam automaticamente considerados como violações aos próprios acordos internacionais de investimentos, sem que talvez essa tivesse sido a intenção dos Estados-partes, que não cuidaram especificamente das obrigações contratuais, embora tenham usado redações imprecisas”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 59. Nesse particular, se o contrato de empréstimo for considerado como investimento no rol da definição proposta pelo acordo internacional de investimento, um inadimplemento contratual poderia ser interpretado como uma violação do próprio tratado.

projetos depende de uma estrutura de complexidade contratual para que as partes se protejam, cada vez mais, dos riscos inerentes as alterações do marco regulatório nacional.

Enquanto que a regulação deveria ser um instrumento de indução dos investimentos estrangeiros e garantia de proteção dos seus direitos, acaba que a sua instabilidade se torna um elemento agregador de custo transacional e complexidade dos contratos utilizados para a concretização do desenvolvimento da energia renovável.

Desse modo, poderíamos concluir que a estabilidade regulatória se torna um elemento substancial para que haja uma evolução e simplificação dos instrumentos contratuais e, assim, os contratos mais simplificados dinamizem a indústria de energia renovável, multiplicando as transações neste setor e reduzindo a sua complexidade.

8 A ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS ESTRANGEIROS EM ENERGIA RENOVÁVEL

Uma análise dos antecedentes históricos sobre o setor energético denota que a atividade de exploração dos recursos naturais em território estrangeiro desencadeia comumente tensões entre investidores e Estados hospedeiros no Direito Internacional. Como analisado anteriormente, a indústria de energia se tornou seara comumente submetida à soberania estatal, muitas vezes, com guarida para o exercício do poder de regular com medidas de caráter nacionalista.

No âmbito dos investimentos em fontes tradicionais de energia, há um histórico de controvérsias no cenário do Direito Internacional de Investimentos. Peter Cameron recorda o fenômeno denominado como a ‘Onda do Milênio’ (*Millennium Wave*), similar à terminologia adotada por Andreas Lowenfeld - ‘Onda de Expropriações’ (*The Wave of Expropriations*).¹⁷⁴⁶ Trata-se de uma série de ações estatais contra companhias energéticas ocorridas na América Latina e na Rússia que acabaram por desencadear múltiplas arbitragens internacionais de investimentos.¹⁷⁴⁷

No setor de energia renovável, também ocorreram alterações legislativas que modificaram o marco regulatório estatal para proteção do mercado interno. Com fundamento na crise econômica, déficit tarifário ou, ainda, necessária estabilização da economia, alguns Estados remodelaram a normativa que implementava medidas de apoio à geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis.

Tais alterações envolveram a reestruturação de programas de remuneração que visavam o desenvolvimento da energia renovável. Assim, mecanismos como o *feed-in tariff* foram repaginados com objetivo de reduzir os encargos econômicos absorvidos pelo Estado e,

¹⁷⁴⁶ LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 483.

¹⁷⁴⁷ A ‘Onda do Milênio’ (*Millennium Wave*) consiste em uma denominação proposta por Peter Cameron para se referir ao processo ocorrido na América Latina e na Rússia referente às ações estatais contra companhias de energia distinta do movimento expropriatório ocorrido no Oriente Médio e Norte da África que forçou renegociação contratual entre investidores e os Estados produtores de petróleo. A Onda do Milênio revela um comportamento distinto dos investidores, que decidiram recorrer à arbitragem ao invés de se manter restritos à renegociação contratual com os Estados hospedeiros. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford University Press, 2010, p. 13. É preciso destacar, todavia que Lowenfeld já adotava em seu livro *Direito Econômico Internacional*, anterior à publicação de Peter Cameron, semelhante terminologia para o mesmo fenômeno, denominando de ‘Onda de Expropriações’ que ocorreram, segundo Andreas Lowenfeld, entre 1945 e 1970, nos países da Europa Oriental e sua ex-colônias e América Latina. LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 483.

consequentemente, pelos consumidores, o que impactou substancialmente a viabilidade econômica dos projetos de energia renovável.

No caso da Espanha, a alteração do marco regulatório sobre renováveis e a consequente insegurança jurídica desencadeou um grande número de procedimentos arbitrais internacionais propostos por investidores estrangeiros alegando violação do padrão de tratamento justo e equitativo e expropriação, previstos no ECT. Não só a Espanha,¹⁷⁴⁸ mas também outros Estados-Membros da União Europeia foram demandados como Chéquia e Itália com base em fundamentos semelhantes.¹⁷⁴⁹

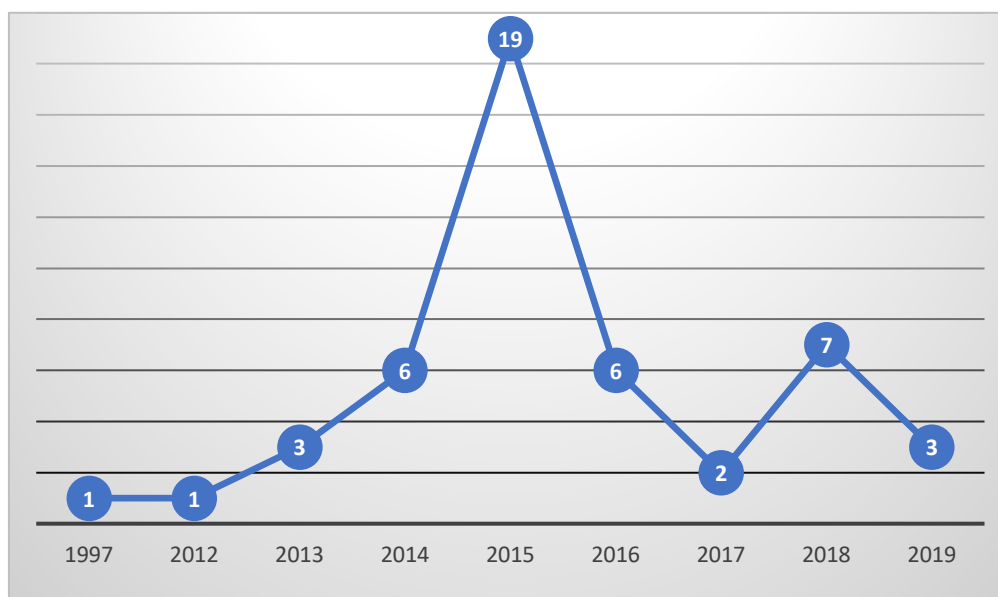
Como reflexo às medidas estatais, os investidores alegam a violação do padrão de tratamento justo e equitativo e, ainda, a expropriação indireta dos seus investimentos. E, com isso, 68 casos foram registrados desde 2011 (Apêndice 6), sendo que 46 foram iniciados contra a Espanha, os quais cresceram mais expressivamente em 2015, quando se registrou 19 novos casos (Figura 15).¹⁷⁵⁰

¹⁷⁴⁸ Antes do crescimento no número de arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável, a Espanha havia respondido a 2 arbitragens no âmbito do ICSID (*Emilio Agustín Maffezini v. Espanha e Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB Las Rozas, S.L. v. Espanha*), Contudo, atualmente, são 39 arbitragens no âmbito do ICSID contra a Espanha, sendo que 35 circunscrevem-se ao setor de energia renovável. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7>>. Acesso em: 09 fev. 2020. Ver também INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/12/17. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/17>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

¹⁷⁴⁹ Os dados relativos às arbitragens foram coletados no site do *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) e no site *Investment Treaty Arbitration* (ITALAW). Destaca-se que os casos de arbitragem no âmbito do ICSID podem ser acessados a partir do campo “Search Cases Database” em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx>>. Com relação à base de dados ITALAW, esta foi criada em 2004 pelo jurista Andrew Newcombe, contendo registros de laudos arbitrais e outros documentos relativos às arbitragens iniciadas em diferentes tribunais arbitrais. O acesso à referida base de dados é público e as pesquisas podem ser realizadas em: <<http://www.italaw.com>>.

¹⁷⁵⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Cases Database. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx>>. Acesso em: 20 jan. 2020. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://www.italaw.com>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

Figura 15 – Evolução das arbitragens internacionais de investimentos energia no ICSID



Fonte: INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES¹⁷⁵¹

Para se conceber a real perspectiva da proeminência das arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável, os procedimentos são classificados pelo ICSID quanto ao seu objeto que, nesse caso, envolve “Empresas Geradoras de Energia Renovável” (*Renewable Energy Generation Enterprise*). Tais casos representam, atualmente, 17% do total das arbitragens do ICSID, tendo alcançado o segundo lugar quanto ao total de arbitragens no ICSID.¹⁷⁵²

Quando uma nova onda de arbitragens internacionais impacta um setor de maneira tão expressiva como ocorreu com a energia renovável, podemos depreender que há um fenômeno com consequências similares ao que ocorreu com a ‘Onda do Milênio’, que provocou um nível sem precedentes de arbitragem internacional de investimentos.

Ao olhar para os casos que envolvem investimentos estrangeiros em energia renovável, podemos avaliar uma possível denominação como ‘Nova Onda do Milênio’ (*New Millennium Wave*), posto que o conjunto de decisões a serem emitidas certamente consolidará uma importante base jurisprudencial no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos.

¹⁷⁵¹ Gráfico elaborado com os dados das arbitragens disponibilizados pelo ICSID. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID Cases Database. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/searchcases.aspx>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

¹⁷⁵² Destaca-se que todos os dados foram coletados no âmbito do site do ICSID. A categoria “*Renewable Energy Generation Enterprise*” foi adotada pelo ICSID. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cases Database*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

É possível, também, que a nova perspectiva regulatória das renováveis se alinhe com a posição dos tribunais arbitrais, que tem sido especialmente favorável aos investidores, caracterizando um efeito *ex ante* no exercício do poder de regular dos Estados.¹⁷⁵³ Nesse sentido, as arbitragens de investimentos estrangeiros em energia renovável podem provocar os Estados para que deixem de proceder com determinada alteração do marco regulatório sobre renováveis “com receio de enfrentar condenações por meio da arbitragem internacional de investimentos”.¹⁷⁵⁴

Outro fator a ser considerado é que a jurisprudência arbitral a ser formada pode se tornar elemento valorativo para o desenvolvimento de novos acordos internacionais de investimentos. Nesse sentido, é possível, também, que influencie a abordagem dos Estados com relação ao nível de equilíbrio entre a estabilidade regulatória e os princípios de proteção aos investidores.

Por certo, a análise das arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável se torna relevante do ponto de vista acadêmico, podendo se tornar um fenômeno que irá ressignificar o panorama normativo internacional e nacional sobre esses investimentos. O número crescente de tais procedimentos corrobora a necessidade de se criar um ambiente regulatório estável, o qual garanta o respeito à expectativa legítima do investidor. Como as arbitragens investidor-Estado em energia renovável assumiram proporções anteriormente inimagináveis, é possível que reorientem a regulação das fontes renováveis no setor elétrico dos Estados.

Demonstra-se, por meio da jurisprudência arbitral, a relevância de se manter um marco regulatório estatal atrativo, no que tange à capaz de promover investimentos estrangeiros e, estável, para garantir um ambiente de segurança jurídica e estabilidade.¹⁷⁵⁵

A instabilidade e incerteza jurídica podem repercutir negativamente em diversos aspectos, reduzindo os investimentos¹⁷⁵⁶ ou, ainda, revelando uma verdadeira patologia em função de alterações legislativas mal estruturadas pelos Estados.

¹⁷⁵³ MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 183.

¹⁷⁵⁴ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 72.

¹⁷⁵⁵ SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 583-585.

¹⁷⁵⁶ Outro aspecto relevante circunscreve ao impacto das arbitragens internacionais para o fluxo dos investimentos estrangeiros em energia renovável. Em que pese a região europeia permaneça como destino de 14% do fluxo de investimentos estrangeiros em energia no mundo. INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019, p. 25. Afirma-se, que a região europeia sofreu com um declínio dos investimentos em energia renovável.

Em linhas gerais, os procedimentos arbitrais que envolvem investimentos em energia renovável foram submetidos ante os seguintes tribunais arbitrais internacionais (i) ICSID; (ii) SCC; e (iii) PCA, porém a grande maioria dos casos (35 de 46), se concentra no ICSID.

Diante da metodologia aplicada ao estudo comparado da regulação nacional para promoção da energia renovável no Brasil e na Espanha, determinou-se como aplicável restringir a análise das arbitragens de investimentos em face da Espanha no que toca a energia renovável e, particularmente, somente aquelas relacionadas às instalações com uso de energia solar.¹⁷⁵⁷

O dimensionamento da análise se limita às 14 decisões arbitrais¹⁷⁵⁸ emitidas e disponibilizadas publicamente pelo ICSID e SCC até 30 de janeiro de 2020,¹⁷⁵⁹ as quais circunscrevem algum tipo de investimento estrangeiro em energia solar (fotovoltaica ou concentrada). Excluem-se da análise eventuais arbitragens de investimentos em energia

“Europe suffered a bigger decline, of 36% to \$40.9 billion. The biggest reason was a fall of 65% in U.K. investment to \$7.6 billion, reflecting an end to subsidies for onshore wind and utility-scale solar, and a big gap between auctions for offshore wind projects. Germany also saw a drop in investment, of 35% to \$10.4 billion, on lower costs per MW for offshore wind, and uncertainty over a shift to auctions for onshore wind. The latter change was also one reason, along with grid connection issues, for a fall in Japanese outlays of 28% to \$13.4 billion”. FRANKFURT SCHOOL-UNEP CENTRE. Global Trends in Renewable Energy Investment 2018. Disponível em: <http://www.greengrowthknowledge.org/sites/default/files/downloads/resource/Global_Trends_in_Renewable_Energy_Investment_Report_2018.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019, p. 11.

¹⁷⁵⁷ Como a análise do marco regulatório espanhol se orientou para o quadro normativo que regulava o sistema de remuneração para energia solar, exclui-se da análise os laudos no âmbito das arbitragens internacionais de investimentos que envolviam estritamente projetos de energia eólica (*BayWa r.e. Asset Holding GmbH v. Kingdom of Spain*) e aquela que versava sobre projetos de energia eólica e pequenas centrais hidrelétricas (*RWE Innogy Aersa S.A.U. v. Kingdom of Spain*).

¹⁷⁵⁸ Cumpre-se destacar que as decisões variam de laudos arbitrais (*awards*) e decisão que estabelece a jurisdição do tribunal arbitral, responsabilidade e outros assuntos relacionados à quantificação do dano (*Decision on jurisdiction, liability and certain issues of quantum*).

¹⁷⁵⁹ *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain; Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain; Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain; Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain; Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain; Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L. v. Kingdom of Spain; RREEF Infrastructure (G.P.) Limited v. Kingdom of Spain; Nextera Energy Global Holdings B.V. v. Kingdom of Spain; 9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain; Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain; SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain; OperaFund Eco-Invest SICAV PLC v. Kingdom of Spain; Stadtwerke München GmbH v. Kingdom of Spain*. Registra-se que o laudo arbitral dos casos *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited v. Kingdom of Spain* e *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain* não foram analisados, pois os mesmos não se encontravam disponíveis publicamente até fevereiro de 2020. Os laudos arbitrais foram acessados do sítio eletrônico do ICSID. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cases Database*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>>. Acesso em: 30 jan. 2020. Para aquelas decisões que não se encontravam disponíveis no ICSID, a mesma estava disponível no INVESTMENT TREATY ARBITRATION. Disponível em: <<http://www.italaw.com>>. Acesso em: 30 jan. 2020. A decisão do caso *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited v. Kingdom of Spain* já foi emitida, mas não se encontrava publicamente disponível na data de encerramento da análise.

renovável contra outros Estados como Itália e Chéquia, aquelas que versam sobre BITs,¹⁷⁶⁰ assim como os casos que envolvem estritamente energia eólica ou hidráulica contra a Espanha.

Tais procedimentos foram submetidos com base no ECT,¹⁷⁶¹ já que a Espanha se configura como Estado-Parte deste tratado e os investidores são nacionais de outro Estado-Parte, conforme poderá se depreender do Apêndice 6. As principais alegações circundam a violação do padrão de tratamento justo e equitativo, conforme previsto no artigo 10(1) do ECT e, subsidiariamente, a caracterização de expropriação indireta, conforme previsto no artigo 13 do ECT.

8.1 Questões relativas à competência dos tribunais arbitrais

8.1.1 jurisdição *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis*

Para submeter uma disputa sobre investimentos no âmbito do ECT, é preciso que se sejam cumpridos os requisitos de *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione temporis*, o que se denomina “arbitrabilidade” por Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio e “relaciona-se à possibilidade de determinada pessoa ou litígio sujeitar-se à arbitragem”.¹⁷⁶²

A contribuição de Thomas Roe e Matthew Happold sintetiza os cinco pressupostos a serem preenchidos para início de um procedimento arbitral com base no ECT: (i) violação de uma obrigação no âmbito da Parte III do ECT; (ii) a disputa deve circunscrever um investimento, conforme disposto no ECT, desde que (a) seja associado a uma ‘Atividade Econômica No Setor Energético’, e (b) seja qualificado como investimento nos termos da definição prevista no artigo 1(6); (iii) seja estabelecido no território de um Estado-parte; (iv) o

¹⁷⁶⁰ Exemplo de arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável que não versam sobre o ECT: *Costruzioni S.r.l. and others v. Republic of Albania*, *KLS Energy Lanka Sdn. Bhd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*.

¹⁷⁶¹ Registra-se que uma arbitragem internacional de investimentos foi registrada no âmbito da SCC e desistida pelo investidor: *Solarpark Management & Co. Atum I KG v. Kingdom of Spain*, cujo objetivo compreendia “*Claims arising out of a series of energy reforms undertaken by the Government affecting the renewables sector, including a 7 per cent tax on power generators’ revenues and a reduction in subsidies for renewable energy producers*”. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG v. Kingdom of Spain*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/838/solarpark-v-spain>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁷⁶² “Doutrinariamente, pode-se dividir em arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, quando se referir à capacidade de uma pessoa submeter-se ao procedimento arbitral, e em arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, quando relativa aos conflitos passíveis de julgamento por este procedimento”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen (Colab. de Suzana Medeiros). *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 213

requerente seja um investidor de um Estado-parte; e (v) a suposta violação tenha ocorrido à data que permita que o tribunal arbitral tenha jurisdição, considerando o necessário consentimento do Estado-parte à jurisdição do tribunal arbitral.¹⁷⁶³

Desse modo, enquanto a Parte III do ECT estabelece o conjunto de regras para a promoção e proteção dos investimentos em energia, o artigo 26 do ECT da Parte V do ECT introduz um mecanismo de solução de controvérsias para os casos de violação das obrigações exclusivamente estabelecidas na Parte III.¹⁷⁶⁴

Em outras palavras, a jurisdição *ratione materiae* do artigo 26 compreende as controvérsias investidor-Estado, autorizando a sua submissão sempre que relacionada a um investimento no território do Estado-Parte¹⁷⁶⁵ de um investidor de outro Estado-Parte e fundamentada na violação de uma obrigação disposta na Parte III do ECT.¹⁷⁶⁶

¹⁷⁶³ ROE; Thomas; HAPPOLD, Matthew. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 41.

¹⁷⁶⁴ “Article 26: Settlement of Disputes between an Investor and a Contracting Party (1) Disputes between a Contracting Party and an Investor of another Contracting Party relating to an Investment of the latter in the Area of the former, which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III shall, if possible, be settled amicably. (2) If such disputes cannot be settled according to the provisions of paragraph (1) within a period of three months from the date on which either party to the dispute requested amicable settlement, the Investor party to the dispute may choose to submit it for resolution: (a) to the courts or administrative tribunals of the Contracting Party party to the dispute; (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute settlement procedure; or (c) in accordance with the following paragraphs of this Article. (...) (4) In the event that an Investor chooses to submit the dispute for resolution under subparagraph (2)(c), the Investor shall further provide its consent in writing for the dispute to be submitted to: (a) (i) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States opened for signature at Washington, 18 March 1965 (hereinafter referred to as the “ICSID Convention”), if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention; or (ii) The International Centre for Settlement of Investment Disputes, established pursuant to the Convention referred to in subparagraph (a)(i), under the rules governing the Additional Facility for the Administration of Proceedings by the Secretariat of the Centre (hereinafter referred to as the “Additional Facility Rules”), if the Contracting Party of the Investor or the Contracting Party party to the dispute, but not both, is a party to the ICSID Convention; (b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or (c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁷⁶⁵ Ressalta-se que o investimento deve ter sido realizado na “Area of the Contracting Party” conforme definição proposta pelo próprio ECT. “For while condition (1) is concerned only with whether there is a dispute concerning an ‘alleged breach’ of an obligation under Part III with the actuality: for the tribunal to have jurisdiction to determine the substantive dispute, there must actually be an Investment by an Investor in the Area of the Contracting Party”. ROE; Thomas; HAPPOLD, Matthew. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 43-44.

¹⁷⁶⁶ SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 341.

Com isso, quaisquer controvérsias que versem sobre outros temas (comércio, trânsito de energia e transferência de tecnologia no setor de energia) não estão compreendidas no âmbito do requisito *ratione materiae* do artigo 26.¹⁷⁶⁷

Sendo assim, os investimentos qualificáveis devem ser realizados no setor de energia e se adequar à definição inserida no artigo 1(6) do ECT e, por conseguinte, o mecanismo de solução de controvérsias não abrange investimentos em outros setores da economia.¹⁷⁶⁸

Com relação à competência *ratione materiae*, ressalta-se também a exclusão da aplicabilidade do artigo 26 aos investimentos que se encontram na fase pré-estabelecimento,¹⁷⁶⁹ pois a linguagem adotada no artigo 10(2) confere uma proteção sem caráter vinculativo, caracterizando como medidas de *soft law*.¹⁷⁷⁰ Assim, para os investimentos na fase pré-estabelecimento, a competência estaria estabelecida no mecanismo de solução de controvérsia interestatal previsto no artigo 27 do ECT e deverá ser exercida por meio dos canais diplomáticos.¹⁷⁷¹

¹⁷⁶⁷ “Other obligations, falling outside of Part III, such as those concerning trade, transit and technology transfer, are not included in the scope of Article 26. This mechanism of dispute settlement has a proven track record since there have been no fewer than twenty reported cases brought by investors to international arbitration since the first arbitration commenced in 2001”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 160. “The ECT governs the jurisdiction of ECT arbitral tribunals. As for jurisdiction *ratione personae*, the disputing parties must be a Contracting Party and an Investor. As for jurisdiction *ratione materiae*, a dispute must arise in connection with an obligation under Part III. Therefore, an ECT arbitral tribunal can only hear claims based on alleged violations of a claimant’s rights under Part III”. MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 164. “Disputes over the transit of energy are the subject of a distinct set of rules and procedures in Article 7(7)”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 161. “Another mechanism for the settlement of disputes is provided for under Article 29 and Annex D for trade disputes between contracting parties provided that at least one of them is not a WTO member. It follows closely the WTO model”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 162. Nesse sentido, ver também SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 342.

¹⁷⁶⁸ MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 164.

¹⁷⁶⁹ “Albeit Article 10 is located in Part III, disputes over pre-investment obligations under this provision appear to be excluded from investor-state dispute settlement under Article 26”. SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 342.

¹⁷⁷⁰ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 157.

¹⁷⁷¹ SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 343.

No que tange o seu aspecto procedimental, a controvérsia poderá, transcorrido o prazo de três meses para uma solução amigável,¹⁷⁷² ser submetida, alternativamente, (i) ao judiciário ou tribunais administrativos do Estado-parte receptor dos investimentos; (ii) à qualquer outro mecanismo de solução de disputa previamente acordado; ou (iii) a um procedimento de arbitragem ou conciliação internacional. Por conseguinte, o ECT não exige o esgotamento prévio dos recursos internos para que um investidor possa iniciar um procedimento arbitral com base no artigo 26.

Observa-se o critério *ratione temporis* no segundo parágrafo do artigo 1(6), o qual determina, por sua vez, que a proteção prevista no ECT abrange os investimentos existentes ou realizados após a entrada em vigor do tratado (*Effective Date*).¹⁷⁷³ Nesse contexto, o artigo 44 regula a data em que os seus efeitos já seriam vinculantes – 90 dias após o depósito do 30º instrumento de ratificação – entrando em vigor, portanto, no dia 16 de abril de 1998.¹⁷⁷⁴

Para os Estados que ratificaram posteriormente, o ECT entrou em vigor 90 dias após a ratificação, nos termos do artigo 44(2).¹⁷⁷⁵ Assim, os investimentos deveriam ter sido realizados a qualquer tempo, mantendo a jurisdição do tribunal apenas para os eventos que ocorreram após o estabelecimento do investimento.¹⁷⁷⁶

Outro critério de análise da competência do tribunal arbitral é a jurisdição *ratione personae*. No âmbito do ECT, o artigo 26 limita a jurisdição às controvérsias sobre investimentos entre um Estado-parte e um investidor de outro Estado-parte.

A definição de investidor está prevista no artigo 1(7) do ECT que, conforme já ressaltado, compreende (i) a pessoa natural que possua (a) nacionalidade; (b) cidadania,¹⁷⁷⁷ ou (c) residência permanente em um Estado-parte nos termos da sua legislação local ou de um

¹⁷⁷² “The starting point for all of the disputes envisaged under the ECT is a three month cooling-off period which is required for amicable settlement, failing which the investor may choose local courts or administrative tribunals, a previously agreed dispute settlement mechanism or ECT arbitration. The three month cooling-off period is in contrast to the six month period provided by NAFTA”. CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 160.

¹⁷⁷³ VARIS, Ozge. *International Energy Investments: Tracking the Legal Concept*. Groningen: *Groningen Journal of International Law, Energy & Environmental Law*, vol. 2, issue 1, p. 81-92, 2014, p. 90.

¹⁷⁷⁴ ROE; THOMAS; HAPPOLD, Matthew. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 66.

¹⁷⁷⁵ ROE; THOMAS; HAPPOLD, Matthew. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 66.

¹⁷⁷⁶ ROE; THOMAS; HAPPOLD, Matthew. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 66.

¹⁷⁷⁷ No âmbito do ECT, a jurisprudência interpreta os critérios de nacionalidade e cidadania como idênticos, ver STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *CEM Cenzig Uzan v. The Republic of Turkey*. SCC Arbitration Case n. 2014/023, Award on Respondent’s Bifurcated Preliminary Objection, 20 abr. 2016, § 139.

terceiro Estado;¹⁷⁷⁸ ou, ainda, (ii) a pessoa jurídica constituída de acordo com a lei do Estado-parte¹⁷⁷⁹ ou de um terceiro Estado.

É importante esclarecer que, para os casos arbitrais submetidos ao ICSID, é preciso cumprir o critério *ratione materiae* e *ratione personae* também previstos na Convenção de Washington.¹⁷⁸⁰ Com relação à jurisdição, o artigo 25(1) determina que a mesma se estende a qualquer controvérsia que surja sobre um investimento entre um Estado-Parte e um nacional de outro Estado-parte.¹⁷⁸¹ “O caráter jurídico se deve à intenção de afastar as questões políticas da análise dos tribunais, esclarecendo que os pedidos e defesas devem buscar esteio técnico”.¹⁷⁸²

Com relação ao critério *ratione materiae*, é preciso ressaltar que não há, na Convenção de Washington, uma definição de ‘investimentos’ introduzida no artigo 25(1), aplicando o

¹⁷⁷⁸ GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 39.

¹⁷⁷⁹ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Segundo Dylan Geraets e Leonie Reins, no âmbito da decisão sobre Jurisdição na arbitragem *Veteran Petroleum Ltd (Cyprus) v. Russian Federation* na Corte Permanente de arbitragem, a opinião de James Crawford afirma que o ECT não impõe outros requisitos como sede social, controle, local das atividades, para estabelecer a definição de investidor. GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 28. “Article 1(7)(a)(ii) of the ECT defines ‘Investor’ of a Contracting Party to mean “a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §226.

¹⁷⁸⁰ “A Convenção de Washington estabelece que a jurisdição do referido órgão é *ratione materiae*, tratando apenas de questões que versem sobre a matéria investimentos, além de ser também *ratione personae*, legitimando o acesso ao tribunal pelos Estados-Partes, bem como pelos nacionais de um Estado-Parte diverso daquele que integra o outro polo da ação, conforme prevê o artigo 25 da Convenção”. GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Jose Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, no 46, p. 57-75, 2018, p. 66. Destaca-se a análise feita pelo tribunal arbitral no caso *Eiser Infrastructure Ltd. v. Espanha*. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §221 e ss.

¹⁷⁸¹ “Article 25 (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁷⁸² “A limitação aos casos sobre investimentos, por seu turno, não chega a restringir vigorosamente a jurisdição, pois, intencionalmente, não há definição de investimento no texto, o que facilitou o consenso entre as Partes”. COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos no Brasil: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 247-270, 2014, p. 264.

requisito do consentimento como essencial para que as partes submetam a controvérsia ao tribunal do ICSID.¹⁷⁸³

Para a jurisdição *ratione personae*, o artigo 25(2) introduz a definição de investidor como ‘nacional de outro Estado-parte’, afirmando que se trata de pessoa natural ou pessoa jurídica com nacionalidade de um Estado-parte, desde que não seja nacional do Estado demandado.¹⁷⁸⁴ Nesse caso, exclui-se do critério da pessoa natural, os indivíduos que possuem dupla nacionalidade, sempre que uma delas for nacionalidade do Estado demandado.

José Augusto Fontoura Costa ressalta que, na definição de investidor da Convenção de Washington também se incluem as pessoas jurídicas “sempre que tenham nacionalidade do outro país, conforme seu Direito, ou quando há controle estrangeiro, o que é muito importante quando investimento é mediado por subsidiárias ou *joint ventures* corporativas no país receptor”.¹⁷⁸⁵

Outro aspecto importante destacado por José Augusto Fontoura Costa e Vivian Daniele Rocha Gabriel é que, posteriormente, ampliou-se a jurisdição *ratione personae* “em seu âmbito material e subjetivo a Estados que não sejam Partes, para que tenham acesso ao tribunal, contanto que estes autorizem a sua jurisdição”.¹⁷⁸⁶

¹⁷⁸³ “No attempt was made to define the term “investment” given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4))”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020. p. 44. Ver também XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 40. Ver também KÜHN, Wolfgang; WIEGEL, Ulrike. The application of International Law and treaty provisions by arbitrators. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, v. 4, p. 451-472, 2003, p. 459-461.

¹⁷⁸⁴ O Estado demandado na data em que as partes deve ter consentido a submeter a sua disputa à conciliação ou arbitragem, ou, ainda, qualquer pessoa jurídica que detinha a nacionalidade de um Estado-parte na data em que as partes concordaram que aquela pessoa jurídica seria tratada como nacional de outro Estado para fins da Convenção. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

¹⁷⁸⁵ COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos no Brasil: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 247-270, 2014, p. 264.

¹⁷⁸⁶ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Jose Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, no 46, p. 57-75, 2018, p. 66. “desde 1978, possui a chamada ‘Additional Facility Rules’, que autoriza a realização de arbitragens entre Estados e investidores fora do escopo da Convenção, ou seja, arbitragens envolvendo um Estado que não seja parte dela ou um investidor de país que não tenha ratificado a Convenção”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen (Colab. de Suzana Medeiros). *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 393.

É importante ressaltar a relevância do critério *ratione personae* para os casos de arbitragem internacional em energia renovável, já que a nacionalidade acabou por segregar os investidores que teriam acesso aos tribunais arbitrais internacionais e os nacionais que se limitaram ao esgotamento dos recursos nos tribunais internos.¹⁷⁸⁷

Como se resalta no laudo arbitral do caso *9REN Holding S.a.r.l. v. Espanha*, o tratamento concedido aos investidores espanhóis foi considerado como constitucional no âmbito do direito espanhol. Na visão do tribunal arbitral, contudo, tal tratamento unilateral não se configurou como justo nem equitativo.¹⁷⁸⁸ Até porque, o grande investidor espanhol que conta com filial ou subsidiárias constituídas no exterior acaba por se beneficiar da arbitragem internacional de investimentos,¹⁷⁸⁹ enquanto o pequeno investidor, detentor de uma instalação fotovoltaica, acabou por se limitar às decisões dos tribunais espanhóis a favor do Estado.

Ressaltam-se, particularmente, os exemplos de investimentos em parques de energia renovável que possuíam uma participação acionária dividida entre investidores nacionais e estrangeiros.¹⁷⁹⁰ Tais empreendimentos acabaram também sendo impactados desigualmente, pois somente os estrangeiros obtiveram ressarcimento dos danos por via das decisões arbitrais condenatórias à Espanha.¹⁷⁹¹

Surya Subedi resalta tais situações como exemplos em que investidores estrangeiros acabam contando com proteção adicional em relação aos nacionais em virtude de regras de

¹⁷⁸⁷ Nesse contexto, os investidores de nacionalidade espanhola se viram impossibilitados de recorrer ao procedimento arbitral internacional e foram obrigados a manter seus recursos no âmbito administrativo dos tribunais espanhóis.

¹⁷⁸⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 08 fev. 2020. §311.

¹⁷⁸⁹ Na opinião de Millán Requena Casanova, a diferenciação entre os investidores nacionais e estrangeiros provoca “*una sensación de injusticia respecto de los pequeños inversores nacionales*”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 3-4. Nota de rodapé nº 9.

¹⁷⁹⁰ “*Energia Solar Luxembourg owns 36.95% of the shares of Aires Solar Termoeléctrica S.L. (“ASTE”) and 33.83% of the shares of Dioxipe Solar S.L. (“DIOXIPE”), the Spanish companies that own the thermo-solar power plants at issue*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 224.

¹⁷⁹¹ “*The record shows that Claimants made significant investments of funds in the form of share purchases, loans and injections of capital into the Spanish entities that own and operate the CSP plants at issue*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 228.

proteção inseridas em acordos internacionais de investimentos, já que se beneficiam da compensação baseada em padrões internacionais, previstas nos tratados.¹⁷⁹²

No caso dos projetos de energia renovável com amparo do ECT, os investidores que realizaram os investimentos a partir de uma estrutura societária internacional, com sociedades constituídas em outros Estados-Partes que não sejam na Espanha, se qualificaram para arbitragem no âmbito do ECT. Desse modo, tais investidores se beneficiaram dos mecanismos de proteção dispostos neste tratado, enquanto nem os nacionais, nem os investidores de Estados que não fazem parte deste tratado, se qualificaram para a arbitragem investidor-Estado com fundamento no ECT.¹⁷⁹³

¹⁷⁹² SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 3rd ed., 2016, p. 221.

¹⁷⁹³ Em que pese os efeitos deste sistema resultar em relativa discriminação quanto aos investidores nacionais, é preciso reconhecer que o Direito Internacional dos Investimentos vem se desenvolvendo para proteger os investidores estrangeiros de medidas estatais protecionistas e discriminatórias. Sugerir uma equivalência de direitos entre investidores espanhóis e estrangeiros poderia ser considerada um posicionamento semelhante ao que se propunha no âmbito da doutrina do diplomata argentino Calvo do século XIX, a qual defendia a igualdade entre nacionais e estrangeiros. LEAVY, James. The Calvo doctrine in Latin American loans. *International Financial Law Review*, v. 4, issue 10, 1985, p. 31. Faz-se referência ao trabalho de José Augusto Fontoura Costa e Vivian Gabriel, “sistema preliminar de proteção dos investimentos estrangeiros foi contestado no final do século XIX e até metade do século XX, pelas Doutrinas Drago e Calvo. As limitações doutrinárias a esse sistema de proteção envolviam, respectivamente, críticas quanto à ingerência externa de outros Estados forçosamente para resolver dívidas e tratar de questões relacionadas à propriedade privada e a investimentos, bem como se entendia que as disputas existentes não deveriam ultrapassar os limites jurisdicionais interno dos Estados, afastando a proteção diplomática ou a reclamação internacional”. GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Jose Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, no 46, p. 57-75, 2018, p. 64. Com fundamento na doutrina Calvo, proibia-se a intervenção diplomática para proteção dos investidores estrangeiros, os quais não deveriam se beneficiar de um tratamento mais benéfico do que aquele concedido aos próprios nacionais do Estado hospedeiro. Segundo Celso D. de Albuquerque Mello, a doutrina Calvo “surtiu para defender o Paraguai em relação a Inglaterra, vez que a proteção diplomática só era exercida pelos países poderosos. Essa cláusula declara que qualquer reclamação do estrangeiro deverá ser resolvida pelos tribunais do estado. Nela o particular renuncia a proteção diplomática do seu estado nacional (...) a finalidade da cláusula é evitar as reclamações de estados estrangeiros em nome de seus nacionais”. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 115. Calvo afirmava que o estrangeiro deveria requerer a compensação por seus direitos no Estado hospedeiro do investimento, não no seu Estado de origem, mas sim recorrer aos tribunais locais onde o investimento foi realizado. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 27 jan. 2020. p. 15. Como consequência do tratamento igualitário entre os estrangeiros e nacionais, os direitos e a propriedade do investidor estrangeiro deveriam ser regulados pela lei local do Estado hospedeiro e os tribunais locais deveriam ter competência exclusiva sobre as controvérsias investidor-Estado. NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 13. Além disso, é preciso ressaltar que os acordos bilaterais de investimentos foram concebidos, no seio do Direito Internacional dos Investimentos, como instrumentos de garantia da proteção dos interesses dos investidores advindos de países exportadores de capital, muito embora as obrigações dispostas nesses acordos fossem majoritariamente recíprocas entre os Estados-Partes. Os acordos bilaterais de investimentos contribuem, por conseguinte “(a) para a criação de ambientes mais estáveis para o investidor estrangeiro, (b) para a revisão de muitas medidas estatais que, na realidade, eram discriminatórias e (c) para o avanço das teorias da proteção da propriedade de estrangeiros”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos*

Mesmo assim, é preciso reconhecer que o Direito Internacional dos Investimentos objetiva justamente estabelecer um sistema de proteção internacional aos investidores estrangeiros contra medidas protetivas e discriminatórias favoráveis aos nacionais, por meio de mecanismos de solução de controvérsias independentes do sistema jurídico nacional. Submeter à exclusiva jurisdição dos tribunais locais poderia se configurar uma situação potencialmente prejudicial aos investidores estrangeiros.

O Estado hospedeiro poderá, todavia, suprir a discrepância entre investidores nacionais e estrangeiros com medidas estatais proporcionais que garantam aos nacionais o benefício relativamente equivalente àquele oferecido aos estrangeiros. Nesse sentido, destaca-se a solução proposta pelo RDL 17/2019 que determinou a aplicabilidade da nova remuneração a todos os empreendimentos de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, sem estabelecer distinção entre investidores estrangeiros e nacionais, igualando a aplicabilidade da remuneração independentemente da nacionalidade.

8.1.2 O consentimento dos Estados à jurisdição dos tribunais arbitrais internacionais

No caso de violação dos direitos inseridos na Parte III, o ECT permite o recurso à arbitragem internacional à opção do investidor sem que seja necessário recorrer previamente aos tribunais do Estado hospedeiro.¹⁷⁹⁴ Segundo o artigo 26(4) do ECT, a arbitragem internacional de investimentos pode ser submetida no (i) ICSID;¹⁷⁹⁵ (ii) a um único árbitro ou tribunal *ad hoc* estabelecido de acordo com as regras de arbitragem da UNCITRAL; ou (iii) ao procedimento arbitral no âmbito do SCC.¹⁷⁹⁶

Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 36.

¹⁷⁹⁴ CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 160.

¹⁷⁹⁵ “Article 26(4)(a)(i) (...) if the Contracting Party of the Investor and the Contracting Party party to the dispute are both parties to the ICSID Convention”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

¹⁷⁹⁶ “Article 26(4)(b) a sole arbitrator or ad hoc arbitration tribunal established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as “UNCITRAL”); or (c) an arbitral proceeding under the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 13 ago. 2019. Ver também SCHILL, Stephan. Foreign Investment in the Energy Sector: Lessons for International Investment Law. In: DE BRABANDERE, Eric; GAZZINI, Tarcisio (Ed.). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing private and public interests*. Leiden: Brill Nijhoff, vol.2, p. 259-282, 2014. p. 268; 270; 272.

Para as arbitragens submetidas ao ICSID, é preciso destacar a imprescindibilidade do consentimento prévio do Estado-parte por força dos artigos 26(5)(a)(i) do ECT e 25(1) da Convenção de Washington,¹⁷⁹⁷ o qual prevê que o consentimento deve ser por escrito.¹⁷⁹⁸ O ECT prevê que os Estados-partes devem apresentar um consentimento por escrito para fins do artigo II da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras - Convenção de Nova York de 1958 – nos termos do artigo 26(5)(a)(ii).¹⁷⁹⁹

Nesse sentido, “o consentimento para a arbitragem é o ato de vontade mediante o qual um sujeito expressa sua autorização para a instauração de um procedimento arbitral para a solução de controvérsias a respeito de um conjunto determinado ou determinável de matérias”.¹⁸⁰⁰ É um pressuposto vinculado ao “caráter voluntário do estabelecimento da competência”.¹⁸⁰¹

¹⁷⁹⁷ “Em ambos os procedimentos, os pressupostos de aplicação, ainda que tenham suscitado complexas questões, partem de ideias bastante simples: são necessárias (a) a existência de uma disputa jurídica sobre investimentos entre determinado Estado que seja parte da Convenção de Washington e um investidor que seja nacional de outro Estado que seja parte da Convenção de Washington e (b) a existência de um consentimento em um acordo internacional, em um contrato celebrado com Estado ou em uma lei nacional”. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 19.

¹⁷⁹⁸ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211. Ver também, COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos no Brasil: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 247-270, 2014, p. 264. “E, também, um dos requisitos necessários deste sistema consiste na manifestação expressa de aceitação da jurisdição do ICSID, a qual deve ser feita por escrito pelas partes, seja através de uma cláusula contratual, lei nacional que verse sobre investimentos ou cláusulas de um acordo de investimentos”. GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, José Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, no 46, p. 57-75, 2018, p. 66.

¹⁷⁹⁹ BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 24 jul. 2002.

¹⁸⁰⁰ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211. Sobre arbitragem internacional e imunidade de jurisdição, Tibúrcio esclarece que, no caso de “arbitragem de direito internacional público ou mista, não há que se discutir a existência ou não da imunidade, pois a arbitragem será regida (e foi acordada) por tratados firmados por entes soberanos. A discussão relativa à imunidade só caberia quando se trata de arbitragem privada com sede no exterior”. Mais à frente, a autora destaca que a arbitragem patrocinada pelo ICSID se fundamenta em tratado internacional assinado pelos Estados. “Assim, é inequívoco que um Estado, após firmar um tratado internacional aceitando se submeter à arbitragem, não poderá alegar imunidade de jurisdição”. TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 331; 334. Resgata-se, portanto, o entendimento anteriormente postulado, em que “a arbitragem patrocinada pelo ICSID é instaurada e se baseia em tratado internacional firmado pelo Estado nacional. Nessa hipótese é inequívoco que um Estado, após firmar um tratado internacional aceitando se submeter à arbitragem, não poderá alegar imunidade de jurisdição”. DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen (Colab. de Suzana Medeiros). *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 411.

¹⁸⁰¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 211. Observação importante que o mesmo autor faz em outra oportunidade circunscreve o consentimento como “segundo filtro da arbitrabilidade que pode ser bastante útil para, por exemplo, excluir a cobertura dos investimentos realizados por meio de empresas constituídas no país receptor ou especificar o sentido de

Nesse particular, destaca-se a observação feita no caso *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha*, sobre a competência do ICSID. A competência é estabelecida sempre que ambas as partes do procedimento arbitral aceitem se submeter à jurisdição do tribunal. Nesse sentido, o investidor (parte demandante) apresenta a sua aceitação no ato do requerimento que dá início ao procedimento arbitral e o Estado demandado (a Espanha) submeteu seu consentimento no momento em que ratificou o ECT.¹⁸⁰²

Como regras específicas dos demais tribunais arbitrais, para se submeter a arbitragem internacional de investimentos no âmbito da SCC, exige-se um convênio de arbitragem ou uma cláusula compromissória como requisito para instauração do procedimento.¹⁸⁰³ Além disso, as partes devem ter celebrado convênio com consentimento por escrito para o propósito do artigo 1 das Regras de Arbitragem da UNCITRAL, conforme previsto no artigo 26(5)(a)(iii) do ECT.¹⁸⁰⁴

No âmbito do PCA, o artigo 1 das regras de arbitragem de 2012 determina que as partes envolvidas em uma arbitragem devem concordar em submeter a controvérsia segundo as regras de arbitragem. Prevê-se, ainda, que os Estados, as empresas públicas e as organizações intergovernamentais concordam em renunciar a imunidade de jurisdição com relação aos procedimentos arbitrais.¹⁸⁰⁵

investimento estrangeiro, evitando a arbitragem para investimentos em carteira, cobertura pré-entrada ou atividades que não envolvam concessões ou permissões estatais”. COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos no Brasil: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, p. 247-270, 2014, p. 265.

¹⁸⁰² “Pursuant to Article 25 of the ICSID Convention, an arbitral tribunal established under the ICSID regime has jurisdiction over a dispute “which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre.” The Claimants indicated their consent to arbitration in their Request. On the other hand, Spain, the Respondent, gave its consent to arbitration through its ratification of the ECT. Indeed, each ECT Contracting Party consents to arbitration by becoming a party to the ECT (Article 26(3)).” INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §120.

¹⁸⁰³ “Article 6(iv) a copy or description of the arbitration agreement or clause under which the dispute is to be settled”. STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *SCC Arbitration Rules*. Disponível em: <https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁸⁰⁴ “1. Where the parties to a contract have agreed in writing that disputes in relation to that contract shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree in writing”. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Arbitration Rules*. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁸⁰⁵ PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *PCA Arbitration Rules 2012*. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2020.

8.2 Lei aplicável às arbitragens internacionais de investimentos estrangeiros em energia renovável

Outro aspecto relevante circunscreve a lei aplicável à arbitragem internacional de investimentos em energia. O artigo 42(1) da Convenção de Washington dispõe que o tribunal arbitral deve solucionar a controvérsia de acordo com o direito material acordado entre as partes.¹⁸⁰⁶ Na ausência de um acordo entre o investidor-Estado, o tribunal deve aplicar as leis do Estado-Parte e as regras de Direito Internacional, conforme aplicável.¹⁸⁰⁷

No caso das arbitragens submetidas ao SCC, o artigo 22(1) das Regras de Arbitragem do SCC de 01 de janeiro 2010 determina que o tribunal arbitral aplicará o direito ou as normas jurídicas acordadas entre as partes para solucionar a controvérsia. Nesse sentido, também se observa a regra do artigo 33 (1) das regras de arbitragem da UNCITRAL, segundo a qual o direito aplicável deve ser designado pelas partes e, na falta de designação pelas partes, o tribunal arbitral deve aplicar a lei determinada pelas regras de conflito de leis considerada aplicável.¹⁸⁰⁸

¹⁸⁰⁶ Ver Ole Spierman, que trata da autonomia da vontade no âmbito do artigo 42(1). SPIERMAN, Ole. Applicable law. In: MUCHLINSKI, Peter. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 89-118, 2008, p.101. Ao tratar dos critérios a serem utilizados pelos árbitros para “qualificação da hipótese *sub* arbitration, Carmen Tiburcio afirma que, com base no artigo 42(1) da Convenção de Washington, “os árbitros devem julgar a possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem com base na lei do próprio Estado”. TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 335. Carmen Tiburcio também trata, nesse contexto, do princípio da autonomia da vontade, que “deve prevalecer quanto à determinação da lei aplicável” ao ressaltar uma segunda possibilidade, que é “a aplicação da lei que rege o mérito do litígio” ser aquela escolhida pelas partes. TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 336. Vladimír Balaš afirma que o artigo 42(1) é elemento essencial e destaca que existe uma diferença entre não aplicar o direito eleito pelas partes e aplicá-lo erroneamente, sendo somente o primeiro se caracterizaria como fundamento para anulação do laudo arbitral. BALAŠ, Vladimír. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1125-1153, 2008, p. 1138. Com relação à lei a ser aplicada pelo árbitro e a autonomia da vontade, ver também DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen (Colab. de Suzana Medeiros). *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 97-102; 412.

¹⁸⁰⁷ “Article 42 (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁸⁰⁸ “The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.” UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Arbitration Rules*. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

Nas regras de arbitragem da PCA de 2012, o artigo 35 estabelece que o direito aplicável deve ser aquele designado pelas partes.¹⁸⁰⁹

Segundo o artigo 26(6) do ECT, a lei aplicável à arbitragem internacional compreende o conteúdo de direito material do próprio ECT, assim como as regras e princípios aplicáveis de acordo com o Direito Internacional¹⁸¹⁰ como, por exemplo, a boa-fé.¹⁸¹¹ É preciso comentar que, nos casos examinados, nem todos os tribunais arbitrais do ICSID analisaram qual seria lei aplicável. Naqueles laudos que a lei aplicável foi objeto de análise, a interpretação do tribunal compreendeu a análise do artigo 42(1) da Convenção de Washington combinada com o artigo 26(6) do ECT.¹⁸¹²

¹⁸⁰⁹ Observa-se que há, no âmbito do artigo 35, regras específicas para controvérsias apenas entre Estados, Estados e organizações intergovernamentais, organizações intergovernamentais e entidades privadas e nos demais casos. PERMANENT COURT OF ARBITRATION. *PCA Arbitration Rules 2012*. Disponível em: <<https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>>. Acesso em 25 jan. 2020.

¹⁸¹⁰ FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 427. “Article 26(6): A tribunal established under paragraph (4) shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 20 ago. 2019.

¹⁸¹¹ MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 168.

¹⁸¹² Nesse particular, o tribunal concluiu que, em virtude da jurisdição do tribunal arbitral assentada nos termos do artigo 26(3)(a) e 26(2)(c) do ECT, deve-se aplicar a regra de lei aplicável prevista no artigo 26(6) do ECT que determina a aplicabilidade do direito material previsto no tratado e, subsidiariamente, fazer uso das regras e princípios de Direito Internacional. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §325. “The Tribunal is therefore bound to decide on the basis of Articles 42 of the ICSID Convention and 26(6) of the ECT and of relevant “rules and principles of international law” when treaty rules are silent”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 25 nov. 2019. §196. Nesse sentido, também decidiu *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha*. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §156. Interessante observar que o laudo de Antin, o tribunal ressalta que a Espanha não contestou que o ECT deve ser aplicável ao caso. “Claimants add that under Article 26(6) of the ECT, the parties have agreed the rules of law applicable to the merits of the dispute, and therefore the Tribunal shall decide the issues in dispute in accordance with the ECT and applicable rules and principles of international law. Therefore, the ECT is the primary source of law and where the ECT is silent, the Tribunal should apply customary international law and general principles of international law. Respondent does not seem to contest that the Tribunal shall decide based on the ECT and that the applicable law to the merits of the dispute is the one provided for under Article 26(6) thereof”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018.

Na decisão de *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, o tribunal arbitral fez referência ao artigo 22(1) das Regras de Arbitragem do SCC de 01 de janeiro 2010 e, ainda, ao artigo 26(6) do ECT, determinando que a decisão do tribunal se basearia nas regras do ECT e nas normas aplicáveis de Direito Internacional.¹⁸¹³

Por fim, é preciso fazer breve apontamentos com relação ao Direito Interno de um Estado-Parte. Como o ECT não faz referência à aplicabilidade da legislação nacional na controvérsia investidor-Estado, Diego Mejía-Lemos pondera que a omissão não obsta que o tribunal arbitral se debruce sobre a legislação nacional como matéria de fato para decidir certas questões relacionadas à violação do tratado.¹⁸¹⁴

Nesse sentido, posicionaram-se os tribunais arbitrais nas arbitragens contra a Espanha, já que estes analisaram a regulação espanhola e as respectivas alterações como elementos fáticos para fundamentar a decisão sobre violação do padrão de tratamento justo e equitativo.

8.3 O reconhecimento e execução do laudo arbitral

Outro aspecto importante se refere ao cumprimento do laudo arbitral de investimentos. No artigo 26(8) do ECT, os Estados-Partes se comprometem a dar cumprimento, sem atrasos, a qualquer laudo arbitral e atuar para a efetiva execução da decisão em seu território. Desse

Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §159-160.

¹⁸¹³ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019. §7-8. Em linha com o fundamento de *Isolux*, também os tribunais arbitrais de *Foresight* e *Charanne*. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §264. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §15-16.

¹⁸¹⁴ MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 167.

modo, o ECT determina que os laudos arbitrais serão vinculantes e não estarão sujeitos a recursos e,¹⁸¹⁵ por conseguinte, não prevê um procedimento de revisão da decisão.¹⁸¹⁶

Em que pese a disposição do artigo 26(8) do ECT, a revisão dos laudos arbitrais no âmbito dos fóruns de solução de controvérsias autorizados pelo ECT é permitida. Com isso, os laudos “não podem ser objeto de revisões externas”,¹⁸¹⁷ nem pelos tribunais locais, inclusive do Estado parte da solução de controvérsia.¹⁸¹⁸

No caso do ICSID, o artigo 53(1) da Convenção de Washington dispõe que os laudos arbitrais emitidos pelo tribunal do ICSID são definitivos,¹⁸¹⁹ vinculantes e não se sujeitam a qualquer outra medida de apelação que não esteja prevista na própria convenção. Desse modo, “somente é apto para anular a sentença arbitral comitê *ad hoc* designado pelo ICSID, em decorrência das causas por ele especificadas, não atinentes a qualquer ordem interna dos Estados”.¹⁸²⁰

¹⁸¹⁵ “Article 26(8) The awards of arbitration, which may include an award of interest, shall be final and binding upon the parties to the dispute. An award of arbitration concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party shall provide that the Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and shall make provision for the effective enforcement in its Area of such awards”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁸¹⁶ SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 356.

¹⁸¹⁷ O autor compara o pedido de retificação com os embargos declaratórios, já que não é possível reavaliar o mérito. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 235.

¹⁸¹⁸ “the ICSID Convention awards are protected against challenges before national courts (particularly those of the host state), which may not always be impartial to the investor. This feature is considered one of the principal advantages of the settlement of investment disputes under the ICSID Convention. Another advantage, according to numerous authors, is the fact that the Washington Convention comprises its own review mechanism”. BALAS, Vladimír. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1125-1153, 2008, p. 1146.

¹⁸¹⁹ “Article 53 (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provisions of this Convention”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020. Ressalta-se que os remédios previstos na Convenção de Washington são “The remedies provided for are revision (Article 51) and annulment (Article 52). In addition, a party may ask a Tribunal which omitted to decide any question submitted to it, to supplement its award (Article 49(2)) and may request interpretation of the award (Article 50).” INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020, p. 47.

¹⁸²⁰ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Jose Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, nº 46, p. 57-75, 2018, p. 66.

Na Convenção de Washington, é possível requerer a retificação do laudo arbitral com objetivo de analisar eventuais “erros materiais e omissões inadvertidas, não se prestando à devolução da matéria”.¹⁸²¹ A anulação, por sua vez, é um procedimento regulado no artigo 52 da Convenção de Washington e autorizado nas hipóteses elencadas em seu parágrafo primeiro,¹⁸²² sendo que o pedido deve ser apresentado em até 120 dias após a emissão do laudo arbitral.¹⁸²³

É bem verdade que o ECT não prevê nenhum procedimento específico para cumprimento da sentença arbitral, tampouco o artigo 54 da Convenção de Washington,¹⁸²⁴ haja vista a existência de distintos métodos jurídicos no âmbito do *common law* e *civil law*, além da diversidade dos sistemas judiciais estatais. Com isso, o artigo 54(1) prevê que os Estados-partes reconheçam e executem as obrigações pecuniárias¹⁸²⁵ impostas pelo laudo arbitral como se fosse uma decisão emitida por um órgão judicial do seu próprio sistema jurídico.

José Augusto Fontoura Costa afirma que esta disposição “pode ser vista como uma das maiores conquistas”¹⁸²⁶ no âmbito dos procedimentos do ICSID, já que a execução do laudo arbitral pode ser realizada em qualquer Estado-parte, sem se limitar àquele que seja parte da controvérsia. Trata-se, assim, do “reconhecimento automático das decisões arbitrais proferidas

¹⁸²¹ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 231. “‘Supplementation’ and ‘rectification’ are provided for in Article 49(2) and they serve as a remedy for certain types of omissions or errors in the award. They can be made by the tribunal that rendered the award and are meant to deal only with minor technical or clerical mistakes in the award itself”. BALAŠ, Vladimír. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1125-1153, 2008, p. 1130.

¹⁸²² “1. constituição incorreta do tribunal (a); 2. Decisão fora do âmbito de competência (b); 3. Corrupção de algum membro do tribunal (c); 4. Descumprimento grave de norma procedimental (d); e 5. Falta de motivação do laudo (e)”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 233. Ver também BALAŠ, Vladimír. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1125-1153, 2008, p. 1137.

¹⁸²³ Com exceção dos casos que envolvem corrupção do árbitro.

¹⁸²⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020. Ver também ALEXANDROFF, Alan S; LAIRD, Ian A. Compliance and Enforcement. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1171-1187, 2008, p. 1176.

¹⁸²⁵ “a obrigação de executar se limita às obrigações pecuniárias, não havendo, porém qualquer vedação quanto a reconhecimento de laudo cuja condenação descreva prestações [d]e outra natureza”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 236.

¹⁸²⁶ COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 236.

pelo ICSID, sem a necessidade de *exequatur* ou confirmação prévia, sendo estas de cumprimento obrigatório, independente de revisão”.¹⁸²⁷

Nos termos do artigo 54(2), a parte que buscar o reconhecimento e execução do laudo arbitral no território do Estado-parte deverá apresentar cópia da decisão certificada pela Secretaria Geral do ICSID ao tribunal competente ou outra autoridade estatal. A execução é regida pelas leis de reconhecimento e execução de decisões arbitrais em vigor no Estado em que se deseja executar o laudo.¹⁸²⁸

Outro aspecto relevante apontado por José Augusto Fontoura Costa sobre o artigo 54 é que este dispositivo trata do reconhecimento e execução do laudo arbitral, “sendo que o reconhecimento do laudo como válido não implica necessariamente a execução, uma vez que esta pode ser impedida por outras razões, como a própria imunidade dos Estados”.¹⁸²⁹

No caso das arbitragens contra a Espanha, aplicar-se-ia a lei espanhola para cumprimento dos laudos arbitrais em seu território. Para os laudos arbitrais que não são emitidos no âmbito do ICSID, estes deverão ser executados com base na Convenção de Nova Iorque de 1958.¹⁸³⁰

¹⁸²⁷ GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Jose Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, nº 46, p. 57-75, 2018, p. 66.

¹⁸²⁸ “Article 54 (2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation. (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

¹⁸²⁹ Sobre a imunidade dos Estados, comenta que “claramente aceita como limite a ser estabelecido nos termos do Direito interno de cada Estado, conforme o art. 55”. COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 236. No mesmo sentido “sovereign immunity defences are applicable to the domestic execution of ICSID awards”. ALEXANDROFF, Alan S; LAIRD, Ian A. Compliance and Enforcement. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1171-1187, 2008, p. 1176. Nesse caso, trata-se da imunidade de execução. Sobre o conceito e jurisprudência acerca de imunidade de execução, ver TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 342-367.

¹⁸³⁰ SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 338-358, 2018, p. 356.

O aspecto do cumprimento dos laudos arbitrais se torna especialmente relevante, já que a grande maioria dos laudos foram condenatórios contra a Espanha.¹⁸³¹ Nesse particular, foram iniciados procedimentos de retificação ou anulação no âmbito do ICSID contra praticamente todos os laudos arbitrais (Apêndice 7).¹⁸³²

No caso *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*, decidido pelo tribunal do SCC, a Espanha iniciou, ainda, um procedimento de anulação perante Tribunal de Apelação Svea, em Estocolmo.¹⁸³³

8.4 As arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável em face da Espanha no âmbito do Tratado da Carta de Energia

As arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável analisadas foram propostas em face da Espanha com argumento que envolve a violação dos artigos 10 e 13 do ECT em virtude de alterações legislativas promovidas no regime de remuneração especial para geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis na Espanha.

É preciso ressaltar que, nesse caso, as alterações foram justificadas pelo Estado sob argumento de crise econômica e déficit tarifário do setor elétrico, sendo que o governo espanhol defendeu que havia um desequilíbrio entre oferta e demanda. Ademais, outras circunstâncias teriam contribuído para as alterações do marco regulatório espanhol como o (i) excesso de capacidade instalada para geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis; (ii) elevado grau de cobertura da demanda energética; (iii) altos preços para o consumidor final; e (iv) condições meteorológicas que conduziram para um incremento na oferta de geração de energia elétrica.

¹⁸³¹ Não há informações quanto ao pedido de anulação ou retificação no âmbito do caso *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain* e *Watkins Holdings S.à r.l. and others v. Kingdom of Spain*.

¹⁸³² Procedimento de Apelação requerido pela Espanha: *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.I. v. Kingdom of Spain*, *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*, *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*, *InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited v. Kingdom of Spain*. Procedimento de Retificação pela Espanha: *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*, *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*, *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. Em *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*, a Espanha requereu a suspensão do laudo arbitral no Tribunal de Apelação Svea, em Estocolmo. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*, o investidor apresentou petição perante a Suprema Corte de Nova Iorque requerendo confirmação do laudo arbitral com fundamento na Convenção Nova Iorque de 1958.

¹⁸³³ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 11 fev. 2020.

Com isso, as alterações legislativas que modificaram o sistema de remuneração do regime especial foram introduzidas, inicialmente, no ano de 2010. A implementação do RD 1565/2010 que alterou o RD 661/2007 com objetivo de eliminar o direito de percepção da tarifa prêmio a partir do 26º ano deu início a uma série de medidas legislativas e regulatórias que modificaram o regime de *feed-in tariff* na Espanha.¹⁸³⁴

Posteriormente, o RDL 14/2010 estabeleceu medidas de urgência para solucionar o déficit tarifário, determinando, entre outros aspectos, limites anuais de horas durante as quais as instalações poderiam gerar eletricidade beneficiando do regime de remuneração especial. O aspecto mais negativo das alterações introduzidas pelo RDL 14/2010 circunscreve à aplicabilidade de tais medidas às plantas já em operação, reduzindo a sua produtividade.

Com a implementação do RDL 14/2010 os investidores estrangeiros foram impactados negativamente, dando início a um processo de mudança na posição dos investimentos realizados no setor de renováveis espanhol. Nesse particular, muitos laudos arbitrais analisaram o pacote de medidas adotados em 2010, em que a maioria concluiu que tais alterações não foram suficientes para concretizar a violação da legítima expectativa dos investidores.¹⁸³⁵

Em 2012, o RDL 1/2012 suspendeu o processo de habilitação para que novas instalações de geração de energia elétrica com uso de fontes de energia renováveis pudessem se beneficiar do regime de remuneração especial. Posteriormente, o RDL 2/2013 eliminou a possibilidade de vender eletricidade no âmbito do regime de remuneração especial, excluindo a possibilidade de obter o prêmio que incidia sobre a tarifa da energia elétrica com uso de fontes renováveis.

É importante citar que as modificações mais relevantes foram introduzidas pelo RDL 9/2013, o qual revogou o RD 661/2007 e, por conseguinte, o seu regime remuneração. Até que

¹⁸³⁴ A partir desta do 26º ano as plantas passavam a receber a tarifa vigente no mercado. “*El RDL 1565/2010 fue el primer Decreto que modificó el sistema de retribución instaurado en el RD 661/2007 en la medida en que, además de modificaciones de carácter técnico, modificó el Artículo 36 del RD 661/2007 suprimiendo la percepción de la tarifa regulada a partir del vigésimo sexto año, lo que suponía que a partir de este momento las plantas pasaban a percibir el precio de mercado*”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §112.

¹⁸³⁵ Nesse sentido, decidiu o tribunal arbitral em *Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha*, que o pacote de medidas de 2010 não eliminou as características fundamentais do marco regulatório existente e, por essa razão, não seria possível considerar como normas violadoras do padrão de tratamento justo e equitativo. No caso de *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha* decidiu-se que as alterações legislativas de 2010 não constituíram violação ao artigo 10 do ECT. No caso *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*, a conclusão foi de que os decretos de 2010 reduziram a receita do investidor, mas não violou a sua legítima expectativa. Em *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) v. Espanha* também se ressaltou que a legislação introduzida em 2010 não pode ser considerada como substancialmente modificativo do regime disposto no RD 661/2007, gerando impacto limitado aos investimentos da *Novenergia*.

o RDL 9/2013 fosse publicado, as alterações do regime de apoio anteriormente instituído pela Espanha haviam sido pontuais com impacto financeiro mais reduzido.

De fato, o novo regime de remuneração introduzido pelo RDL 9/2013 tinha por objetivo reduzir os custos das atividades reguladas, bem como incrementar a receita por meio da imposição de novos pedágios de acesso, impactando substancialmente os investidores. A nova *Ley 24/2013* eliminou a distinção entre os regimes ordinário e especial, excluindo por completo a possibilidade de garantia de compra da energia produzida a uma tarifa regulada.

Enquanto os dispositivos introduzidos pelos decretos em 2010 alteravam o sistema de remuneração das plantas de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis em algum patamar menos expressivo, a partir de 2013 as alterações se caracterizaram como substanciais. É notável que a *Ley 24/2013* ainda permitiu que o governo espanhol realizasse revisões periódicas das tarifas utilizando parâmetros baseados no cenário econômico e nas condições do sistema elétrico.¹⁸³⁶

Trata-se de um panorama que desencadeou insegurança jurídica aos investidores nacionais e estrangeiros que, além de sofrerem com novas legislações que modificaram expressivamente o seu lucro, não poderiam antever as seguintes revisões do marco regulatório que ocorrerão em um futuro próximo.

Em face da necessidade de se regulamentar a *Ley 24/2013*, foi publicado o RD 413/2014 definindo os parâmetros para remuneração na Ordem Ministerial IET/1045/2014 e eliminando por completo o regime de remuneração previsto no RD 661/2007. Destaca-se, ainda, que os dispositivos da ordem ministerial IET/1045/2014 também incidiram sobre os empreendimentos já construídos, financiados e operados com base no regime de remuneração especial previsto no RD 661/2007.

Com a supressão completa do regime de remuneração especial, a Ordem Ministerial IET/1045/2014 fixou uma taxa de retorno de 7,398%, baseada no custo provável de uma instalação-padrão, a qual seria posteriormente revisada.¹⁸³⁷

¹⁸³⁶ “*Los parámetros para el establecimiento de las retribuciones tendrán una vigencia de seis años y para su revisión, que se llevará a cabo antes del comienzo del periodo regulatorio, se tendrá en cuenta la situación cíclica de la economía, de la demanda eléctrica y de una rentabilidad adecuada para estas actividades*”. BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponível em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

¹⁸³⁷ O novo regime determina uma remuneração específica fundamentado em uma “taxa de rentabilidade razoável” calculada pelo regulador com base em um parâmetro de “instalações-tipo”, cuja taxa é composta de dois componentes (i) incentivo de investimento calculado por MW de capacidade instalada para compensar o custo de capital dos investimentos e (ii) incentivo operacional, designado para compensar as instalações pela diferença entre o custo operacional e o preço final da eletricidade. No novo regime, implementa-se uma taxa inicial de 7.398% baseada no rendimento médio histórico de títulos do tesouro espanhol de 10 anos, taxa esta que resultaria em

Enquanto o sistema anterior remunerava a energia elétrica com base em uma tarifa acrescida de um prêmio, a remuneração passou a vigorar com uma taxa fixa que, além de ser mais reduzida, a mesma não incentivava que os empreendimentos fossem mais eficientes e produtivos. Tal alteração contribuiu para o prosseguimento de um ambiente de insegurança jurídica e sentimentos de violação da legítima expectativa do investidor.¹⁸³⁸

Em face das alterações ao marco regulatório para promoção da energia renovável, os investidores recorreram ao Supremo Tribunal e as Comunidades Autônomas ao Tribunal Constitucional¹⁸³⁹ questionando a legalidade das novas normativas.¹⁸⁴⁰ Os múltiplos recursos envolveram, precipuamente, a violação da legalidade dos decretos e da Ordem Ministerial que, ao final, modificaram substancialmente o sistema de remuneração.

A posição dos tribunais espanhóis, contudo, foi reafirmar o poder de regular da Espanha decorrente da sua soberania, além de reforçar que não houve violação da expectativa legítima dos investidores com base em três principais fundamentos corroborados em diversas sentenças.

Em primeiro, os tribunais entenderam que o risco regulatório assumido pelos investidores inclui a possível variação dos critérios para incentivos e remuneração da energia elétrica. O regime de apoio, conforme o entendimento dos tribunais locais, não poderia ser

aproximadamente 5% após dedução dos impostos. Trata-se de uma tarifa que tinha por objetivo ser revisada no fim do primeiro período regulatório, isto é, no final de 2019.

¹⁸³⁸ Ver ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red*: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykinson, p. 51-68, 2015, p. 54. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 131.

¹⁸³⁹ “Para reclamar frente a la adopción de estas medidas que perjudica gravemente sus intereses, los inversores nacionales han de acudir necesariamente a los tribunales españoles, cosa que ha sucedido en cientos de casos, que han llegado finalmente al Tribunal Supremo. Del mismo modo, varios gobiernos de Comunidades Autónomas han presentado recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, frente a las medidas regulatorias en cuestión”. MASIÁ, Enrique Fernández. España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora. Madrid: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, p. 666-676, 2017, p. 668.

¹⁸⁴⁰ Dentre os recursos administrativos analisados, sumariza-se algumas das alegações apresentadas pelos investidores no âmbito dos recursos administrativos submetidos aos tribunais espanhóis como: (i) retroatividade do *Real Decreto* 1565/2010 e legalidade do *Real Decreto* 1565/2010 e do *Real Decreto-ley* 9/2013; (ii) violação das obrigações assumidas pela Espanha no âmbito do ECT; (iii) caráter discriminatório do regime introduzido pelo *Real Decreto-ley* 9/2013; (iv) que o *Real Decreto-ley* 9/2013 não apresentava os requisitos da urgência necessidade e caráter extraordinário, necessários para edição de um *Real Decreto-ley*; e (v) retroatividade da Ordem Ministerial IET/1045/2014 com violação da Constituição Espanhola. Como se assevera no caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, a alteração introduzida pelo DR 1565/2010 resultou em diversos recursos contencioso-administrativo interpostos pelos detentores de plantas de energia solar fotovoltaica no âmbito do Supremo Tribunal. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<http://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §113.

considerado perpétuo ou ilimitado. Em segundo lugar, para os tribunais não há garantia à legítima expectativa referente a direito que ainda não havia integrado o patrimônio do investidor. Em outras palavras, considerando que o regime de remuneração do RD 661/2007 não se incorporou ao patrimônio dos seus beneficiários, tampouco poderia se caracterizar como um direito perfeito e ilimitado.

Em terceiro, os investidores não poderiam ser alheios às modificações nas circunstâncias econômicas que afetaram o sistema elétrico, resultando em um déficit tarifário. Conseqüentemente, não houve violação ao direito líquido e certo dos investidores, razão pela qual se considerou a ausência de qualquer dano. Desse modo, os recursos submetidos ao Supremo Tribunal e o Tribunal Constitucional foram amplamente negados, incluindo alguns esparsos votos dissidentes.

Diante desse cenário, muitos investidores estrangeiros recorreram ao mecanismo de controvérsias solução de controvérsias previsto no ECT,¹⁸⁴¹ já que a Espanha se configurava como Estado-parte deste tratado. Conseqüentemente, os investidores nacionais que investiram no setor de renováveis da Espanha,¹⁸⁴² por não se qualificarem no critério de jurisdição *rationae personae*, não puderam se beneficiar da arbitragem internacional de investimentos.

Por fim, destaca a recente alteração legislativa proposta pelo RDL 17/2019, o qual reconhece os inúmeros casos pendentes de arbitragem internacional de investimentos que influenciaram na capacidade da Espanha de atrair novos investimentos.

Por essa razão, o RDL 17/2019 afirma que se faz necessário adotar uma postura de estabilidade quanto à remuneração da energia elétrica com uso de fontes renováveis como mecanismo para mitigar novos procedimentos arbitrais. O referido decreto também foi uma medida alternativa para encerrar as arbitragens existentes.

É preciso destacar que, com base nesta normativa, a Espanha admite, de certo modo, que as alterações e instabilidades regulatórias que se tornaram objeto das arbitragens internacionais de investimentos, afetaram a própria economia da Espanha, o que contribui para

¹⁸⁴¹ “Por el contrario, los inversores extranjeros, que también tienen la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado de recepción de la inversión, en este caso, los tribunales españoles, tienen una segunda opción fundamentada en el Derecho internacional de inversiones”. MASIÁ, Enrique Fernández. España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, nº 2, p. 666-676, 2017, p. 668.

¹⁸⁴² “Tal y como ya hemos dicho, numerosos inversores nacionales también realizaron cuantiosas inversiones en este ámbito como consecuencia del régimen de incentivos diseñado”. MASIÁ, Enrique Fernández. España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora. Madrid: Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 9, nº 2, p. 666-676, 2017, p. 668.

os argumentos dos investidores estrangeiros de violação do tratamento justo e equitativo e, subsidiariamente, de expropriação indireta.

8.4.1 O precedente da *Achmea BV v. República Eslováquia*

Da análise das arbitragens internacionais de investimentos, ressalta-se que uma das alegações preliminares da Espanha compreende a questão jurisdicional, em que se alegou a incompetência dos tribunais arbitrais por ausência de jurisdição *ratione personae*. Nesse contexto, o argumento é que as arbitragens envolvendo Estados-Membros da União Europeia compete apenas aos tribunais da União Europeia. Isto porque, os tribunais europeus detêm a exclusividade da interpretação do Direito da União Europeia.¹⁸⁴³ Nesse contexto, a Espanha insistiu no argumento de incompetência do ICSID e SCC e defendeu a exclusividade dos tribunais da União Europeia para interpretação de tratado sobre investimentos que conte com Estados-Membros da União Europeia como parte.

A alegação da Espanha foi baseada, principalmente, no caso *Achmea BV v. República Eslováquia*,¹⁸⁴⁴ amplamente utilizado como evidência pelo Estado para argumentar a incompetência dos tribunais arbitrais nos casos de energia renovável.

¹⁸⁴³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. p. 49.

¹⁸⁴⁴ “En su Sentencia de 6 de marzo de 2018 (TJCE 2018, 66) en el caso *Achmea*, el TJUE afirmó que el mecanismo de arbitraje inversor-Estado previsto en un tratado bilateral (“TBI”) “intra-UE” no es compatible con el ordenamiento jurídico de la UE, desde la perspectiva de los principios de autonomía y primacía previstos en los artículos 267 y 344 del TFUE. Así, cuando los mecanismos para el arreglo de controversias entre Estados e inversores (“mecanismos ISDS”) se aplican dentro de la UE, tales mecanismos socavan el sistema jurisdiccional de solución de controversias previsto en los Tratados de la UE, y cuestionan la autonomía del Derecho de la UE y el principio de confianza mutua entre los Estados miembros. Por lo tanto, para garantizar la seguridad jurídica en el ámbito de la UE, los TBI “intra-UE” deben darse por terminados legalmente”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia *Achmea*? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 18.

Até o momento, os tribunais arbitrais internacionais¹⁸⁴⁵ interpretaram, de forma unânime, que a decisão *Achmea* não se aplica às controvérsias que envolvem a interpretação do ECT,¹⁸⁴⁶ rejeitando a preliminar de incompetência alegada pela Espanha.¹⁸⁴⁷

No entanto, a sentença no caso *Achmea BV v. República Eslováquia* foi utilizada com sucesso pela Espanha para conseguir a suspensão da execução do laudo arbitral do SCC no caso *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Espanha* no âmbito do Tribunal de Apelação sueco (*Svea Court of Appeal*).

A Espanha recorreu ao Tribunal de Apelação sueco (*Svea Court of Appeal*)¹⁸⁴⁸ alegando que a decisão *Achmea* teria efeito retroativo com fundamento no Direito da União Europeia. Com isso, o artigo 26 do ECT violaria os princípios de primazia e autonomia do Direito da União Europeia e o ECT seria inoperante *ab initio*.

Após recurso da Espanha perante o tribunal sueco, a *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR* peticionou ao Tribunal do Distrito de Columbia nos Estados Unidos requerendo o reconhecimento do laudo arbitral no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958, cujo procedimento foi suspenso para aguardar uma definitiva decisão do Tribunal de Apelação sueco (*Svea Court of Appeal*).¹⁸⁴⁹

¹⁸⁴⁵ Cite-se os laudos arbitrais de *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha; RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha; Nextera Energy Global Holdings B.V. v. Espanha*. Neste último, destaca-se que a Espanha nunca questionou a validade do seu consentimento ao artigo 26 do ECT até as recentes arbitragens de investimentos e tampouco buscou denunciar os BITs celebrados com outros Estados-Membros. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *N Nextera Energy Global Holdings B.V. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020. §315.

¹⁸⁴⁶ “*It is arguable whether Achmea also applies to extra-EU arbitration. Technically, the judgment has a limited reach and should apply only to BITs concluded between EU Member States. It should not include ICSID arbitration, which is delocalized, or multilateral treaties of which the EU itself is a signatory, such as the ECT*”. LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU. Cambridge: Cambridge University Press, *Transnational Environmental Law*, vol. 8, issue 2, p. 279-302, 2019, p. 289.

¹⁸⁴⁷ CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 18.

¹⁸⁴⁸ “*The parties dispute whether the Svea Court of Appeal “suspended” the arbitral award as defined in the New York Convention. (ECF No. 22 (“Pet. Br.”) at 14–17, ECF No. 25 (“Resp. Reply”) at 6.) At this stage, the court need not resolve this question because the parties agree that the Svea Court of Appeal prohibited enforcement of the award in Sweden and is currently adjudicating the set-aside application*”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Memorandum Opinion of the US District Court for the District of Columbia, 27 Jan. 2020. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11150.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁸⁴⁹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Order of the US District Court for the District of Columbia, 27 Jan. 2020. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11151.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

Além disso, é preciso ressaltar a posição da Comissão Europeia na Decisão C(2017) 7384 que avaliou a compatibilidade das alterações legislativas do regime de remuneração especial na Espanha com o Direito da União Europeia. No âmbito da Decisão da Comissão Europeia, determinou-se que qualquer pagamento de obrigação pecuniária determinado por um tribunal arbitral a favor de um investidor constituiria auxílio de Estado de acordos com as regras de Concorrência do Direito da União Europeia.¹⁸⁵⁰

Como os tribunais arbitrais não são competentes para autorizar auxílio de Estado, qualquer compensação como aquela estabelecida no caso de *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Espanha* seria considerada um auxílio de Estado nos termos do artigo 108(3) do Tratado de Funcionamento da União Europeia.¹⁸⁵¹

Por fim, destaca-se o Comunicado da Comissão Europeia de 19 de julho de 2018 afirmando que os investidores da União Europeia não podem recorrer aos tribunais arbitrais instaurados ao abrigo do ECT no caso de controvérsias intra-União Europeia. Desse modo, para a Comissão Europeia, as soluções de controvérsias investidor-Estado que envolvam nacionais de um Estado-Membro da União Europeia contra outro Estado-Membro seriam incompatíveis com o Direito da União Europeia.

8.4.2 O padrão de tratamento justo e equitativo e a tutela da expectativa legítima

No caso das instalações de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis na Espanha, a ampla maioria dos investidores decidiram por realizar seus investimentos com fundamento no regime de remuneração previsto no RD 661/2007, o qual determinava um

¹⁸⁵⁰ “Esta posición implica que la indemnización otorgada por el tribunal arbitral para compensar a Novenergia por sus pérdidas (53,3 millones de euros, más intereses) no debe ser satisfecha por España sin que medie la previa autorización de la Comisión”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 22.

¹⁸⁵¹ EUROPEAN COMMISSION. C(2017) 7384 final. *State aid SA.40348 (2015/NN) — Spain Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 31. “this approach, which thwarts the hopes of renewable energy investors, is manifestly wrong. Indeed, it cannot be seriously argued that compensation itself would constitute state aid, given that arbitral awards are not rendered by organs of any state. Consequently, damages awards should be neither notified as aid nor subject to a standstill obligation, as required by the Commission”. LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. *The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU*. Cambridge: Cambridge University Press, *Transnational Environmental Law*, vol, 8, issue 2, p. 279-302, 2019, p. 288.

regime de tarifas atrativo para o desenvolvimento das renováveis ao longo da vida útil dos empreendimentos.

Com a alteração do marco regulatório, os investidores estrangeiros alegaram que a modificação acarretou incerteza jurídica e afetou drasticamente a rentabilidade dos seus investimentos. Trata-se da repercussão negativa que o exercício do poder de regular estatal provocou no setor de energia renovável na Espanha e em outros Estados-Membros da União Europeia.

Nesse caso, as regras de proteção internacional dos investimentos estrangeiros no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos se tornam um instrumento para corrigir os excessos do poder estatal e proteger a legítima expectativa dos investidores.

Consequentemente, as arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável contra a Espanha compreendem a alegada violação do artigo 10(1) do ECT e, em ao menos metade dos laudos examinados, também se alega a expropriação indireta nos termos do artigo 13.¹⁸⁵² Como analisaremos adiante, poucos tribunais arbitrais efetivamente examinaram o argumento de violação do artigo 13, concentrando na potencial violação do padrão de tratamento justo e equitativo.

A avaliação da jurisprudência arbitral com relação ao tratamento justo e equitativo é, portanto, primordial para compreender a evolução da sua aplicabilidade já que todas as arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável, cujo laudo arbitral já foi emitido, compreendem a alegação de violação do artigo 10 do ECT.

Nesse passo, podemos esperar que o resultado das arbitragens investidor-Estado contribuirá para a formação de uma jurisprudência arbitral relevante para a evolução dos parâmetros do padrão de tratamento justo e equitativo e determinação de pressupostos para o exercício do poder de regular, podendo também delimitar certas ações dos Estados no seu marco regulatório, como já observamos.

¹⁸⁵² Com relação ao argumento de violação ao direito material, ressalta-se que o requerimento apresentado pelos reclamantes nos laudos arbitrais analisados se dividiu da seguinte maneira: (a) Parte requereu a condenação da Espanha tão somente pela violação do tratamento justo e equitativo previsto no artigo 10 do ECT: (i) *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.*; (ii) *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l.*; (iii) *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.*; (iv) *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V.*; (v) *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG*; (vi) *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others* concentrou-se na alegação de violação ao artigo 10, artigo 10(1) ou, ainda, incluiu violação do artigo 10(12) do ECT para o caso *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L.* Por outro lado, parte dos casos os requerentes também alegaram violação do artigo 13: (i) *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L.*; (ii) *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.*; (iii) *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.I.*; (iv) *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*; (v) *Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L.*; (vi) *9REN Holding S.a.r.l.*; (vii) *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others*; (viii) *SolEs Badajoz GmbH*.

Para compreender como os tribunais arbitrais decidiram com relação ao tratamento justo e equitativo, a tutela da expectativa legítima e a estabilidade regulatória, analisamos 14 laudos arbitrais. A delimitação dos laudos compreende todos os laudos emitidos e disponibilizados publicamente até fevereiro de 2020, que cobriam investimentos realizados em energia solar.

Assim, excluímos os laudos que tratavam de investimentos em energia eólica ou centrais hidrelétricas, pois parte da regulação analisada era diferente do que examinamos no âmbito do regime de remuneração especial. Ressalta-se, ainda, que a análise circunscreveu os aspectos jurídicos dos artigos 10 e 13 do ECT, conforme decisão dos tribunais arbitrais e, assim, não serão analisados outros pressupostos fáticos específicos de cada caso, além do quadro regulatório já comentado, em virtude da semelhança entre eles.¹⁸⁵³

Assim, do total dos 14 laudos, 4 foram julgados no SCC e 10 por tribunais do ICSID (Apêndice 8). Até o momento presente, três laudos foram favoráveis a Espanha, são eles: *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha* e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha* no âmbito do SCC e *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Espanha*, no âmbito do ICSID.

Como examinaremos a seguir, os dois primeiros casos decididos a favor da Espanha (*Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha* e *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*) possuem particularidades que devem ser levadas em consideração como exceções à responsabilidade da Espanha com relação aos investidores.

Nos demais procedimentos arbitrais, a Espanha foi condenada por violação ao tratamento justo e equitativo sob amparo do artigo 10 do ECT. É preciso ressaltar, ainda, que, a Espanha recorreu, na grande maioria dos laudos, ao procedimento de retificação ou anulação nos termos da Convenção de Washington.

No caso da *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*, a Espanha apresentou um pedido de suspensão da execução do laudo arbitral perante o Tribunal de Apelação sueco (*Svea Court of Appeal*),¹⁸⁵⁴ que também sobrestou o pedido de reconhecimento do laudo arbitral no âmbito da Convenção de Nova Iorque de 1958 apresentado pelo investidor ao Tribunal do Distrito de Columbia nos Estados Unidos.¹⁸⁵⁵

¹⁸⁵³ Com relação aos investimentos realizados por cada investidor, os mesmos foram resumidos no Apêndice 7.

¹⁸⁵⁴ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Memorandum Opinion of the US District Court for the District of Columbia, 27 Jan. 2020. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11150.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁸⁵⁵ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Order of the US District Court for the District

Por fim, é importante ressaltar que, no Direito Internacional dos Investimentos não há doutrina *stare decisis*,¹⁸⁵⁶ desvinculando os novos tribunais a incorporar as decisões que fazem parte de laudos arbitrais anteriores. Assim, cada arbitragem internacional de investimentos é decidida de maneira independente por um novo tribunal arbitral, o que faz com que os fundamentos jurídicos também sejam diferentes, já que os novos tribunais não estão obrigados a repetir os arrazoados nos laudos anteriores.¹⁸⁵⁷

Muito embora os laudos arbitrais não sejam vinculantes às partes, as decisões anteriores podem ser utilizadas como fundamento pelo novo tribunal, criando padrões e expectativas com relação à compreensão de disposições vagas e incompletas.¹⁸⁵⁸ Nesse sentido, observa-se posicionamento do tribunal de *SolEs Badajoz v. Espanha*, em que se afirmou expressamente que, muito embora a jurisprudência arbitral seja invocada como ‘precedente’ pelas partes, o tribunal arbitral pode levar em consideração os argumentos utilizados nos laudos anteriores, porém sem se vincular aos mesmos.¹⁸⁵⁹

Como resultado, verifica-se uma diversidade de decisões arbitrais sobre as mesmas circunstâncias fáticas – a violação da legítima expectativa prevista no mesmo tratado (ECT)

of Columbia, 27 Jan. 2020. Disponível em: <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11151.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

¹⁸⁵⁶ TITI, Catharine. The arbitrator as a lawmaker: jurisgenerative processes in investment arbitration. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 14, p. 829-851, 2013, p. 830. “tribunals in investment arbitrations are not bound by previous decisions of other tribunals. Moreover, each tribunal is constituted ad hoc for any particular case. Therefore, ICSID tribunals cannot be expected to act like national courts”. E mais, “nothing in the Convention’s travaux préparatoires suggests that the doctrine of stare decisis should be applied to ICSID arbitration”. SCHREUER, Cristpoh; WEINIGER, Matthew. A Doctrine of Precedent? In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 1188-1206, 2008, p. 1189-1190.

¹⁸⁵⁷ “no existe la “doctrina del precedente”, pues cada asunto es resuelto de manera independiente por un nuevo tribunal arbitral, de acuerdo con unas circunstancias fácticas y argumentaciones jurídicas también diferentes en cada caso. No obstante, ello debe entenderse sin perjuicio de que los razonamientos incorporados en los laudos dictados en los casos Novenergía II, Masdar y Antin serán, sin lugar a duda, utilizados repetidamente como argumento de ambiente en los arbitrajes todavía pendientes contra España”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 18.

¹⁸⁵⁸ Destaca-se importante observação que Titi faz em relação à maneira que os tribunais arbitrais fazem uso dos laudos anteriores. “The persistence with which tribunals cite antecedent awards may lead one to question the extent to which the arbitrator may in fact be free to diverge from previous jurisprudential doctrines and that to which he or she is hostage to arbitral precedent. The opinion has been expressed that these tribunals refer to earlier awards as common law courts do, relying ‘on previous decisions of other tribunals whenever they can’. Inasmuch as these observations are true and arbitral reasoning, if not binding, invites strong interpretive presumptions for subsequent interpretations, tribunals create the law by means of interpretation”. TITI, Catharine. The arbitrator as a lawmaker: jurisgenerative processes in investment arbitration. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 14, p. 829-851, 2013, p. 831.

¹⁸⁵⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §333.

com relação a investimentos em energia solar em virtude da alteração substancial do marco regulatório para promoção da energia renovável na Espanha – que chegaram à mesma conclusão nos laudos desfavoráveis à Espanha – violação do tratamento justo e equitativo – porém, com alguns fundamentos substancialmente distintos.

Constata-se a variação no entendimento dos tribunais arbitrais quanto à conclusão em diferentes cenários: (i) data da realização ou estabelecimento do investimento; (ii) evidência concedida pelas testemunhas e *experts*;¹⁸⁶⁰ (iii) compromisso específico; (iv) diligência e prudência do investidor; (v) os meios que estabeleceram a garantia de estabilidade; e (vi) exercício do poder de regular.

Parece, contudo, que há um consenso primordial entre as mais variadas decisões contra a Espanha: o marco regulatório nacional não é imutável e, com base em fundamentos distintos, a alteração substancial do regime de remuneração não era possível de ser antecipada pelos investidores.

Por essa razão, é necessário avaliar os fundamentos adotados pelos tribunais arbitrais nos 14 laudos mencionados. Nesse particular, serão examinadas as premissas que caracterizam ou não a violação do tratamento justo e equitativo, para posteriormente analisar os argumentos que negaram a expropriação indireta.

No âmbito da violação do padrão de tratamento justo e equitativo previsto no artigo 10(1) do ECT, a legítima expectativa do investidor se tornou pressuposto fundamental para avaliar a responsabilidade do Estado.¹⁸⁶¹ Em outras palavras, os investidores fundamentaram seu pedido de condenação com base na expectativa legítima e respeito ao compromisso assumido no âmbito do marco regulatório garantindo, na regulação, a estabilidade ao longo da

¹⁸⁶⁰ “*Even when cases arise under the same treaty (the ECT) and involve the same regulatory regime, the awards reveal variations in critical evidence, including the date of investment, the type of renewable energy, and the evidence given by witnesses and experts. Each claimant presents its legal theory and its evidence in a unique way, with inevitable consequences for the way in which Respondent defends the case. In circumstances in which a tribunal’s conclusions follow from accumulated inferences of fact, these distinctions mean that the conclusion in any one case is highly specific to that case. This Tribunal bases its decision on the record in this proceeding*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §334.

¹⁸⁶¹ “*En cuanto a la alegada violación de la obligación de trato justo y equitativo, los inversores argumentaron que, por una parte, se produjo una alteración inesperada del marco regulatorio y económico que era aplicable, vulnerando sus legítimas expectativas*”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 6.

vida útil do empreendimento. Argumentou-se que os investidores consideraram que o regime de apoio seria estável ao longo da vida útil das suas instalações.

Nesse sentido, a Espanha teria criado uma expectativa no âmbito da regulação estatal garantindo uma estabilidade quanto à remuneração tarifária de *feed-in tariff* que beneficiava a geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, em particular análise, a energia solar fotovoltaica e CSP.

Uma análise específica dos laudos arbitrais nos permite verificar que a maior parte das decisões se alinha à jurisprudência arbitral no âmbito dos BITs¹⁸⁶² que interpreta o padrão de tratamento justo e equitativo. Rudolf Dolzer ressalta que, desde 2007, o padrão de tratamento justo e equitativo já se tornava relevante nas arbitragens internacionais de investimento.¹⁸⁶³

Como os laudos arbitrais analisados se fundamentam na violação do ECT, é preciso observar o conteúdo material do artigo 10(1), o qual prevê que

Cada Parte Contratante deverá, em conformidade com o disposto neste Tratado, incentivar e criar condições estáveis, equitativas, favoráveis e transparentes para investidores de outras Partes Contratantes realizarem investimentos em sua Área. Tais condições devem incluir o compromisso de conceder, a todo momento, aos Investimentos de Investidores de outras Partes Contratantes um tratamento justo e equitativo. Tais investimentos também gozarão de proteção e segurança e nenhuma Parte Contratante deverá prejudicar por medidas injustificadas ou discriminatórias sua gestão, manutenção, uso, diversão ou descarte. Em nenhum caso tais Investimentos receberão tratamento menos favorável do que o exigido pelas normas internacionais lei, incluindo as obrigações do tratado. Cada Parte Contratante deverá observar quaisquer obrigações que tenha assumido com um Investidor ou com um Investimento de um Investidor de qualquer outra Parte Contratante.¹⁸⁶⁴

¹⁸⁶² “As the same wording for FET is found in a great number of BITs, for the present case, it will have to be interpreted taking note of the large jurisprudence established in this regard. In that jurisprudence, it is generally recognized, and the present Tribunal agrees, that the FET commitment in particular includes the respect of the legitimate expectations of the investor”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <[https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo= ARB/15/36](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36)>. Acesso em: 07 fev. 2020. §426.

¹⁸⁶³ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. Santa Clara: *Santa Clara Journal of International Law*, Symposium on the Law and Politics of Foreign Investment, vol. 13, nº 1, p. 7- 34, 2013, p. 10.

¹⁸⁶⁴ “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 fev. 2020. (tradução livre)

É preciso ressaltar o caráter abrangente do padrão de tratamento justo e equitativo que, segundo esclarece Rudolf Dolzer, compreende uma gama de atividades maior do que outros princípios e, preenche a lacuna deixada nos BITs por outros padrões de tratamento.¹⁸⁶⁵ Assim, é preciso tratar dos pressupostos principais para examinar a tutela da expectativa legítima com base em critérios objetivos, sob a ótica de um investidor prudente, descartando expectativas subjetivas, como ressalta o tribunal de *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*.¹⁸⁶⁶

Um dos princípios componentes do tratamento justo e equitativo consiste na avaliação da conduta do Estado para induzir o investidor estrangeiro a realizar seu investimento fundamentado em uma regulação supostamente estável.¹⁸⁶⁷

Em todos os laudos examinados, avaliou-se o marco regulatório da Espanha em duas perspectivas (i) quanto às normativas que instituíram o regime de remuneração especial e quanto às declarações públicas – escritas e orais - das autoridades governamentais como garantia de estabilidade do regime de remuneração previsto no RD 661/2007; e (ii) quanto às alterações legislativas que modificaram o regime em 2010 e, posteriormente, a partir de 2013, culminando na eliminação completa do regime de remuneração em 2014.

No que se refere ao aspecto (i), todos os tribunais arbitrais examinaram o que seria um compromisso específico como elemento parte da legítima expectativa e se a Espanha se comprometeu especificamente com os investidores.

Nesse contexto, os tribunais arbitrais examinaram (a) se o marco regulatório induziu o estabelecimento do investimento e se foi direcionado a um grupo específico de investidores; (b) se o governo enviou comunicações por escrito aos investidores conformando um compromisso específico – à luz de *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha* - e garantindo a remuneração ao longo da vida útil da instalação; e, nos casos em que não havia comunicação

¹⁸⁶⁵ DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. Santa Clara: *Santa Clara Journal of International Law*, Symposium on the Law and Politics of Foreign Investment, vol. 13, nº 1, p. 7- 34, 2013, p. 10.

¹⁸⁶⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §312.

¹⁸⁶⁷ “In the light of the arbitral jurisprudence, the details of the current state of the law will be summarized by way of five components, the existence of which determines whether the FET standard will protect the expectations of the investor in a given case: - The objective conduct of the host state inducing legitimate expectations on the part of the foreign investor; - reliance on that conduct on the part of the foreign investors; - frustration of investor's expectation by subsequent conduct of the host state; - unilateralism of conduct of the host state, i.e., absence of meaningful communication and/or consent with investors; and - damages for the investor”. DOLZER, Rudolf. Fair and Equitable Treatment: Today's Contours. Santa Clara: *Santa Clara Journal of International Law*, Symposium on the Law and Politics of Foreign Investment, vol. 13, nº 1, p. 7- 34, 2013, p. 20.

direta do Estado com o investidor, (c) se o artigo 44(3) do RD 661/2007 se caracterizava como garantia de estabilidade do regime de remuneração.

Sendo assim, consideramos necessário examinar os elementos que caracterizam o compromisso do Estado com os investidores e, se o mesmo poderia ser caracterizado como específico, com base nas declarações do governo e no próprio texto do RD 661/2007.

Destaca-se, ademais, a contribuição da análise de outras arbitragens internacionais de investimentos feita pela UNCTAD que corrobora que a legítima expectativa pode ser gerada a partir de (a) compromissos específicos direcionados ao investidor pessoalmente baseados em uma cláusula de estabilização; ou (b) regras que não estão especificamente dirigidas a um investidor em particular, mas que tem o objetivo específico de induzir o investimento estrangeiro e, além disso, que contribuíram para o investidor estabelecer seu investimento.¹⁸⁶⁸

Nesse sentido, identificamos que, na ampla maioria das decisões contra a Espanha, os tribunais arbitrais entenderam que o compromisso com a estabilidade estava inserido na própria legislação introduzida pela Espanha, adequando aos elementos propostos no estudo da UNCTAD. Além disso, as autoridades espanholas reforçaram seu comprometimento com a manutenção do regime com declarações públicas, particularmente, no que se referia às instalações já existentes.

A expectativa do investidor também foi analisada sob aspecto objetivo: a prudência e diligência no momento do estabelecimento do seu investimento. Trata-se de avaliar se o investidor agiu e analisou cautelosamente o marco regulatório, assim como o cenário econômico e político do Estado hospedeiro. A maior parte dos tribunais se preocupou em determinar se houve diligência por parte do investidor no momento da data do investimento com relação aos eventuais riscos e potencial estabilidade regulatória. Nesse sentido, determinou-se que, para que haja expectativa, é preciso que a mesma seja justificável, racional e razoável.

No caso dos investimentos em energia renovável, como ressaltado em *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha*, é preciso que a expectativa esteja baseada de alguma forma em um relatório de *due diligence* contendo uma análise jurídica do marco regulatório e identificando os riscos. Essencialmente, é preciso que a expectativa se fundamente

¹⁸⁶⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Fair and Equitable Treatment UNCTAD: Series on Issues in International Investment Agreements II*. New York and Geneva: United Nations, 2012, p. 69.

na compreensão adequada e ampla da natureza e escopo das declarações sobre as quais se baseia o investimento.¹⁸⁶⁹

Além disso, também se analisou criticamente os limites do exercício do poder de regular. Todos os tribunais arbitrais concordaram que o Estado mantém seu direito de alterar a seu marco regulatório, já que o mesmo não pode ser considerado imutável. Nos casos analisados, reforça-se que não há histórico de contratos de investimentos com cláusulas de estabilização. E, por fim, a grande maioria dos tribunais decidiu que o exercício do poder de regular não pode ser limitado à garantia de estabilidade regulatória.

Por fim, outro elemento do padrão de tratamento justo e equitativo analisado em parte das decisões foi a transparência. Em quase todas as decisões o exame deste princípio foi desconsiderado por não se tratar de uma obrigação autônoma no âmbito do ECT.

Outrossim, não se pode deixar de ressaltar um importante aspecto que se tornou fundamento no caso das arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável na Espanha: a data do investimento. É um critério fundamental para aferir a violação da legítima expectativa do investidor em praticamente todas as decisões analisadas.

Em *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha*, destacou-se que existe um embasamento doutrinário e jurisprudencial para que o ponto inicial de análise para aferir a violação da legítima expectativa seja o momento da “realização” ou “estabelecimento” de investimentos (*to make investments*).¹⁸⁷⁰

Diversas outras decisões seguiram o posicionamento estabelecido em *Masdar*, como ocorreu em *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha*, *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha*,¹⁸⁷¹ *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others*,¹⁸⁷² *SolEs*

¹⁸⁶⁹ “The Tribunal does not consider it necessary that a specific commitment be made to each individual claimant in order for a legitimate expectation to arise”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §393.

¹⁸⁷⁰ “Supporting the first view, leading commentators state that the starting point to determine an investor’s legitimate expectations is the “legal order” or “legal framework” of the host State at the time when the investor made its investment. That proposition finds support in the case law”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 18 set. 2019. §491.

¹⁸⁷¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §537.

¹⁸⁷² Em diversas partes do laudo arbitral, avalia-se a violação do tratamento justo e equitativo com relação à data do investimento à luz da construção da legítima expectativa com relação às alterações legislativas realizadas pela

Badajoz GmbH v. Espanha,¹⁸⁷³ e *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha*.¹⁸⁷⁴

a) o compromisso específico com os investidores estrangeiros

Nos laudos arbitrais analisados, avalia-se se houve compromisso específico e se o mesmo foi capaz de gerar uma expectativa legítima no investidor.¹⁸⁷⁵ Segundo o tribunal de *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha*, existem dois posicionamentos em relação ao compromisso específico, (i) que entende que o compromisso pode ser gerado a partir de afirmações genéricas em leis e regulações,¹⁸⁷⁶ e (ii) que estabelece que o compromisso deve ser especificamente direcionado ao investidor estrangeiro.¹⁸⁷⁷

Nesse sentido, foi possível identificar duas principais vertentes de decisões em que (i) os laudos arbitrais favoráveis à Espanha descaracterizam o comprometimento específico com o investidor enquanto; e (ii) nos laudos condenatórios, os tribunais arbitrais entenderam que o marco regulatório espanhol estabeleceu alguma espécie de compromisso por parte da Espanha com os investidores em energia renovável.

Espanha, já que os investimentos de *Cube Infrastructure Fund* foram realizados em momentos diferentes. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

¹⁸⁷³ “(...) they agree that legitimate expectations are to be evaluated as of the date of Claimant’s investment”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §312.

¹⁸⁷⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §431.

¹⁸⁷⁵ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016, p. 151.

¹⁸⁷⁶ Ao se basear nessa linha de raciocínio, o RD 661/2007 e outras normativas editadas no âmbito do marco regulatório espanhol incluíam uma cláusula de estabilização objetivando excluir qualquer modificação da lei. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §503.

¹⁸⁷⁷ Com base nesse argumento, afirmações genéricas na legislação que estabeleçam certa estabilização não são suficientes para criar legítima expectativa. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §457.

Contudo, as decisões divergem quanto à forma que o compromisso foi assumido e quanto à sua especificidade.¹⁸⁷⁸ Por essa razão, serão analisados os laudos arbitrais, por critério cronológico, para compreender como foi a evolução do entendimento dos tribunais arbitrais nesse sentido, iniciando pelos laudos favoráveis à Espanha para, posteriormente, passar aos laudos favoráveis aos investidores.

Em *Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha*, o tribunal arbitral decidiu que, com relação às normativas publicadas em 2010 (RD 1565/210 e RDL 14/2010), o governo espanhol não se comprometeu especificamente com os investidores.¹⁸⁷⁹ Afirmou-se que este compromisso somente se basearia em cláusulas de estabilização ou qualquer tipo de declaração determinando que o marco regulatório não se modificaria.¹⁸⁸⁰ De todo modo, o tribunal asseverou que um Estado não pode induzir investidores criando a expectativa legítima de remuneração e, posteriormente, ignorar o comprometimento que criou tal expectativa.

É verdade que o caso *Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha* apresenta uma particularidade que merece ser ressaltada. O objeto deste laudo excluiu, a pedido dos requerentes, o RDL 9/2013 e normativas posteriores da análise do tratamento justo e equitativo.¹⁸⁸¹ Com isso, o tribunal entendeu, tão somente com relação às medidas de 2010 que

¹⁸⁷⁸ O tribunal de *Novenergia* entendeu que o comprometimento foi caracterizado para gerar legítima expectativa, porém sem ser *ad personam*. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §715.

¹⁸⁷⁹ “*aunque los RD 661/2007 y 1578/2008 estuvieran dirigidos a un grupo limitado de inversores, eso no los convierte en compromisos específicamente dirigidos a cada uno de ellos. Las normas en discusión no pierden, por su alcance específico, la naturaleza general que caracteriza cualquier medida legislativa o reglamentaria. Convertir una norma reglamentaria, por el carácter limitado de las personas que puedan estar sujetas a la misma, en un compromiso específico tomado por el Estado hacia cada uno de dichos sujetos constituiría una limitación excesiva a la capacidad de los Estados de regular la economía en función del interés general*”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §493. “*Por tanto, a falta de un compromiso específico, el tribunal reconoce al Estado un cierto margen de discreción en el ejercicio de su poder regulatorio en determinados sectores de importancia económica esencial, como el régimen de los incentivos a la generación de las energías renovables*”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 7.

¹⁸⁸⁰ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §490.

¹⁸⁸¹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §481. Ver também CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 5.

as características fundamentais do marco regulatório não foram substancialmente alteradas e, assim, concluiu que não houve violação ao padrão de tratamento justo e equitativo.¹⁸⁸²

No caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*¹⁸⁸³ que incluiu a impugnação quanto às alterações legislativas introduzidas em 2013, as quais teriam violado os artigos 10 e 13 do ECT. Nesse caso, a data em que o investimento foi realizado em virtude da celebração de um Acordo de Investimento permitiria, segundo a compreensão do tribunal, que a *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.* desistisse de efetivá-lo por meio da resolução do contrato.¹⁸⁸⁴ Com relação ao compromisso específico, o tribunal arbitral considerou que o caráter geral do marco regulatório espanhol não demonstrava direcionamento a um grupo específico de investidores, nem garantia efetivo compromisso.¹⁸⁸⁵

¹⁸⁸² Esse foi o entendimento de outros tribunais arbitrais, como o tribunal de *Cube Infraestructre*, em relação às alterações legislativas de 2010, assim como as mudanças introduzidas pelo RDL 2/2013 que não constituíram violação ao artigo 10 do ECT. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §423. Nesse sentido, também foi a decisão *SolEs Badajoz* “*In view of these findings, the Tribunal concludes that, although it appears that the First Set of Disputed Measures (RDL 14/2010 and RDL 2/2013)558 reduced Claimant’s revenue during the limited period while the measures were in effect, they did not change the basic features of the Original Regulatory Regime (the FIT) and did not undermine Claimant’s legitimate expectation*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §450.

¹⁸⁸³ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §772.

¹⁸⁸⁴ Neste caso, há controvérsia sobre a data do investimento. Enquanto que o demandante defende que a data da realização do investimento teria ocorrido em 29 de junho de 2012 (data da decisão em realizar o investimento), a Espanha defendeu que a data final seria 29 de outubro de 2012, data da aquisição pela Requerente de 65.434.220 ações nominais (58,86%) do capital social da T-Solar. O tribunal arbitral considera que a última dessas duas datas deve ser a data de referência. Ressalta que, em que pese a decisão de investir já teria sido tomada em junho de 2012, *Isolux* podia renunciar ao investimento até 29 de outubro de 2012, pois o Acordo de Investimento de 29 de junho de 2012 permitia a resolução do contrato sem direito a indenização entre a data do Acordo e cumprimento da última condição suspensiva. Portanto, para o tribunal, a data do investimento foi 29 de outubro de 2012. Para o árbitro Guido Santiago Tawil, em seu voto dissidente, discorda de adotar como referencia para determinar as expectativas legítimas no caso concreto deveria ser 29 de outubro de 2012. Para o árbitro, a data relevante deveria ser 29 de junho de 2012, dia em que o Acordo de Investimento foi assinado em entrou em vigor, pois a data de 29 de outubro de 2012 não adquire relevância frente ao Estado receptor de investimento e a respeito das suas condutas que podem ter ou não gerado legítimas expectativas. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 2.

¹⁸⁸⁵ No voto dissidente do árbitro Guido Santiago Tawil (voto dissidente) no caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, Guido Santiago Tawil discorda da decisão majoritária de que a Espanha não havia contraído compromissos com os investidores em razão do suposto “caráter geral” das normas aplicáveis ou dos potenciais destinatários delas. Para Guido Santiago Tawil, o regime de incentivos implementado pelos RD 661/2007 e RD 1578/2010 não estavam dirigidos a uma generalidade indeterminada, mas sim a um número reduzido de interessados e tinham uma finalidade declarada de atrair investimentos em determinado setor da economia (geração da energia renovável). INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure*

Na opinião do tribunal, as leis ou atos administrativos podem conter compromissos, em particular quando estes sejam especificamente dirigidos a investidores estrangeiros como, por exemplo, a obrigação de se submeter à arbitragem. Contudo, os RD 661/2007 e RD 1578/2008 não teriam sido expressamente desenhados para fomentar investimentos estrangeiros,¹⁸⁸⁶ até porque as plantas do investidor eram originalmente um investimento espanhol. Com isso, concluiu-se que a Espanha não contraiu, com o investidor ou com seu investimento, obrigações específicas e, por isso, não descumpriu tais compromissos, não se caracterizando uma violação ao tratamento justo e equitativo.

Destaca-se, nesse caso, o voto dissidente do árbitro Guido Santiago Tawil, que concluiu pela consolidação de um compromisso específico com um grupo de investidores no âmbito do RD 661/2007 e RD 1578/2010.¹⁸⁸⁷ No voto dissidente, o árbitro opina que tais normas não estavam dirigidas a uma generalidade indeterminada, mas sim a um número reduzido de interessados com finalidade de atrair investimentos em determinado setor da economia (geração

Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 1. No caso *Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha*, o tribunal arbitral ressaltou a relevância do comprometimento específico para avaliar potencial violação ao tratamento justo e equitativo, mas entendeu que o governo espanhol não se comprometeu especificamente com os requerentes da demanda arbitral, mesmo que o sistema de incentivos tivesse como alvo um grupo específico de investidores. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain*. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. Unofficial English Translation by Mena Chambers, §493. No caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, o tribunal arbitral entendeu que a Espanha não contraiu compromissos com os investidores em razão do caráter geral das normas aplicáveis aos investimentos, citando, nesse sentido, a análise feita pelo UNCTAD sobre tratamento justo e equitativo de 2012 que afirma que a legítima expectativa pode ser gerada a partir (i) comprometimentos específicos de forma pessoal como, por exemplo, cláusulas de estabilização; ou (ii) regras que não são especificamente direcionadas a um investidor em particular, mas que são implementadas com um objetivo específico para fomentar investimentos estrangeiros ou regras sobre as quais os investidores estrangeiros se basearam para realizar o seu investimento.

¹⁸⁸⁵ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §775.

¹⁸⁸⁶ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §772.

¹⁸⁸⁷ Para o árbitro Guido Santiago Tawil (voto dissidente), este discorda de que o Reino da Espanha não havia contraído compromissos com os investidores em razão do suposto “caráter geral” das normas aplicáveis ou dos potenciais destinatários delas. Para ele, o regime de incentivos implementado pelos RD 661/2007 e RD 1578/2010 não estavam dirigidos a uma generalidade indeterminada senão a um número reduzido de interessados e tinham uma finalidade declarada de atrair investimentos em determinado setor da economia (geração da energia renovável). INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 1.

da energia renovável).¹⁸⁸⁸ Tal voto se coaduna com as decisões condenatórias à Espanha, em que se entendeu por um compromisso específico com os investidores.

A decisão arbitral mais recente a favor da Espanha foi *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Espanha*, em que o tribunal entendeu, por mais que as alterações legislativas promovidas pela autoridade espanhola tivessem consequências ‘desagradáveis’ para os negócios do investidor, as modificações perquiridas durante o período entre 2012 e 2014 não resultaram em violação ao tratamento justo e equitativo.¹⁸⁸⁹ No voto dissidente do árbitro Hobér, contudo, a violação por parte da Espanha é manifesta.¹⁸⁹⁰ Para a opinião majoritária do tribunal arbitral, está ausente o comprometimento específico contratualmente assumido pelo Estado que pudesse congelar a legislação em favor do investidor, o que obstaculiza a constatação de violação do tratamento justo e equitativo.¹⁸⁹¹

Em contraste com as decisões a favor da Espanha, a primeira que reconheceu a violação ao artigo 10(1) do ECT foi *Eiser Infrastructure Ltd v. Espanha*. Para tanto, o investidor não recebeu tratamento justo e equitativo na medida em que se substituiu definitivamente o regime de remuneração especial por um novo sistema remuneratório em junho de 2014 com a implementação da Ordem Ministerial IET/1045/2014,¹⁸⁹² reduzindo quase que integralmente o

¹⁸⁸⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 1.

¹⁸⁸⁹ “While the Claimants may have found that those corrective actions had unpleasant consequences for their energy business, the Tribunal does not believe that by changing its regulatory system during the period of 2012-2014, Spain failed to provide the investors a stable regulatory system and thereby violated its obligation to treat their investments fairly and equitably”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §260.

¹⁸⁹⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Dissenting Opinion, 20 Nov. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. p. 1.

¹⁸⁹¹ O tribunal cita os PPAs como contratos típicos que servem para reduzir o risco regulatório. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §307.

¹⁸⁹² Esse fundamento foi rechaçado pelo tribunal arbitral de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.*, afirmando que parece exagerado afirmar que o novo sistema adotado no âmbito da Ordem Ministerial IET/1045/2014 privaria os investidores de substancialmente o total do valor do seu investimento. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §517.

valor do investimento (125 milhões para 4 milhões de Euros).¹⁸⁹³ Assim, o investidor não poderia ter a expectativa que o marco regulatório seria alterado de tal modo que afetasse tão substancialmente o seu investimento.

Com fundamento no texto da legislação em vigor no momento da realização do investimento, o tribunal de *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Espanha* concluiu que o comprometimento da Espanha não poderia ser mais claro. Mesmo que não se tratasse de compromissos *ad personam*, já que foram direcionados a uma generalidade de investidores, as declarações que constavam na regulação constituíram uma legítima expectativa do investidor.¹⁸⁹⁴

Na opinião do tribunal, tanto a *Ley 54/1997* e o RD 661/2007 tinham por objetivo que a Espanha alcançasse o nível de emissão de gases de efeito estufa e as metas para uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica e, com isso, criou um ambiente muito favorável ao investimento em energia renovável.¹⁸⁹⁵ Consequentemente, o entendimento foi que as declarações na legislação e em outros documentos emitidos pelo governo como “*The Sun Can be All Yours*” criou a expectativa legítima de que não haveria uma mudança radical e fundamental no regime do RD 661/2007.¹⁸⁹⁶

Veja-se a decisão arbitral de *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha* que, diferentemente da decisão em *Novenergia II*, conclui que, mesmo ausente as cláusulas de

¹⁸⁹³ Em 06 junho de 2014, o governo espanhol adotou o RD 413/2004 e, em 16 de junho de 2014, adotou-se a Ordem Ministerial IET/1045/2014 que eliminou por completo o regime de remuneração previsto no RD 661/2007 e aprovou os parâmetros para remuneração aplicáveis às instalações tipo com fundamento nos custos de operação e investimento e as características de uma instalação hipoteticamente eficiente, com remuneração limitada a 25 anos. Fixou uma tarifa de 7.398% baseada no custo provável de uma instalação-padrão sujeita à revisão a cada seis anos. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §382; §418; §458. §

¹⁸⁹⁴ Com base nesse argumento, o tribunal entendeu que não houve violação à cláusula guarda-chuva prevista no texto do artigo 10(1) do ECT. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §715.

¹⁸⁹⁵ A maior parte das medidas que a Espanha alega terem servido como indicio de que uma mudança teria ocorrido foram adotadas após a realização do investimento. Além disso, afirmou o tribunal que the statements “with respect to RDL 7/2006 could not have acted as a warning sign to the Claimant that the Kingdom of Spain was likely to implement radical and fundamental changes to legislation already implemented in the SES, namely to the Special Regime”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §665-666.

¹⁸⁹⁶ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §681.

estabilização,¹⁸⁹⁷ o marco regulatório espanhol se orientava para um grupo específico de investidores, caracterizando o compromisso específico. Para o tribunal, o RAIPRE era um instrumento de garantia de que o investidor se beneficiaria da remuneração especial prevista no RD 661/2007. Trata-se de uma oferta unilateral e bastante específica do Estado que o investidor poderia aceitar caso cumprisse com as obrigações pré-determinadas.¹⁸⁹⁸

Ocorre, contudo, que o caso de *Masdar Solar* apresentou uma especificidade, pois havia comunicações específicas emitidas pelo governo espanhol dirigidas a cada uma das sociedades do investidor confirmando que as mesmas se beneficiariam do regime tarifário previsto no RD 661/2007 durante a vida útil dos empreendimentos.¹⁸⁹⁹ Desse modo, tornou-se muito difícil considerar um comprometimento mais específico ou que tais resoluções eram independentes das declarações apostas naquele decreto.¹⁹⁰⁰ Concluiu-se, portanto, que o investidor tinha a

¹⁸⁹⁷ Na decisão de *Antaris GmbH v. Chéquia*, o tribunal arbitral entendeu que, quando não há uma cláusula de estabilização, é possível conceber uma margem aceitável para modificação da legislação sobre a qual o investidor se baseou para realização do seu investimento sem que se viole o tratamento justo e equitativo. “*For the majority of the Antaris tribunal, where an expectation has arisen, but a stabilization clause is absent, there exists an ‘acceptable margin of change’, within which changes to general legislation modifying a regulatory framework relied upon by an Investor and made pursuant to the Contracting Party’s normal regulatory power do not breach FET. Such a margin of change is contested on grounds of, among others, lack of support in the text of the ECT and inconsistency with the purposes of specific guarantees and of FET generally*”. MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 185.

¹⁸⁹⁸ “*One of the elements of this procedure was the registration first in the Pre-Allocation Registry, then with the RAIPRE (Registro Administrativo de Instalaciones de Producción en Régimen Especial). The three Plants were duly registered with RAIPRE on 29 April 2011 (Gemasolar) and 22 December 2011 (Arcosol and Termesol) – that is to say, within the prescribed ‘window’*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §513.

¹⁸⁹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 18 set. 2019. §520.

¹⁹⁰⁰ Ressalta-se interessante posicionamento do tribunal de 9REN que faz um paralelo entre o compromisso específico do governo espanhol no âmbito das declarações direcionadas ao investidor *Masdar* em relação ao comprometimento assumido com 9REN. Nesse sentido, o tribunal afirma que as declarações feitas a *Masdar* eram características de comprometimento que confirmavam o disposto no RD 661/2007 e, por essa razão, as declarações no próprio marco regulatório seriam suficientes para preencher o requisito da ‘especificidade’. Veja “*In Masdar, the claimant had (as this Claimant does not) specific letters of commitment from the government. However, as earlier noted, those letters simply confirmed what was already in RD 661/2007 and were issued after not before the claimant in that case made its investment. In the Tribunal’s view, the clear and specific “guarantee” in RD 661/2007 satisfies the requisite degree of ‘specificity’*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §299.

expectativa legítima de se beneficiar do regime de remuneração especial e que o mesmo permaneceria estável.¹⁹⁰¹

Em *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha*, ressaltou-se que não se pode analisar a expectativa legítima do investidor em abstrato, nem se basear nas crenças subjetivas dos investidores.¹⁹⁰² Desta sorte, a legítima expectativa deve ser avaliada no momento da realização do investimento, devendo ter se originado com base em alguma ação afirmativa do Estado, seja por meio de um comprometimento específico ao investidor, seja por meio de declarações com relação a certas características da regulação que objetivem encorajar investimentos em um setor específico.¹⁹⁰³ Para o tribunal de *Antin*, o RAIPRE não pode ser considerado como simples requerimento administrativo para vender energia, mressaltando a precisão e detalhe dos decretos reais, especialmente em relação ao tratamento que seria concedido por um período de tempo definido, levando à expectativa legítima dos requerentes.¹⁹⁰⁴

De maneira diferente se conformou o entendimento do tribunal em *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha* no sentido de que não teria ocorrido um compromisso específico, já que o investidor não poderia ter a expectativa legítima de que o marco regulatório permaneceria imutável. O tribunal reforçou que o caso de *Foresight* se diferencia de *Masdar*, dado que estes investidores receberam confirmação específica por parte da Espanha de que os seus investimentos se beneficiariam do regime do RD 661/2007 por toda sua vida útil.¹⁹⁰⁵

Ainda diferentemente de outros laudos, *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha* entendeu que o artigo 44(3) do RD 661/2007 não representava um compromisso

¹⁹⁰¹ Em virtude da expectativa criada, constatou-se a violação do tratamento justo e equitativo nos termos do artigo 10(1) do ECT. MEJIA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 184. Ver também INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §521.

¹⁹⁰² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §536.

¹⁹⁰³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §537-538.

¹⁹⁰⁴ Consequentemente, violou-se o direito do investidor por não garantir um tratamento justo e equitativo conforme previsto no artigo 10 do ECT.

¹⁹⁰⁵ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 fev. 2020. §367.

específico de que o investidor receberia a remuneração do *feed-in tariff* por toda a vida útil da planta.¹⁹⁰⁶

Contudo, a visão do tribunal em *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha*, que acaba sendo seguida por outros tribunais, é no sentido de que o investidor diligente não poderia ter a expectativa de que o marco regulatório seria fundamentalmente alterado de modo que privasse o investidor de parte significativa da sua receita.¹⁹⁰⁷ Assim, a opinião majoritária do tribunal foi que as alterações legislativas introduzidas pelo RDL 9/2013, *Ley 24/2013*, RD 413/2004 e Ordem Ministerial IET/1045/2014 constituíram uma mudança substancial no marco regulatório e jurídico e, por conseguinte, uma violação à legítima expectativa do investidor e, por conseguinte, ao artigo 10(1) do ECT.¹⁹⁰⁸

De modo similar, o laudo de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha* constata que nenhuma das declarações ao investidor podem ser consideradas como garantia firme de que as condições do RD 661/2007 permaneceriam inalteradas. No entanto, o tribunal ressaltou que as novas alterações legislativas possuíam efeito retroativo sobre a remuneração passada dos acionistas e, por isso, violariam a expectativa legítima do investidor quanto à estabilidade do marco regulatório.¹⁹⁰⁹

Uma das questões de análise se remete à garantia de “rentabilidade razoável” (*reasonable return*) que o investidor alegou estar inserido no âmbito do preâmbulo do RD

¹⁹⁰⁶ O tribunal citou o fundamento adotado por *Eiser* de que os investidores não poderiam esperar imutabilidade quanto aos direitos econômicos.

¹⁹⁰⁷ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 fev. 2020. §365; 377.

¹⁹⁰⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 fev. 2020. §398. Para *Cube*, o RDL 9/2013, adotado em julho de 2013, marca o início de um rompimento radical e decisivo com o regime anterior. Isto porque, aboliu o regime de 2007 e marcou uma mudança na política tarifária, deixando de ser baseada em tarifas e prêmios fixados por longos períodos para o novo conceito de taxa de rentabilidade razoável. Tal mudança foi concluída em 2014 com o RD 413/2014 e IET/1045/2014. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §425.

¹⁹⁰⁹ “*The same holds true in the present case: the Claimants’ profits are reduced by part of the benefits already realised before 14 July 2013 in order to contribute to funding future plants. In effect, the rights of the investors must be preserved not only in the past but also for the future. In the present case, this implicates the questions both of the extent to which the stability principle applies and of the content of the legitimate expectations of the Claimants*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 24 set. 2019. §328-329.

661/2007.¹⁹¹⁰ Nesse contexto, o tribunal concluiu que a garantia de “rentabilidade razoável” ou “lucro razoável” (*reasonable profitability*) consistia no principal comprometimento assumido pela Espanha em relação aos investidores no âmbito do regime de remuneração especial, sem se caracterizar, contudo, como específico.¹⁹¹¹

Em que pese o investimento da *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.* ter sido estabelecido em 2011,¹⁹¹² conclui-se que o comportamento e declarações do governo espanhol geraram legítima expectativa nos investidores de que o marco regulatório não seria substancialmente modificado em relação à legislação em vigor no momento da realização do investimento. O principal fundamento para determinar a responsabilidade da Espanha, contudo, foi a retroatividade das novas medidas. Diferentemente de outras decisões, o tribunal entendeu que a Espanha não violou o princípio da transparência, não-discriminação, tampouco da estabilidade e previsibilidade.¹⁹¹³

¹⁹¹⁰ “the preamble of RD 661/2007 itself guaranteed to ‘the owners of facilities under the special regime a reasonable return on their investments’ while the Renewable Energy Plan 2011-2020, adopted some months before the date when the Claimants made their investments, recalls that ‘premiums corresponding to special regime installations, provide for electricity generation remuneration levels that afford a reasonable return on investment’”. Ressalta-se no laudo arbitral, ainda, que “It must, however, be noted that, in all the relevant texts, this assurance of a reasonable return or profitability is systematically intertwined with other considerations”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §383; 385.

¹⁹¹¹ “The preparatory documents of RD 661/2007 invoked by the Claimants only confirm the content of RD 661/2007 but do not contain any specific commitment”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §396.

¹⁹¹² O tribunal arbitral de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.* também faz uma análise da violação da legítima expectativa do investidor em relação ao momento de realização do investimento e cita o caso do *Isolux*, afirmando que o investidor *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd* não demonstrou como o seu caso, cujo investimento foi realizado em 2011, se diferenciava do investimento da *Isolux*, ocorrido em outubro de 2012. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §391-399.

¹⁹¹³ “However, compensation is due if, but only if, an injury has been caused by an internationally wrongful act. In the previous sections of this Decision, the Tribunal has concluded that the Respondent was not in breach of its obligations concerning the transparency and the non-discriminatory nature of the challenged measures. It has also found that the principle of stability and predictability had been complied with by the Respondent, except to the extent that the challenged measures have been applied retroactively: this being contrary to both the FET standard embodied in Article 10(1) ECT and a well-established general principle of law, the Respondent must compensate the Claimants for the ensuing losses it incurred as a consequence of this breach (A)”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em:

Em *Nextera Energy Global Holdings B.V. v. Espanha*, afirma-se que a legítima expectativa não foi criada propriamente por possíveis declarações realizadas pelo governo no âmbito do RD 661/2007, RDL 6/2009 e RD 1614/2010. A legítima expectativa foi baseada em declarações e garantias especificamente direcionadas para o investidor pelas autoridades espanholas quanto à aplicabilidade do regime remuneratório. Em outras palavras, o marco regulatório representava apenas o contexto em que as declarações como que se “preservaria a segurança jurídica” teriam sido emitidas, demonstrando o compromisso em não alterar substancialmente o marco regulatório espanhol.¹⁹¹⁴

Portanto, os investidores tinham a legítima expectativa de que o regime aposto no RD 661/2007 não seria alterado de uma maneira que liquidasse com a viabilidade dos seus investimentos.¹⁹¹⁵ Como as alterações legislativas provocaram diversas mudanças substanciais que tornaram o novo sistema de remuneração muito diferente do originalmente concebido, a legítima expectativa do investidor foi violada e, por conseguinte, o padrão do tratamento justo e equitativo também.¹⁹¹⁶

Para o tribunal arbitral de *9REN Holding S.à.r.l. v. Espanha*, o regime de remuneração especial introduzido pelo RD 661/2007 tinha o propósito de atrair investimentos para o setor de energia renovável. Na sua opinião, se o governo espanhol não tivesse oferecido tal remuneração, o RD 661/2007 não teria alcançado seu objetivo principal. Isto porque, as

<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §474.

¹⁹¹⁴ “The statements and assurances on which Claimants rely fall into five categories: (1) Statements made in writing to NextEra by Spanish officials. (2) Statements made in writing by NextEra representatives to Spanish officials that were not contradicted or disagreed with by Spanish officials (although not responded to or agreed to). (3) NextEra’s internal memoranda reporting on meetings with the Spanish officials. (4) Witness statements indicating NextEra’s understanding of the Spanish position. (5) Statements made to industry, and statements made to the PTEs”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020. §587-588.

¹⁹¹⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020. §596.

¹⁹¹⁶ As plantas passaram a receber remuneração por capacidade e, não mais, por geração de eletricidade, o prêmio e a *feed-in tariff* foram abolidos; a remuneração não seria paga pela vida útil das plantas, mas por 25 anos, entre outras alterações. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020. §597-598.

normativas anteriores já haviam fracassado e a Espanha estava sob pressão da União Europeia para alcançar as metas de uso de fontes renováveis.¹⁹¹⁷ Com argumentos similares, o tribunal de *Cube Infrastructure Fund SICAV and Others* chegou na mesma conclusão.

No que se refere ao compromisso específico, o tribunal de *9REN Holding S.à.r.l.* afirma que uma declaração não é menos ‘específica’ se for dirigida a uma classe identificável, ou seja, direcionada a investidores em potencial com objetivo de atraí-los para o setor de energia renovável com base em promessas de estabilidade. O laudo de *9REN Holding S.à.r.l.* inaugura uma tendência dos tribunais em interpretar o Artigo 44(3) do RD 661/2007 como comunicado oficial de garantia aos investidores de estabilidade do regime de FIT pela vida útil das instalações.¹⁹¹⁸ Para o tribunal de *9REN Holding S.à.r.l.*, o compromisso específico pode estar inserido dentro da regulação, já que o RD 661/2007 objetivou atrair investimento estrangeiro para o setor de renováveis.

Com isso, na data de 23 de abril de 2008,¹⁹¹⁹ *9REN Holding S.à.r.l.* realizou seu investimento com base em uma expectativa razoável e legítima de que seus projetos cumpriam

¹⁹¹⁷ “By 2007, Spain recognized that its offer to potential investors had to be dramatically improved, and Spain reacted (possibly, in the government’s current view, over-reacted) with RD 661/2007”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 08 fev. 2020. §268. De maneira semelhante, o tribunal de *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others* entendeu que, mesmo após avaliação cuidadosa, as autoridades espanholas decidiram que o regime de remuneração especial deveria ser estabelecido por longo prazo com objetivo de atrair investimento suficiente e que, caso contrário, não se teria atraído. Dessa forma, a decisão do regime tarifário foi intencional e deliberativa. E, ainda, repete as mesmas frase do laudo de *9REN Holding S.a.r.l.* “For several years, the Respondent had been actively encouraging sufficient investment in renewable energy and had become bound under EU law to increase the proportion of its energy derived from renewable sources. RD 661/2007 was explicitly presented as a part of the Respondent’s effort to attract sufficient investment in renewable energy to meet its goals. Previous attempts to attract sufficient investment had proved to be insufficiently attractive to draw in the necessary investment”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §305; 309.

¹⁹¹⁸ A conclusão do tribunal com relação ao artigo 44(3) do RD 661/2007, “Spain’s representation of non-retroactivity in Article 44(3) of RD 661/2007 was clear and specific (excluding the potential adjustments referred to in RD 661/2007 itself)”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 08 fev. 2020. §265; 291.

¹⁹¹⁹ No caso *9REN Holding S.a.r.l.* há uma particularidade com relação à data dos diferentes investimentos realizados na Espanha que ocorreram em anos distintos. Assim, a decisão do tribunal concluindo pela violação da legítima expectativa exclui o investimento na planta Formiñena, dado que a mesma não havia sido registrada até 23 de março de 2011, ou seja, após o pacote de revisão de 2010 contemplado no RD 1578/2008 e, segundo o tribunal, não estava amparado pelo RD 661/2007. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 08 fev. 2020. §289-291; 310.

com os requisitos de FIT e, assim, seriam beneficiados do regime de remuneração especial ao longo da sua vida útil. Concluiu-se, portanto, que o RD 661/2007 oferecia garantia clara e específica, satisfazendo o nível de especificidade para caracterizar o compromisso e a legítima expectativa.¹⁹²⁰

Em *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha*, o comunicado à imprensa emitido pelo governo ganhou relevância, especialmente no que compreende a garantia de estabilidade do regime de remuneração, afirmando-se que as revisões tarifárias não afetariam as instalações já existentes. Assim, considerou-se que a Espanha assumiu um compromisso com a manutenção do regime tarifário no RD 661/2007 e tinha a intenção de garantir a estabilidade regulatória.¹⁹²¹ Em que pese os argumentos da Espanha de que a única garantia que o RD 661/2007 estabelecia era uma taxa de retorno razoável (*reasonable return*), o tribunal discordou. Conclui-se que a possibilidade de redução tarifária estava expressamente excluída no caso das instalações já registradas e operativas no âmbito do RD 661/2007.¹⁹²²

E, ainda, o tribunal arbitral de *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others* afirmou que as declarações com relação ao regime de remuneração especial que se encontravam inseridas no RD 661/2007 eram, no momento da sua adoção, declarações que os investidores tinham a intenção e direito à confiar para realizar seu investimento.¹⁹²³ Assim, seria razoável que os

¹⁹²⁰ Por conseguinte, afirma-se que a Espanha violou a legítima expectativa do investidor e, conseqüentemente, o artigo 10 do ECT. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 08 fev. 2020. §299.

¹⁹²¹ “*The Press Release that accompanied RD 661/2007 is undoubtedly a statement attributable to the State. It was published on the website of the Ministry of Industry, Energy and Tourism on 25 May 2007, the date on which RD 661/2007 was adopted. That release consisted of the statement of the same date published on the section of the website of the Government of Spain that carries documents from the Council of Ministers, with a short introduction. The commitment is found in words such as ‘[t]he revisions carried out in the future of the tariffs will not affect those Installations already in operation. This guarantee provides legal safety for the producer, affording stability to the sector and fostering its development’ and is buttressed by other references to the stability of the regulatory regime. Significantly, these words reflect the statute itself*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §276-277.

¹⁹²² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §288.

¹⁹²³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §310.

investidores tivessem confiado na manutenção da tarifa e do prêmio durante toda a vida operacional da planta.¹⁹²⁴ Desse modo, não é necessário que haja um comprometimento específico direcionado para cada investidor individualmente para que a legítima expectativa se configure. Trata-se de considerar como razoável que, em um setor altamente regulado e sempre que tenham sido feitas declarações suficientemente claras e inequívocas, investidores criem expectativas sobre um marco regulatório que deveria apresentar estabilidade. O RD 661/2007, segundo o tribunal, criou tais expectativas.¹⁹²⁵

¹⁹²⁴ “*The tariffs and premiums for the first 25 years of operation were set, as were the tariffs and premiums payable ‘thereafter’*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §313.

¹⁹²⁵ “*The Tribunal does not consider it necessary that a specific commitment be made to each individual claimant in order for a legitimate expectation to arise*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §388-389. Com as mudanças que se iniciaram com RD 9/2013 e foram efetivamente concluídas com a Ordem Ministerial IET/1045/2014, o regime tarifário deixou de se basear em tarifas e prêmios e passou a ser fundamentado na taxa de rentabilidade razoável. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §425. Com isso, constata-se a violação ao padrão de tratamento justo e equitativo em relação aos investimentos realizados em 2008 com base no regime do RD 661/2007. Com relação aos investimentos realizados em 2011 e concluídos em 2012, o voto majoritário do tribunal foi no sentido que, muito embora os investidores pudessem ter expectativa de modificação do regime, não era possível antever uma alteração substancial (*‘dramatic’ or ‘fundamental’* change) e completa eliminação do regime de remuneração especial. No entanto, aqueles investimentos posteriores, como o adquirido pelo investidor em novembro de 2009 (*Rambla PV facility*), não foram considerados como sujeitos à violação. Além da distinção feita com relação às plantas de energia fotovoltaica, a decisão também foi segregada aos investimentos de pequenas centrais hidrelétricas, pois tais investimentos foram realizados posteriormente, similar o que ocorreu em Isolux. Verifica-se, assim, a relevância que a data do investimento assume para aferir a responsabilidade do Estado em relação à violação da legítima expectativa dado que, para os investimentos realizados em 2011 e 2012, não era possível que o investidor tivesse a mesma expectativa de estabilidade que tinha em relação aos investimentos realizados em 2008. Mesmo assim, o tribunal entendeu que a expectativa de mudança não era equivalente à expectativa de total alteração do regime. Nonetheless, for the reasons explained above, “*the majority of the Tribunal considers that the Claimants made their hydro investments on the basis of a legitimate expectation as to the stability of the regime. That expectation was, however, narrower in scope and less well-defined, and less firm, than the expectation on which the PV investments were based. It was limited to the expectation that there would be no ‘dramatic’ or ‘fundamental’ change in the Special Regime*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §440. Ressalta-se que essa decisão foi objeto de voto dissidente do árbitro Tomuschat, que opinou que tais investimentos não deveriam ser objeto de compensação, afirmando que as alterações que ocorreram a partir do RD 6/2009 e seguintes já se demonstravam sinais de que o regime seria substancialmente alterado. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Separate and Partial Dissenting Opinion Professor Christian Tomuschat, 19 Feb 2019. Disponível em:

Posteriormente, o laudo de *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha* segue as conclusões alcançadas em *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others*. Afirma-se que o compromisso especificamente direcionado ao investidor não é pressuposto necessário para caracterização da violação do tratamento justo e equitativo. O tribunal fundamenta que a expectativa legítima também pode ser originada a partir de medidas legislativas e regulações, assim como declarações feitas pelas autoridades governamentais que induziram uma classe de investidores.¹⁹²⁶

Ao considerar que a data do investimento de *SolEs Badajoz GmbH* na Espanha se concretizou março de 2010, o tribunal afirmou que a legislação em vigor à época do estabelecimento do investimento não garantia que o regime de remuneração se manteria inalterável pela vida útil da planta – 25 anos.¹⁹²⁷ Todavia, indicava a estabilidade do FIT era um aspecto fundamental e, ainda, enfatizava que ajustes ao regime de remuneração só se aplicariam às novas instalações com base nos relatórios publicados pelo governo espanhol e com fundamento no artigo 44(3) do RD 661/2007 e no texto do RD 1578/2008.¹⁹²⁸

O tribunal de *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha* ressaltou, ainda, que a remuneração atual do investidor é consideravelmente mais baixa do que aquela prevista no RD 1578/2008, além

<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 1-7.

¹⁹²⁶ O laudo de *SolEs Badajoz* usa o lado de *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha* como jurisprudência para fundamentar seu argumento. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §313. Segundo o tribunal, a legítima expectativa deve ser medida à luz das garantias de estabilidade introduzidas na legislação, regulação e declaração do Estado receptor do investimento, além de avaliar outros fatores como características dos investimentos em plantas fotovoltaicas, cenário econômico espanhol e déficit tarifário. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §319.

¹⁹²⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §423.

¹⁹²⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §424. Muito embora os investidores soubessem do déficit tarifário e suspeitassem de possíveis reduções no regime remuneratório, as declarações apostas nos relatórios do governo não se revelavam transparentes com os investidores, pois sugeriam uma possível estabilidade no regime tarifário e sobre um regime de remuneração estável que o investidor construiu a sua legítima expectativa. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §439.

da taxa de rentabilidade ser menor do aquela prevista no RD 661/2007.¹⁹²⁹ Com isso, as alterações legislativas introduzidas em 2013 foram desproporcionais, já que modificaram as condições essenciais do regime de remuneração vigente quando o investidor realizou seu investimento.¹⁹³⁰

O laudo arbitral mais recentemente publicado foi *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha*, que o compromisso assumido pela Espanha está previsto no artigo 44(3) do RD 661/2007, o qual representava uma garantia de estabilidade que objetivava criar um ambiente favorável ao investimento no setor de energia renovável.¹⁹³¹ Não somente o texto do RD 661/2007, mas as diversas declarações que apresentavam uma garantia de manutenção do FIT contribuíram para criar a expectativa legítima do investidor. Assim, com base nessas garantias e na *due diligence* realizada, a opinião majoritária do tribunal foi que os investidores não tinham como prever as alterações substanciais que ocorreriam de 2010 a 2014.¹⁹³²

É preciso ressaltar que o laudo de *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha* conta com o voto dissidente do árbitro Philippe Sands, que não concordou com a violação do artigo 10 do ECT. Na opinião do árbitro, não há evidência, nem fundamento

¹⁹²⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §456.

¹⁹³⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §461-463.

¹⁹³¹ O tribunal esclareceu, ainda, que o tratamento justo e equitativo no âmbito do Artigo 10(1) do ECT consiste em uma obrigação autônoma em relação ao padrão mínimo internacional. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §425. “Indeed, it is hard to imagine a more explicit stabilization assurance than the one mentioned in Article 44(3)”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 09 fev. 2020. §485.

¹⁹³² Para o tribunal arbitral, o RD 661/2007 estabelecia a remuneração específica para toda a vida útil da instalação. Com isso, a Espanha violou a legítima expectativa dos investidores ao editar o RD 1565/2010, RD 14/2010, *Ley* 2/2011, RDL 2/2013; RDL 9/2013, *Ley* 24/2013, RD 413/2014, e IET/1045/2014 e, por conseguinte, a garantia do padrão de tratamento justo e equitativo previsto no artigo 10(1) do ECT foi violada. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 09 fev. 2020. §490; 512.

jurídico consistente que corrobore o voto majoritário do tribunal,¹⁹³³ já que o texto do artigo 44(3) do RD 661/2007 não estabelece nenhuma previsão de imutabilidade. E, mais, o árbitro entendeu que um investidor prudente teria analisado com cautela as alterações legislativas anteriores ao RD 661/2007 como, por exemplo, o RD 436/2004 que havia substituído o RD 2818/1998, e teria concluído que se tratavam de indícios de futuras alterações legislativas.¹⁹³⁴

Da análise dos fundamentos nos laudos arbitrais examinados, verifica-se um importante critério utilizado pelos tribunais: a realização de *due diligence* para aferir se os investidores agiram com prudência e cautela antes de realizar o investimento. Em linhas gerais, há uma tendência dos tribunais em avaliar se os investidores analisaram diligentemente o marco regulatório e os antecedentes históricos à legislação. Como resultado da *due diligence*, os investidores deveriam ter concluído pela estabilidade do regime do RD 661/2007 antes de realizar o investimento para configurar uma expectativa legítima a ser tutelada pelo ECT.

b) a prudência do investidor estrangeiro na análise do marco regulatório e a previsibilidade das alterações legislativas

A avaliação acerca da existência da expectativa legítima do investidor nos casos de energia renovável contra a Espanha se fundamenta no marco regulatório estatal existente no momento da realização do investimento.¹⁹³⁵ Nesse sentido, a ampla maioria dos tribunais

¹⁹³³ “I regret, further, that the Majority has failed to set out a legal standard applicable to its conclusion on legitimate expectations, and provided no explanation or reasons on a number of important points, not least the substitution of its views on Spanish law for those adopted by the Spanish Supreme Court on the meaning and effect of RD 661/2007”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Dissent on Liability and Quantum Professor Philippe Sands QC, 13 Aug. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 2.

¹⁹³⁴ Na opinião do árbitro, o investidor não realizou uma *due diligence* adequada e o voto majoritário ignorou a ausência de evidências para configuração da legítima expectativa do investidor. Tais argumentos foram refutados pelo voto majoritário do tribunal. No voto dissidente, o árbitro critica a omissão do voto majoritário no laudo de *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG* com relação à relevância das decisões do Supremo Tribunal Espanhol. Para o árbitro, o tribunal deveria ter considerado a decisão do tribunal local emitida em 2007 afirmando que os direitos adquiridos não se configuravam em relação a um subsídio específico, mesmo que fosse para refutá-la. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Dissent on Liability and Quantum Professor Philippe Sands QC, 13 Aug. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 9.

¹⁹³⁵ “Supporting the first view, leading commentators state that the starting point to determine an investor’s legitimate expectations is the “legal order” or “legal framework” of the host State at the time when the investor made its investment”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May

ressaltou a necessidade de que o investidor demonstrasse que possuía informações detalhadas a respeito da legislação em vigor, especialmente, obtidas pela realização de *due diligence*¹⁹³⁶ e comprovada por relatórios e opiniões legais de profissionais especializados no assunto.¹⁹³⁷

Desse modo, é preciso determinar os elementos que permitem identificar se o investidor agiu com prudência, pesquisando informações suficientes para conhecimento do ordenamento jurídico do Estado hospedeiro e, ainda, se era possível prever futuras alterações que impactassem o investimento. Para tanto, as decisões arbitrais examinaram declarações de representantes do governo espanhol, documentos e apresentações públicas acerca do regime de remuneração especial, opiniões legais de escritórios de advocacia, relatórios de consultores externos, além da própria regulação espanhola como evidência para averiguar se as informações ensejavam alguma perspectiva de mudança futura do marco regulatório.

Nesse sentido, o caso *Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha* concluiu que a tutela da legítima expectativa pressupõe avaliar se a perspectiva do investidor era razoável, inclusive se as declarações do Estado eram capazes de induzir o investimento no setor no momento em que se cogitou o seu estabelecimento.¹⁹³⁸ Em *Charanne*, o tribunal também considerou as decisões dos tribunais locais como elementos fáticos para comprovar que o investidor não podia, no momento da realização dos investimentos, ter a expectativa

2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §491.

¹⁹³⁶ “*Una de las circunstancias pertinentes es la información que el inversor tenía o debió tener al momento de invertir, razonamiento analizado en el caso Electrabel c. Hungría*”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. §778. “*If the general legislation is to be regarded as a source of an investor’s legitimate expectations, the investor must demonstrate that it has exercised appropriate due diligence and that it has familiarised itself with the existing laws*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §494.

¹⁹³⁷ “*The ‘timing’ of assessment of legitimate expectations under Article 10(1) is that of the Making of an Investment by an Investor, from an ex ante position, in which the assessment ought not to involve any ‘hindsight’*”. MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 183.

¹⁹³⁸ Ressalta-se que o tribunal avaliou os programas “*campana de captación de inversión*” e “*El Sol Puede ser Suyo*”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 30 jan. 2020. §495.

razoável de que haveria um compromisso específico do Estado ou que a regulação não se modificaria a longo prazo.¹⁹³⁹

Em sentido similar se posicionou o tribunal de *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.* a favor da Espanha e também entendeu que o investidor deveria demonstrar que conhecia amplamente o marco regulatório da Espanha, mesmo que uma *due diligence* jurídica extensiva fosse desnecessária,¹⁹⁴⁰ mas era preciso mostrar evidências de sua prudência no momento do estabelecimento do seu investimento. Como o investimento estrangeiro de *Isolux* foi efetivamente realizado em outubro de 2012, concluiu-se que o investidor poderia ter previsto que possíveis modificações afetariam o regime de remuneração especial disposto no RD 661/2007 e posteriormente alterado pelo RD 1565/2010 e RDL 14/2010.¹⁹⁴¹ A conclusão em

¹⁹³⁹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §508.

¹⁹⁴⁰ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019. §781. Millán Requena Casanova destaca que “Entre estas circunstancias, es preciso tomar en consideración, de manera muy relevante, la conducta diligente del inversor y la información con la que contaba éste en el momento de realizar la inversión”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 5.

¹⁹⁴¹ Para o tribunal arbitral a data que a requerente decidiu investir na Espanha (29 de junho de 2012), o marco regulatório de energias renováveis já havia sido modificado e estava sendo objeto de vários estudos que faziam a sua revisão inevitável. Em consequência, nenhum investidor prudente, segundo a opinião do tribunal arbitral, poderia ter a expectativa de que este marco não seria modificado em um futuro próximo ou que seria imutável. Além disso, o tribunal arbitral afirma que a *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.* detinha de conhecimentos específicos que não lhe permitiria ter legítima expectativa de que o sistema de *feed-in-tariff* seria consagrado a longo prazo nos RD 661/2007 e 1565/2008, já que os marcos regulatórios haviam sido modificados várias vezes. Para fundamentar esta decisão, o tribunal arbitral cita algumas decisões do Supremo Tribunal Espanhol. Para o tribunal arbitral, as decisões do tribunal espanhol são relevantes para determinar se haveria legítima expectativa por parte do investidor, pois determinariam se o investidor estaria consciente de possíveis obstáculos no direito espanhol para que o marco regulatório fosse modificado. No caso da *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.*, a empresa *Isolux Corsan S.A.*, sociedade mãe do Grupo *Isolux*, interpôs recurso contencioso-administrativo contra o RD 1565/2010 fazendo referência expressa às sentenças com relação ao marco regulatório espanhol. Consequentemente, o requerente conhecia perfeitamente a jurisprudência do Supremo Tribunal Espanhol, já que a decisão no âmbito recurso contencioso-administrativo interposto pela empresa *Isolux Corsan S.A.* foi publicada em 27 de setembro de 2012 e o investimento devidamente realizado em outubro de 2012. Para o árbitro Guido Santiago Tawil, em qualquer um dos dois momentos referentes à data em que foi realizado o investimento (junho ou outubro), o regime tarifário especial se encontrava em funcionamento fixando o *feed-in tariff*. A requerente realizou seu investimento obtendo direitos adquiridos de um investimento anterior, no âmbito de um marco normativo específico que lhe garantia um regime de remuneração especial. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019. §781. Na decisão de *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, SICAR, o tribunal reforçou que o investidor que havia realizado o investimento em 2012 poderia saber que ocorreriam mudanças “faced with an investor that had made investments in October of 2012, i.e. at a stage when it must have been clear to the investor that changes were being made to the Special Regime. Even if such changes may not have reached the level of a breach of the FET standard, they certainly must have been an indication to the investor in *Isolux* that significant changes were being made to the Special Regime as set out in RD 661/2007. Even if such changes may not have reached the level of a breach of the FET standard, they certainly

Isolux foi pela previsibilidade das alterações, já que o investidor poderia ter antecipado uma evolução desfavorável quanto ao marco regulatório espanhol.

Na decisão mais recente a favor da Espanha, o tribunal de *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Espanha* concluiu que se deve examinar objetivamente a legislação e os fatos que fundamentaram a decisão de investimento para avaliar se o investidor foi prudente, perquiriu uma *due diligence* rigorosa e detém uma expectativa legítima acerca da imutabilidade da legislação.¹⁹⁴² Nesse contexto, a opinião majoritária foi no sentido de que os antecedentes históricos do RD 661/2007 demonstravam o potencial de futuras modificações no marco regulatório espanhol.¹⁹⁴³ Com isso, os investidores poderiam antever que haveria uma alteração no regime de remuneração especial como, por exemplo, um investidor prudente e razoável adquiriria conhecimento da decisão do Supremo Tribunal Espanhol de 25 de outubro de 2006 e entenderia as consequências de tal julgado, ajustando as suas expectativas.¹⁹⁴⁴

Na opinião dissidente, contudo, afirma-se que a maior parte dos investidores se consagravam como experientes e sofisticados, como é o caso de *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others* e, indubitavelmente, poderiam esperar modificações no marco

must have been an indication to the investor in Isolux that significant changes were being made to the Special Regime as set out in RD 661/2007". INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §686.

¹⁹⁴² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §264.

¹⁹⁴³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §261. No tribunal de *Cube Infrastructure Fund Sicav*, muito embora não haja referência à decisão de *Isolux*, o tribunal afirmou que a partir de 2010 já havia indícios sugerindo que o Estado estaria intencionando reduzir o desequilíbrio econômico gerado pelo RD 661/2007. Nessas circunstâncias, o tribunal considera que qualquer investidor prudente teria sido mais cauteloso com relação à continuidade do regime jurídico no qual se basearia, mas não poderia se esperar que o regime seria totalmente abandonado. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §331-334.

¹⁹⁴⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §278. Em relação à decisão do Supremo Tribunal Espanhol, é importante citar posição distinta em outro tribunal, que entendeu que tal sentença não era capaz de demonstrar que o investidor estava ciente de que o regime de remuneração especial seria completamente modificado. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §300.

regulatório ao longo da vida do seu investimento. No entanto, a expectativa do investidor não compreendia mudanças radicais e fundamentais no quadro regulatório espanhol e, com isso, não se poderia esperar o impacto de mudanças como ocorreram em 2013.¹⁹⁴⁵

Na primeira decisão a favor dos investidores publicada em 2017, o tribunal de *Eiser Infrastructure Ltd v. Espanha* reforçou a experiência e sofisticação dos investidores, o que permitiria a compreensão de que o marco regulatório seria modificado dentro de certos limites. No entanto, as evidências demonstraram que as alterações legislativas na Espanha eliminaram uma regulação amplamente favorável ao investidor por um sistema completamente novo, injusto e desigual.¹⁹⁴⁶ Não era possível que os investidores anteviessem, no momento da realização do seu investimento, que os novos decretos modificariam tão gravemente o regime de remuneração sobre o qual os investidores se basearam e que tais alterações pudessem gerar drásticas consequências para o seu investimento.¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴⁵ “The Claimants made their investment based on the regulatory regime launched by RD 661/2007. The legal and financial analyses performed by the Claimants, and by financial institutions and investors involved in the project, as well as by retained consultants, were based on this regulatory regime. In addition to the expectations created by the RD 661/2007 regime itself, representatives of Spain made statements and presentations which explained the benefits of investing in the Spanish renewable sector at the time. Such statements and representations form part of the Claimants’ legitimate expectations in this dispute”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Dissenting Opinion, 20 Nov. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. p. 2.

¹⁹⁴⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §365.

¹⁹⁴⁷ O laudo ressalta ainda que o novo sistema remuneratório baseou a taxa de retorno em uma planta ‘hipoteticamente’ eficiente e que, plantas como as da *Eiser* que absorviam alto custo e financiamento para sua construção com objetivo de ser mais lucrativo teria um retorno mais baixo quanto ao investimento. Assim, o tribunal utiliza o termo ‘one size fits all’ para fazer menção ao novo regime de remuneração adotado pela Espanha que incidiu retroativamente às plantas existentes, desenhadas, financiadas e construídas com base no regime previsto no RD 661/2007. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §393. Na decisão arbitral de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.*, o tribunal é enfático ao afirmar que não pode concordar com a decisão em compensar integralmente o investidor muito embora a decisão admita que eventuais mudanças no regime instituído pelo RD 661/2007 eram previsíveis durante a vida útil da planta. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §517.

Nesse mesmo sentido decidiu o tribunal de *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Espanha*,¹⁹⁴⁸ que nenhum tipo de *due diligence* que fosse realizada pelo investidor teria revelado o nível de mudanças que foram implementadas com relação ao regime de remuneração especial.¹⁹⁴⁹

De maneira mais extensiva, o tribunal arbitral de *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha* se alinhou com os laudos anteriores, reforçando o pressuposto necessário de que o investidor demonstrasse ter realizado a *due diligence* de maneira efetiva e comprovasse que se familiarizava com as leis do Estado receptor do investimento.¹⁹⁵⁰ No entanto, nesse caso, a *due diligence* foi realizada e, assim como em *Eiser e Novenergia II*, não era possível que os investidores pudessem prever a alteração no RD 661/2007.

Similarmente, o fundamento em *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha* ressaltou o requisito da prudência do investidor para caracterizar a violação à expectativa legítima do investidor. Para tanto, é preciso avaliar as circunstâncias em que o investimento foi realizado, além das informações que o investidor detinha ou deveria, razoavelmente, deter no momento da realização do investimento.¹⁹⁵¹

Para o tribunal no caso de *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha*, em sentido contrário, é difícil assumir que um investidor prudente não tivesse a expectativa de que o regime do RD 661/2007 sofreria modificações, com base nos seguintes argumentos (i) a remuneração havia sido regularmente alterada antes da publicação do RD 661/2007 como, por exemplo, com o RD 2818/1998, RD 436/2004 e RD 1578/2008; e (ii) antes da realização do investimento, o Supremo Tribunal Espanhol havia rejeitado os recursos interpostos pelos investidores contra as alterações legislativas.¹⁹⁵² Contudo, a opinião majoritária foi no sentido de que o investidor

¹⁹⁴⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §688.

¹⁹⁴⁹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §679.

¹⁹⁵⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 18 set. 2019. §494.

¹⁹⁵¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §537.

¹⁹⁵² Segundo o tribunal de *Foresight*, esse caso se diferencia do *Masdar* no sentido de que, neste último, havia uma declaração específica da Espanha que suas plantas receberiam a remuneração do RD 661/2007 durante a vida útil de operação. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. À.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §365.

havia realizado uma *due diligence* no momento do estabelecimento do investimento, enquanto o voto dissidente do árbitro Raúl E. Vinuesa, entendeu que o investidor falhou nesse quesito.¹⁹⁵³

Em *Nextera Energy Global Holdings B.V. v. Espanha*, a *due diligence* realizada foi critério de análise para avaliar a violação da expectativa legítima do investidor. Nessa decisão, concluiu-se que o relatório dos consultores e as opiniões legais dos advogados qualificados na Espanha representavam suficiente diligência por parte do investidor.¹⁹⁵⁴

No caso de *9REN Holding S.à.r.l. v. Espanha*, constatou-se a *due diligence* realizada pelo investidor e que uma potencial instabilidade quanto à remuneração no regime previsto do RD 661/2007 teria impedido o investidor de estabelecer seu investimento na Espanha.¹⁹⁵⁵ E, assim, o tribunal arbitral entendeu que o investimento foi realizado com a expectativa legítima de que as suas instalações receberiam a remuneração estabelecida no RD 661/2007 e no RD 1578/2008 para toda a eletricidade produzida.¹⁹⁵⁶

O tribunal arbitral de *Cube Infrastructure Fund Sicav and others v. Espanha* também examinou a perspectiva do risco regulatório em relação à *due diligence* realizada pelos investidores. Nesse caso, houve uma particularidade quanto ao exame das minutas de reunião do Comitê de Investimentos do investidor. Nesses documentos, foi possível que o tribunal destacasse que os responsáveis pelo investimento avaliaram a possibilidade de mudança no marco regulatório. O simples fato de o investidor ter realizado debates e buscado uma opinião legal que confirmou a estabilidade do regime de remuneração estabelecido no RD 661/2007 se

¹⁹⁵³ “The evidence confirmed that Claimants failed to procure an adequate due diligence assessment, concerning not only the evolution of Spanish performance on State aid and on State’s subsidies, but also on the content and scope of EC regulations. Moreover, considering that Claimants have invested in such a highly regulated activity, as the one they have invested”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Dissident opinion Raúl E. Vinuesa, 30 Oct. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §41.

¹⁹⁵⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §595.

¹⁹⁵⁵ Até porque, na opinião do tribunal, não seria plausível que se investisse 211 milhões de euros se o investidor não tivesse garantias quanto à regulação. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019. §272;273.

¹⁹⁵⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019. §303.

caracterizou como suficiente diligência para o tribunal.¹⁹⁵⁷ A conclusão, ao final foi que o investidor poderia esperar uma redução na tarifa, mas não era possível caracterizar a expectativa do completo abandono da remuneração prevista no RD 661/2007.¹⁹⁵⁸

Em *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*, o tribunal entendeu que a *due diligence* formal não é pré-condição formal para concluir uma violação à legítima expectativa.¹⁹⁵⁹ Contudo o investidor não pode construir uma expectativa legítima em conhecimentos subjetivos do marco regulatório, mas sim com base em critérios objetivos que um investidor prudente teria o entendimento correto do marco regulatório no momento do estabelecimento do investimento.¹⁹⁶⁰

Por fim, o tribunal de *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha* entendeu que a *due diligence* deve constituir um requisito para a realização do investimento, sendo que tal pressuposto foi cumprido pelo investidor.¹⁹⁶¹ Ambos os

¹⁹⁵⁷ Após um primeiro debate, contudo, consultou-se um escritório de advocacia espanhol com *expertise* na área. A opinião dos advogados foi que uma potencial alteração no regime remuneratório sem a devida compensação seria inconstitucional à luz do artigo 9.3 da Constituição Espanhola. Em que pese a avaliação do advogado externo não tenha consistido em um exame detalhado do quadro jurídico espanhol com afirmativas de que não haveria nenhum risco regulatório. Desse modo, não se trata de avaliar se o advogado externo confirmou cada ponto, tampouco depende de evidência de uma *due diligence* por escrito detalhada acerca da irrevogabilidade do regime regulatório. Trata-se, outrossim, de investidores profissionais, que não realizaram o investimento com a intenção especulativa. Com base nesses fatos e em outros documentos, o tribunal de *Cube Infrastructure Fund Sicav and others* entendeu que o investidor buscou uma opinião profissional e levou-a em consideração na tomada de decisão do investimento. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §396.

¹⁹⁵⁸ “The minutes of the meeting of the Investment Committee in April 2008 record that consideration was given to the possibility of retroactive changes in the tariffs¹⁸¹ and of changes in the tariffs for new projects, and of future changes in the law. It is said that Cube. made a consultation to Garrigues and to Mr Álvaro Valle, who is a partner of Garrigues. And basically we reflected in the IC [sc., Investment Committee] memo in April 2008 the fact that Garrigues was in the opinion that a regulatory modification without compensation would not be constitutional as per the clause 9.3 of the Spanish Constitution”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §301; 304.

¹⁹⁵⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §319.

¹⁹⁶⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §331.

¹⁹⁶¹ “Claimants argue that the Cuatrecasas Legal Opinion issued to Deutsche Bank in October 2007 forms part of the due diligence research performed for prospective investors”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em:

investidores agiram com prudência no momento do estabelecimento do investimento a partir da decisão em se basear na opinião legal de um reconhecido escritório de advocacia que corroborou sua expectativa legítima na estabilidade do marco regulatório espanhol. Nenhuma outra medida que fosse adotada pelo investidor alcançaria um resultado diferente ou, ainda, levaria ao investidor a antever que o governo espanhol alteraria o marco regulatório para promover as reformas perquiridas.¹⁹⁶²

É possível apreender alguns elementos e tendências da jurisprudência arbitral no que se refere a realização de *due diligence* por parte do investidor e a previsibilidade das mudanças. Em linhas gerais, os laudos divergem quanto à necessidade de realização da *due diligence* e se a mesma deveria ser completa e exaustiva quanto à análise do marco regulatório espanhol. Em todo caso, a grande maioria das decisões concorda que qualquer *due diligence* que fosse realizada pelo investidor estrangeiro teria, com base no RD 661/2007 e antes das alterações de 2010, concluindo que o governo espanhol poderia introduzir alterações tão substanciais no regime de remuneração.

c) a ausência de transparência nas alterações legislativas

A primeira parte do artigo 10(1) do ECT determina que “cada Parte Contratante deverá, de acordo com as disposições deste Tratado, incentivar e criar condições estáveis, equitativas, favoráveis e transparentes para que os Investidores de outras Partes Contratantes estabeleçam Investimentos na sua Área”.¹⁹⁶³ Nesse particular, a transparência se demonstra como requisito

<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 09 fev. 2020. §486.

¹⁹⁶² É preciso ressaltar, por outro lado, o voto dissidente do árbitro Sands no caso *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha*, que entendeu que o investidor não mostrou evidência de ter realizado uma *due diligence* de maneira completa, revelando ainda ser omissivo no que tange a análise dos precedentes dos tribunais locais. Para o árbitro Sands, se a legislação espanhola já havia sido alterada antes do RD 661/2007, o governo espanhol poderia vir a alterá-la novamente. O árbitro comenta que a única base de critério adotada pelo investidor foram as duas opiniões legais emitidas pelo escritório de advocacia *Cuatrecasas* ao *Deutsche Bank* que concedeu o financiamento. Além disso, Sands afirma que nas opiniões legais não havia expressa opinião se o RD 661/2007 serviria de substrato para o resto da vida dos investimentos, tampouco fazia referência ao artigo 44(3). INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Dissent on Liability and Quantum Professor Philippe Sands QC, 13 Aug. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 09 fev. 2020. p. 10-13.

¹⁹⁶³ “Each Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area (...)”. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

para garantia de um ambiente com condições favoráveis ao estabelecimento do investimento estrangeiro no território da Parte Contratante.

Nos laudos arbitrais examinados, todavia, o elemento da transparência não foi diretamente tratado, pois não há, em muitos casos, registro de argumento específico por parte dos investidores referente à violação quanto à transparência e,¹⁹⁶⁴ por outro lado, quando arguido, o tribunal concluiu que não se tratava de uma obrigação autônoma, mas sim de um elemento constitutivo da tutela da expectativa legítima do investidor e, por isso, não merece ser avaliado separadamente.

No caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, por exemplo, o tribunal arbitral decidiu não analisar, de modo separado, o comportamento da Espanha em relação à garantia de condições transparentes para realização do investimento em seu território.¹⁹⁶⁵ Para o tribunal de *Isolux*, cada uma das obrigações previstas no artigo 10 do ECT não consiste em obrigações autônomas, porque se trataria, na verdade, de uma obrigação em se respeitar a legítima expectativa do investidor.¹⁹⁶⁶

O tribunal arbitral de *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Espanha* seguiu o posicionamento adotado em *Isolux* e considerou que a primeira parte do artigo 10(1) integra o princípio do tratamento justo e equitativo e,¹⁹⁶⁷ por conseguinte, as obrigações de transparência formam parte do respeito à expectativa legítima do investidor. Desse modo, em *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Espanha* não se analisou a obrigação de transparência separadamente.

Nesse sentido também decidiu o tribunal de *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha*, que se alinhou às demais decisões no âmbito do SCC (*Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L., Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. e Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*) e decidiu que a

¹⁹⁶⁴ Na análise dos argumentos das partes e fundamentos da decisão, não encontramos referência específica à transparência nos seguintes casos: *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain; Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. Em *Eiser Infrastructure Limited*, concentrou-se o exame da primeira sentença do artigo 10(1) na estabilidade do marco regulatório ao invés da transparência.

¹⁹⁶⁵ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019, §766.

¹⁹⁶⁶ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019, §764.

¹⁹⁶⁷ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §643-644.

transparência não configura uma obrigação autônoma, mas sim uma ilustração das obrigações relacionadas ao respeito à legítima expectativa baseada no tratamento justo e equitativo.¹⁹⁶⁸

O tribunal de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha* também entendeu que a obrigação de transparência é implícita e se insere no escopo do tratamento justo e equitativo.¹⁹⁶⁹ Mesmo assim, o tribunal analisou o argumento do requerente e concluiu que não houve uma violação ao princípio da transparência, haja vista que a possibilidade de um ajuste nas condições aplicáveis constavam nos instrumentos relevantes e as mudanças na regulação foram publicadas e explicadas pela Espanha.¹⁹⁷⁰

Nesse mesmo sentido foi a decisão de *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha*, que entendeu que as alegações de violação da transparência e consistência, mesmo que separadas, não poderiam gerar compensações distintas, pois fazem parte da legítima expectativa.¹⁹⁷¹ O tribunal *9REN Holding S.a.r.l.* analisou, todavia, os atos normativos do RD 661/2007 e 1578/2008 à luz da transparência e decidiu que continham obrigações claras, específicas, vinculantes e, conseqüentemente, eram transparentes. Com isso, rejeitou-se o argumento de transparência com relação às alterações adotadas entre 2010 e 2014.¹⁹⁷²

No caso *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and Others v. Espanha*, laudo arbitral favorável ao Estado,¹⁹⁷³ o investidor alegou que teria sido encorajado a investir 345

¹⁹⁶⁸ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §361-362.

¹⁹⁶⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 24 set. 2019. §260.

¹⁹⁷⁰ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 24 set. 2019. §416.

¹⁹⁷¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §444.

¹⁹⁷² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §320; 325

¹⁹⁷³ Os investidores fazem referência específica à violação da obrigação em manter um ambiente regulatório estável e transparente nos termos da primeira sentença artigo 10(1) do ECT. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

milhões de Euros para construir uma moderna planta de energia solar CSP com base na promessa feita pela Espanha em garantir um quadro jurídico estável e transparente.¹⁹⁷⁴ Nesse sentido, o tribunal de *Stadtwerke* decidiu, em breve análise, que a primeira sentença do artigo 10(1) do ECT é demasiadamente genérica para gerar direitos definitivos e exigíveis aos investidores contra os Estados-Partes.¹⁹⁷⁵ Para considerar a ausência de transparência a ponto de constituir uma violação, o comportamento estatal deve ser manifestamente expresso em ações que não se caracterizem como transparentes.¹⁹⁷⁶

Por fim, no laudo de *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha*, o tribunal fez algumas breves considerações acerca da obrigação da transparência e, mesmo que contraditórias, se absteve de decidir se a Espanha violou a obrigação de transparência com relação ao seu marco regulatório.¹⁹⁷⁷

Portanto, verifica-se que a transparência, no âmbito das arbitragens internacionais de investimentos no ECT é considerada mais um elemento parte do tratamento justo e equitativo do que uma obrigação independente.¹⁹⁷⁸ Por essa razão, é um dever que se insere na tutela da

§184. Registra-se que o investimento realizado por *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others* compreendia a construção e operação de uma planta CSP denominada Andasol 3 na região de Granada, Espanha, cujo investimento foi realizado no dia 28 de outubro de 2009. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §84.

¹⁹⁷⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §186.

¹⁹⁷⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §198.

¹⁹⁷⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §311.

¹⁹⁷⁷ Em primeiro lugar, o tribunal concluiu que os Estados não têm a obrigação de informar o investidor de qualquer alteração no seu marco regulatório. Por outro lado, o tribunal considerou que uma alteração no *feed-in tariff* que, teoricamente, seria considerado aplicável durante a vida útil da planta, deveria ser notificada previamente. No final, o tribunal concluiu que não precisava apreciar a questão, pois já havia decidido pela violação do tratamento justo e equitativo. Do mesmo modo, o tribunal descarta a análise da proporcionalidade das medidas, afirmando que a decisão sobre a violação do tratamento justo e equitativo já é suficiente. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §526; 555.

¹⁹⁷⁸ MEJÍA-LEMOS, Diego. Promotion, Protection and treatment of investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Ltd., p. 150-204, 2018, p. 179.

expectativa legítima do investidor e não foi, em linhas gerais, avaliado de modo autônomo como perquirido por alguns investidores.

d) a garantia de estabilidade do marco regulatório espanhol para promoção da energia renovável

No que se refere à estabilidade do marco regulatório, há um consenso nos laudos arbitrais concernentes aos investimentos estrangeiros em energia renovável na Espanha de que não há garantia de imutabilidade do marco regulatório. Considerando a ausência de cláusulas de estabilização, os Estados podem exercer o seu direito potestativo de alterar a regulação sempre que respeite princípios como segurança jurídica e os direitos adquiridos do investidor, além da estabilidade regulatória prevista no artigo 10(1) do ECT.

Nesse particular, há uma divergência na interpretação das alterações legislativas frente à estabilidade do marco regulatório espanhol. Eis, pois, que os tribunais arbitrais entenderam que o poder de regular do Estado para concluir as alterações regulatórias deve ser mitigado à luz da tutela da expectativa legítima do investidor,¹⁹⁷⁹ a qual reflete a sua confiança na manutenção de benefícios concedidos pelo Estado ao longo da vida útil do seu investimento.

Em *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha*, concluiu-se que os investidores não podem ter a legítima expectativa de que o marco regulatório estabelecido pelo RD 661/2007 e RD 1578/2008 permaneceria imutável durante toda a vida útil das suas plantas. Admitir a existência de semelhante expectativa seria, de fato, equivalente a congelar o marco regulatório aplicável às instalações de energia renovável por mais que as circunstâncias se alterassem. Qualquer modificação na tarifa ou limitação da quantidade de horas elegíveis se tornaria uma violação ao Direito Internacional, o que se assemelharia às cláusulas de estabilização ou adoção de um compromisso em não modificar o marco regulatório.¹⁹⁸⁰

Na decisão arbitral de *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, determinou-se que o regime de remuneração especial não poderia ser aplicável a toda a vida das plantas. Em outras palavras, na data do investimento em outubro de 2012, os investidores sabiam ou

¹⁹⁷⁹ “The question is therefore to determine which kind of specific commitments can give rise to protected legitimate expectations”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §489.

¹⁹⁸⁰ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 30 jan. 2020. §503.

deveriam saber que o sistema seria modificado. A Comissão Nacional de Energia indicava, em março de 2012, o elevado custo do regime especial e, assim, em outubro de 2012, todos os investidores poderiam antecipar, não somente uma modificação fundamental, como também a extinção de tal regime.¹⁹⁸¹

De maneira distinta dos demais laudos arbitrais, o argumento do tribunal no caso *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and Others v. Espanha*, concebe que a Espanha envidou todos esforços de boa-fé para manter o seu quadro regulatório estável e, tão somente quando os impactos negativos daquela regulação se demonstraram evidentes, modificou-se o marco regulatório nacional para eliminar as consequências que afetaram o sistema elétrico. Na opinião do tribunal, o requerente não demonstrou que a Espanha implementou a regulação a favor das fontes renováveis de energia com intenção de modificá-la de forma drástica após o estabelecimento do investimento.¹⁹⁸²

Em nossa opinião, tal espécie de fundamento causa estranheza posto que o histórico de alterações legislativas no âmbito do ordenamento jurídico espanhol não revela uma postura do governo espanhol reticente em modificar o regime de remuneração especial. Da análise dos antecedentes às alterações de 2013, todavia, verifica-se que desde janeiro de 2012 (RDL 01/2012) as modificações já marcaram o início de uma mudança no regime remuneratório das renováveis juntamente com a ocorrência de alterações no plano político e econômico.

Em *Eiser Infrastructure Ltd v. Espanha*, afirmou-se expressamente que proteger a legítima expectativa não é equivalente a congelar o marco regulatório ou, no caso específico, entender que o RD 661/2007 permanecesse inalterado por três a quatro décadas. Nesse sentido, trata-se de não alterar o quadro regulatório de maneira radical. Alterações supervenientes não devem se aplicar aos investimentos existentes posto que os investidores confiaram sua decisão com base no regime existente à época do seu estabelecimento.¹⁹⁸³

¹⁹⁸¹ Por outro lado, no voto dissidente do árbitro Guido Santiago Tawil, ressalta-se que há discussão sobre o direito potestativo do Estado em modificar sua legislação a qualquer momento. Mesmo assim, não há impedimento para se reconhecer que os direitos adquiridos ou que as expectativas legítimas afetadas ensejam indenização em virtude dos prejuízos causados. Para o árbitro, o *feed-in tariff* é um direito adquirido e a sua eliminação deve ser compensada. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁹⁸² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §258.

¹⁹⁸³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4

No caso *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha*, o tribunal arbitral entendeu que a Espanha garantiu estabilidade dos benefícios caso os investidores cumprissem com determinadas condições procedimentais e substanciais em uma janela de tempo.¹⁹⁸⁴ O Estado assumiu, ainda, que ofereceria aos investidores a possibilidade em continuar a desfrutar dos benefícios existentes caso fizessem todo o necessário para permiti-los a se registrar junto ao RAIPRE.¹⁹⁸⁵

Em *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha* se fez uma importante análise acerca do significado da palavra ‘estável’ inserida no artigo 10(1) do ECT. Segundo o tribunal, estável (*stable*) não significa que seja próximo ao imutável ou muito improvável que se modifique ao longo do tempo,¹⁹⁸⁶ mas há o dever de se garantir a estabilidade regulatória com as características essenciais.

Não significa que o poder de regular se encontre aniquilado, impedindo-o de adaptar sua legislação às circunstâncias supervenientes conforme interesse público.¹⁹⁸⁷ Trata-se de interpretar o conteúdo e objeto do artigo 10(1) do ECT contextualizado com o próprio objetivo do ECT positivado no seu artigo 2º.¹⁹⁸⁸ Por mais que o marco regulatório não seja considerado

May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §382.

¹⁹⁸⁴ “*The State guaranteed the stability of the benefits, if the investors fulfilled a certain number of conditions, both procedural and substantial, during a certain window of time*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §512.

¹⁹⁸⁵ Na opinião do tribunal arbitral, esta oferta foi bastante específica e unilateral por parte do Estado. “*This was a very specific unilateral offer from the State, which an investor would be deemed to have accepted, once it had fulfilled the substantial condition of construction of the plant and the formal condition of registration within the prescribed “window.”*”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §512.

¹⁹⁸⁶ Reconhece-se, assim, o protagonismo do marco regulatório estável para atrair os investimentos estrangeiros no setor energético. Particularmente porque a energia renovável exige um montante substancial de capital, cujo retorno só é obtido a longo prazo. Por conseguinte, o tribunal considerou indiscutível que o regime de remuneração especial do RD 661/2007 objetivava encorajar investimentos no setor de renováveis para que a Espanha alcançasse suas metas de uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica, inclusive com relação ao sistema de energia solar CSP. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §508; 540.

¹⁹⁸⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §532.

¹⁹⁸⁸ Assim, propõe-se como meta principal a cooperação a longo-prazo no setor de energia, buscando criar um quadro jurídico estável e previsível para os investimentos. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em:

imutável, quaisquer mudanças devem ser consistentes com a estabilidade do marco regulatório.¹⁹⁸⁹

No mesmo sentido, para *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha* o propósito do ECT é assegurar que o marco regulatório nacional seja estável, transparente e alinhado com os padrões internacionais legais. Nesse sentido, cita-se o laudo arbitral de *Eiser* e ressalta que a estabilidade no marco regulatório integra parte do tratamento justo e equitativo.¹⁹⁹⁰

A decisão em *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha* também analisou sistematicamente o artigo 10(1) com o artigo 2º do ECT. Nessa análise, conclui que as Partes-Contratantes objetivaram estabelecer um equilíbrio entre a soberania estatal sobre recursos naturais e a construção de um clima favorável ao fluxo de investimentos baseado nos princípios de mercado comuns neste setor.¹⁹⁹¹ Assim, a estabilidade não é conceito absoluto que, no caso de ausência de uma cláusula de estabilização não equivale à imutabilidade do marco regulatório.

A obrigação de criar um ambiente estável certamente exclui qualquer transformação radical imprevisível com relação às condições dos investimentos.¹⁹⁹² Contudo, para o tribunal de *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd.*, a Espanha não violou o princípio da estabilidade e previsibilidade, exceto com relação à aplicabilidade retroativa das alterações legislativas.¹⁹⁹³ A retroatividade foi a principal justificativa para concluir pela violação do tratamento justo e equitativo.

<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §533.

¹⁹⁸⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §555.

¹⁹⁹⁰ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §350.

¹⁹⁹¹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §239.

¹⁹⁹² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §315.

¹⁹⁹³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §474.

O tribunal *Cube Infrastructure Fund Sicav* considerou que o investidor poderia esperar alterações no marco regulatório espanhol, mas não um completo abandono do regime do RD 661/2007.¹⁹⁹⁴ A estabilidade não equivale à petrificação dos investimentos. Não se trata de concluir que qualquer desvio do RD 661/2007 seria uma violação da obrigação do tratamento justo e equitativo.¹⁹⁹⁵ Contudo, a total eliminação do regime de remuneração especificado naquele decreto se caracterizou um desvio da estabilidade e, por conseguinte, uma violação ao artigo 10 do ECT.

Citando o laudo de *Eiser Infrastructure Ltd.* e outros laudos arbitrais, a decisão de *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*, afirma que a obrigação de estabilidade compreende a manutenção das características essenciais do quadro regulatório do Estado hospedeiro.¹⁹⁹⁶ Assim o tratamento justo e equitativo não opera como cláusula de estabilização, mas se aplica genericamente às leis e regulações no momento da realização do investimento.¹⁹⁹⁷

Por fim, o tribunal de *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha* corroborou as decisões de *Antin*, *Masdar*, *Novenergia* e *Eiser* no sentido de que o artigo 10(1) do ECT inclui uma obrigação para garantir a estabilidade fundamental, mesmo que se pressuponha que o Estado é livre, em linhas gerais, para modificar seu marco regulatório.¹⁹⁹⁸

¹⁹⁹⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §333.

¹⁹⁹⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §408-410.

¹⁹⁹⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §315.

¹⁹⁹⁷ Nesse contexto, ressaltou-se que outros tribunais arbitrais já avaliaram a obrigação de tratamento justo e equitativo no âmbito de acordos internacionais de investimentos que estabeleceram a obrigação de manter estabilidade como uma das características fundamentais deste padrão de tratamento. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §317. A formulação do critério de proporcionalidade “*The Arbitral Tribunal considers that the proportionality requirement is fulfilled inasmuch as the modifications are not random or unnecessary, provided that they do not suddenly and unexpectedly remove the essential features of the regulatory framework in place*”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 30 jan. 2020. §517,

¹⁹⁹⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em:

Sem a remuneração estabelecida no marco regulatório vigente à época do investimento e com base na estabilidade aposta na regulação, a Espanha não teria alcançado a meta de investimentos que lhe era necessário. Nesse contexto, as expectativas legítimas dos investidores quanto à estabilidade do marco regulatório foram criadas.¹⁹⁹⁹ Tais expectativas foram clara e fundamentalmente afetadas pelas alterações introduzidas pela Espanha, violando as condições de estabilidade apostas no ECT.

Desse modo, a consolidação dos posicionamentos dos principais laudos arbitrais envolvendo os investimentos em energia renovável na Espanha demonstram o protagonismo da estabilidade do marco regulatório estatal e que ignorar este preceito resulta em violação do padrão de tratamento justo e equitativo, conforme delineado pelo artigo 10 do ECT. Não se pode deixar de ressaltar, ainda, a importância dada pelos tribunais em esclarecer que não se trata de considerar a imutabilidade do marco regulatório.

Conclui-se, portanto, que os Estados devem se preocupar em realizar quaisquer alterações de modo que não crie uma insegurança jurídica para o investidor, nem aplique medidas que sejam retroativas, garantido a todo tempo um ambiente regulatório estável.

e) os critérios de compensação por violação do tratamento justo e equitativo

Com relação ao padrão de compensação para o caso de violação das obrigações previstas no artigo 10 do ECT, é preciso ressaltar que tão somente o artigo 13 determina as regras de compensação. Com isso, é importante ressaltar o posicionamento dos tribunais arbitrais com relação à omissão do artigo 10 do ECT.²⁰⁰⁰

Alguns laudos arbitrais trouxeram observações relacionadas ao critério de compensação no âmbito do ECT. No caso *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of*

<<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §509.

¹⁹⁹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §512.

²⁰⁰⁰ Na doutrina, a contribuição de Diego Mejía-Lemos afirma que, diante da ausência de um critério de indenização por perdas e danos por violação ao artigo 10, deve-se adotar o padrão previsto no projeto de artigos sobre responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos. “*the ASR have been relied upon as an authoritative restatement of such rules of customary international law. In particular, ASR Article 31 is regarded as accurately reflecting the rule of customary international law applicable in relation to a breach of obligations under Article 10(1). ASR Article 35 has also been relied upon, in relation to restitution.*” MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 175.

Luxembourg), *SICAR v. Espanha*, afirmou-se que, em que pese a ausência de um critério ou fórmula para determinação do *quantum* no âmbito do artigo 10 do ECT, o artigo 13, todavia, estabelece um critério de compensação a partir do valor de mercado (*fair market value*) do valor do investimento imediatamente anterior ao momento que a medida expropriatória foi adotada. Ademais, a compensação também deve incluir juros a uma taxa comercial estabelecida com base no mercado da data da expropriação até a data do pagamento.²⁰⁰¹

Muito embora este critério possa ser aplicado à violação de outros dispositivos do ECT, o tribunal de *Novenergia* entendeu que outro tipo de avaliação do dano deveria ser perseguido, aplicando princípios gerais do Direito Internacional para determinar a compensação adequada.²⁰⁰² A mesma decisão foi adotada em *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha*²⁰⁰³ e em *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. v. Espanha*, em que neste último se determina a aplicabilidade do princípio de reparação integral previsto no Direito Internacional.²⁰⁰⁴

Em *9REN Holding S.a.r.l.* também se ressaltou que a única disposição do ECT que estabelece critérios para definição de *quantum* está prevista no artigo 13. Nos casos de violação de outros direitos no âmbito do ECT e, em face da expropriação não ter se configurado, a decisão se orientou para os princípios gerais do Direito Internacional em relação à reparação integral.²⁰⁰⁵ Em *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*, o tribunal ressaltou que muito embora o

²⁰⁰¹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §804.

²⁰⁰² “The principle of full reparation under customary international law therefore dictates that the aggrieved investor shall through monetary compensation be placed in the same situation it would have been but for the breaches of the state's international law obligations. The compensation includes the loss already sustained as well as loss of profits”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §805; 808.

²⁰⁰³ Na decisão do tribunal arbitral de *Masdar* também se ressaltou que o artigo 10 do ECT não contém disposições expressas para estabelecer reparações no caso de violações das normativas deste tratado. Em virtude de tal omissão, adota-se o padrão de compensação previsto no costume do Direito Internacional INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §548.

²⁰⁰⁴ “Unlike Article 13 ECT concerning expropriation, the ECT does not set out a standard of compensation for breaches of Article 10(1) ECT. The Tribunal therefore looks to customary international law for the applicable standard of compensation”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §432.

²⁰⁰⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §373.

artigo 13 do ECT especifique o padrão de compensação para violação daquele artigo, não há outro critério para determinar a compensação por violação do artigo 10(1).²⁰⁰⁶ Por essa razão, concluiu-se pela aplicabilidade dos princípios do Direito Internacional para determinar a responsabilidade do Estado. Nesse mesmo sentido, o tribunal de *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha*, afirma que o ECT não estabelece as consequências da violação do artigo 10(1), razão pela qual se aplica os princípios do Direito Internacional.²⁰⁰⁷

8.4.3 A expropriação na arbitragem internacional de investimentos em energia renovável em face da Espanha

As arbitragens internacionais de investimentos em energia renovável compreendem a alegada violação do artigo 10(1) do ECT e, em grande parte também a expropriação indireta nos termos do artigo 13. Dos 14 laudos arbitrais examinados quanto às principais alegações, em 8 casos os investidores suscitaram a violação do artigo 10 e do artigo 13 do ECT (Apêndice 7).²⁰⁰⁸ No entanto, nenhum tribunal concluiu pela caracterização da expropriação.

Em *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L v. Espanha*, destacou-se que o objetivo do investimento não se direcionou aos rendimentos, mas sim às ações da companhia T-Solar proprietária de 34 instalações de geração de energia elétrica com tecnologia solar fotovoltaica. Desse modo, os requerentes não possuíam, nem controlavam os rendimentos futuros das plantas, os quais não constituem direitos incorporados a seu patrimônio.

Segundo os argumentos do tribunal arbitral, as requerentes permaneceram como proprietárias das ações da T-Solar e, assim, seus direitos de acionistas se mantiveram intactos, sem maiores limitações. Além disso, a companhia Grupo T-Solar permaneceu operando e lucrando. Em outras palavras, a requerente não foi privada de seus bens ou ativos, um dos requisitos para se caracterizar a expropriação. No laudo arbitral, ressaltou-se que, para a redução

²⁰⁰⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §475.

²⁰⁰⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §609.

²⁰⁰⁸ São eles (i) *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L.*; (ii) *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.*; (iii) *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.A.R.L.*; (iv) *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*; (v) *Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L.*; (vi) *9REN Holding S.a.r.l.*; (vii) *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others*; (viii) *SolEs Badajoz GmbH*.

do valor do investimento se configurar expropriação, faz-se necessário que as medidas sejam de tal magnitude que se caracterizem como equivalentes à privação de propriedade. Assim, concluiu-se que o impacto sobre o investimento estrangeiro não foi suficiente para caracterizar a expropriação.²⁰⁰⁹ Em outras palavras, a diminuição do valor das ações objeto do investimento não poderia caracterizar expropriação indireta ao menos que tal perda de valor fosse considerada como uma privação de propriedade.²⁰¹⁰

Mesmo que a redução da rentabilidade tenha ocasionado serias consequências econômicas e financeiras ao investidor, as alterações realizadas pela Espanha em 2010 não eram da magnitude a considerar que o investimento tivesse sido destruído já que os requerentes declararam que, apesar das perdas, a rentabilidade se manteve positiva.²⁰¹¹

Em *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, confirmou-se que a requerente ostentava um investimento através da sua participação acionária. Para determinar se as medidas foram expropriatórias seria preciso analisá-las à luz das consequências para a perda de rentabilidade das plantas de tal magnitude que afetassem substancialmente o investimento. O tribunal arbitral constatou que não se caracterizou a expropriação, pois os rendimentos que gozavam de uma rentabilidade no momento do investimento não eram tão superiores para se caracterizar uma perda ‘severa’ ou ‘radical’.²⁰¹²

Em que pese o laudo arbitral de *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR* ter inicialmente declarado a violação do tratamento justo e equitativo,²⁰¹³ concluiu-se que não se configura a expropriação indireta dos investimentos já

²⁰⁰⁹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §465.

²⁰¹⁰ “*Ajuicio del tribunal, una expropiación indirecta puede tener su origen tanto en una pérdida del control sobre la inversión, como en una pérdida del valor de las acciones. En este último caso, debe producirse una afectación sustancial del derecho*”. CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 5.

²⁰¹¹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §464.

²⁰¹² No voto dissidente de Guido Santiago Tawil, afirma-se que, de fato, não existiu uma expropriação indireta nos termos do artigo 13(1) do ECT. Em outras palavras, não houve uma alteração substancial ou significativa sobre os direitos dos bens do investidor que equivalesse a uma privação da sua propriedade. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 4.

²⁰¹³ O tribunal considerou que, por estar localizado em Estocolmo, Suécia, se encontrava obrigado a analisar os argumentos do requerente com relação à violação do artigo 13 do ECT. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v.*

que as novas medidas regulatórias caracterizaram a violação do tratamento justo e equitativo e não apresentavam o elemento da intenção ou possuíam efeito expropriatórios.²⁰¹⁴ Em outras palavras, os bens que poderiam ser expropriados (plantas e instalações, ações das sociedades que o investidor detinha direta ou indiretamente controle ou propriedade) permaneceram ‘intocados’. Em que pese a redução significativa do seu valor, o que ensejou a violação do tratamento justo e equitativo, a propriedade e o controle permaneceram com o investidor, o que descaracterizou a expropriação.²⁰¹⁵

Em *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. v. Espanha* afirma-se que não houve expropriação. O tribunal arbitral considerou que os requerentes investiram em ações em empresas holding que possuíam plantas solares fotovoltaicas. Todavia, não houve privação da propriedade como resultado das novas medidas regulatórias. Apesar da substancial desvalorização, os investidores ainda permanecem como proprietários 'intactos' do investimento.²⁰¹⁶ Não se contesta que houve um prejuízo significativo, mas tal circunstância não se caracterizou como suficiente para configurar a expropriação.

Nesse mesmo sentido, o investimento de *9REN Holding S.a.r.l.* compreendia ações de sociedades cuja atividade era a produção de eletricidade com uso de fontes renováveis. É preciso distinguir a expropriação da perda de valor (alcançando até a destruição virtual), focando na espécie de investimento, dado que o investidor não perdeu o controle das ações. Enquanto houve uma perda significativa no valor das ações, a redução é melhor examinada à luz da legítima expectativa do investidor já que a Espanha não se negou a realizar o pagamento da remuneração, mas reduziu a uma taxa que impactou a rentabilidade do investimento. Com isso, rejeitou-se o argumento da expropriação também em *9REN Holding S.a.r.l.*²⁰¹⁷

Kingdom of Spain. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §681.

²⁰¹⁴ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §761.

²⁰¹⁵ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §762.

²⁰¹⁶ O laudo cita o precedente de *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L v. Espanha*. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §464.

²⁰¹⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §369-372.

Em *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Espanha*, deixou-se de analisar a alegada expropriação por considerar um argumento sobreposto à violação do tratamento justo e equitativo. Com fundamento no princípio da economia judicial, o tribunal entendeu desnecessário analisar o artigo 13 do ECT.²⁰¹⁸ Trata-se da mesma conclusão adotada em *SolEs Badajoz GmbH v. Espanha*, em que não se considerou os argumentos de expropriação, haja vista que a violação do tratamento justo e equitativo já havia sido consolidada pelo tribunal.²⁰¹⁹

8.5 Os limites do exercício do poder de regular

A questão crucial que circunda a arbitragem internacional de investimentos estrangeiros em energia renovável envolve a relação entre a estabilidade regulatória e o poder de regular (*right to regulate*). Por um lado, a Espanha concentrou o seu argumento de defesa no direito soberano de alterar seu marco regulatório. O poder de regular lhe permitiria, por conseguinte, editar leis, decretos, regulamentos, atinentes ao setor energético. Por outro lado, o artigo 10(1) do ECT determina que as Partes-Contratantes devem garantir condições estáveis para o investidor, especialmente, no que toca a regulação com características essenciais de um ordenamento jurídico dotado de segurança jurídica. Desse modo, as decisões arbitrais analisam a expectativa legítima do investidor em relação à estabilidade regulatória.

No conjunto de decisões arbitrais analisadas, verifica-se uma orientação expressiva para reafirmar que o Estado tem o poder de alterar suas leis, regulamentos e atos administrativos,²⁰²⁰

²⁰¹⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §446-457.

²⁰¹⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §466.

²⁰²⁰ No caso *Eiser Infrastructure Ltd v. Espanha*, o tribunal arbitral entendeu que o padrão de tratamento justo e equitativo não deve limitar a capacidade de o Estado em regular (*right to regulate*), garantindo ao investidor uma estabilidade regulatória *per se*. Qualquer Estado tem o direito de regular e os investidores devem assumir a expectativa de que a legislação pode ser modificada ao longo dos anos, exceto nos casos em que há uma cláusula de estabilização ou outra garantia específica que incite a legítima expectativa à estabilidade. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. and Kingdom of Spain*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 10 mar. 2019. §362. Em *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha*, afirma-se ser indiscutível que o Estado tem a liberdade para alterar a sua legislação e, assim, o tribunal arbitral fundamenta sua opinião com base nas decisões em *Parkerings, Continental Casualty, Plama, EDF, AES Summit, El Paso* e *Eiser*. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of*

preservando o poder soberano de regular.²⁰²¹ No entanto, é preciso analisar os limites do exercício deste poder. Em todas as decisões, não se concebe que a estabilidade regulatória represente um ‘congelamento’ do marco regulatório, ressaltando que não havia cláusula de estabilização com relação aos investimentos realizados na Espanha.

Não cabe argumentar que a legislação para promoção da energia renovável permaneceria imutável, garantindo ao investidor a remuneração fixada de modo completamente inalterável durante toda a vida útil de operação das instalações. No exercício do poder de regular é preciso observar, contudo, as garantias de estabilidade estabelecidas pelo Estado-parte do ECT. E, assim, o posicionamento do Estado que criou uma expectativa legítima por parte do investidor com relação à manutenção da remuneração que lhe era benéfica ao longo do seu investimento deve ser analisado à luz do tratamento justo e equitativo.

Nos casos analisados, as medidas que incluíam o RD 661/2007 atraíram os investidores estrangeiros²⁰²² a investir no mercado energético espanhol. Tais investidores acreditavam que a regulação permaneceria estável ao longo do seu investimento e, por conseguinte, se sentiram lesados quando o regime de remuneração foi substancialmente alterado.

A posição majoritária dos tribunais arbitrais até o momento²⁰²³ foi no sentido de que a expectativa legítima de garantia da estabilidade deve ser preservada e tutelada pelo ECT

Spain. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 20 set. 2019. §485.

²⁰²¹ Diego Mejía-Lemos destaca, com base na decisão *Eiser Infraestructure Ltd. v. Espanha*, que a obrigação de estabilidade se relaciona à manutenção das características essenciais do regime jurídico sobre o qual o investidor se baseou. MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 182.

²⁰²² “The ‘timing’ of assessment of legitimate expectations under Article 10(1) is that of the Making of an Investment by an Investor, from an *ex ante* position, in which the assessment ought not to involve any ‘hindsight’”. MEJÍA-LEMOS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 182-183.

²⁰²³ Destaca-se, assim, as decisões favoráveis à Espanha. Com isso, é preciso observar a decisão arbitral em *Charanne B.V. e Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha*, na qual considerou que converter uma regulação, em virtude do caráter limitado das pessoas que podem estar sujeitas às mesmas, em compromisso específico tomado pelo Estado seria uma limitação excessiva a sua capacidade em regular a economia em função do interesse geral. Segundo a decisão de *Charanne*, não se trata de usurpar o Estado do seu poder de regular, impedindo-o de introduzir novos atos normativos no seu próprio ordenamento jurídico. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. §493. No voto dissidente do árbitro Tawil no caso *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha*, afirmou-se que, muito embora a Espanha tenha o direito de alterar sua legislação, eliminar o benefício outorgado aos investidores que tinham se submetido aos critérios e preenchido os requisitos a fazer jus do benefício sem reconhecer uma compensação correspondente enseja à violação do padrão de tratamento justo e equitativo. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Opinión Disidente del Árbitro Prof. Dr. Guido Santiago Tawil, 06 Jul. 2016. No âmbito do *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and*

limitando o poder de regular no sentido de que as alterações legislativas a serem introduzidas pelo Estado não devem ser realizadas de maneira drástica, inesperada e substancial.

Para *Eiser Infrastructure Ltd v. Kingdom of Spain*, o princípio do tratamento justo e equitativo não deve limitar o poder de regular estatal, garantindo ao investidor uma estabilidade regulatória *per se*. Qualquer Estado tem o direito de regular e os investidores devem assumir a expectativa de que a legislação pode ser modificada ao longo dos anos exceto nos casos em que há uma cláusula de estabilização ou outra garantia específica que incite a legítima expectativa à estabilidade.²⁰²⁴ Deve-se, contudo, equilibrar o poder de regular com o tratamento justo e equitativo, delimitando em que medida o exercício desmedido deste poder enseja o dever de indenizar o investidor.

Segundo *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*, muito embora a Espanha tenha tido motivações para modificar seu marco regulatório com a finalidade de solucionar o problema do déficit tarifário, o poder de regular não pode ser exercido sem restrições (*unfettered right*).²⁰²⁵ É verdade que, não se pode considerar que as medidas adotadas em 2010 afetaram substancialmente o regime anterior, gerando impacto limitado aos investimentos da *Novenergia*. Contudo, as alterações introduzidas pelo RDL

others v. Espanha, ressalta-se que a Espanha permanece com seu direito soberano de editar novas leis e regulamentações, assim como emendar e cancelar aquelas que já estariam em vigor no momento que o investimento foi estabelecido. Como se pode depreender do preâmbulo dos decretos que representaram o conjunto de alterações legislativas impugnadas, as novas regulações foram introduzidas por interesse público e representaram o anseio por garantir a sustentabilidade do sistema elétrico espanhol. Na opinião deste tribunal, o tratamento justo e equitativo não protege o investidor de toda e qualquer modificação que um governo deseja introduzir em sua legislação. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §261 Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 10 set. 2019. p. 1.

²⁰²⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 18 set. 2019. §362. O tribunal de *Nextera Energy Global Holdings B.V. v. Espanha* foi expresso no que se refere ao poder de regular do Estado em alterar sua legislação, especialmente no que se refere ao RD 661/2007, RDL 6/2009, RD 1614/2010. Para o tribunal, os investidores deveriam saber que a regulação poderia ser alterada, sendo que o tribunal não considera que o RAIPRE poderia ser interpretado como garantia de benefício a um regime de remuneração específico. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020. §584-585.

²⁰²⁵ “The Tribunal understands the Kingdom of Spain’s motivations in this respect and accepts that there was not only a need to address the tariff deficit, but also that the Kingdom of Spain had a regulatory right to do so, albeit not an unfettered right”. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §688.

9/2013 foram radicais e inesperadas, exorbitando o exercício do poder legiferante e transformando inteiramente o ambiente em que o investimento foi estabelecido.²⁰²⁶

Em *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha*, o tribunal arbitral estabelece que o ECT limita o poder de regular com base em critérios razoáveis,²⁰²⁷ contudo, as obrigações não impedem que o Estado altere a sua regulação desde que não se elimine as características essenciais do marco regulatório de maneira repentina e inesperada.²⁰²⁸ Desse modo, concluiu-se que a metodologia aplicada ao novo regime não é baseada em um parâmetro identificável, o qual depende da descrição governamental. É preciso ressaltar, por último, que o déficit tarifário²⁰²⁹ não pode ser utilizado como justificativa para eliminar as características fundamentais do RD 661/2007 e substituí-lo por um regime totalmente novo.

Em *Foresight Luxembourg Solar 2 S.à.r.l. v. Espanha*, a decisão se alinha com o entendimento do tribunal de *Eiser*, em que se concebe que o poder de regular deve se sujeitar às limitações da estabilidade garantida ao investidor estrangeiro.²⁰³⁰ Diante da ausência de um compromisso específico, o investidor não pode esperar que haja imutabilidade e, assim, o

²⁰²⁶ Ressalta-se que a decisão da *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, SICAR considera as alterações no RDL 9/2013 como violadoras do tratamento justo e equitativo em razão do exercício indiscriminado do poder de regular, enquanto a decisão em *Eiser Infrastructure Ltd.* concentra sua análise nas medidas adotadas em 2014. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.I. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020. §458. Ver INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, SICAR v. Kingdom of Spain. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §695. Ressalta-se a imperiosidade em se estabelecer um equilíbrio entre os interesses regulatórios estatais face a expectativa legítima do investidor. Não se trata de simplesmente analisar a destruição econômica do investimento para avaliar a violação do tratamento justo e equitativo. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, SICAR v. Kingdom of Spain. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020. §694.

²⁰²⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. § 530.

²⁰²⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. § 531.

²⁰²⁹ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019. §570.

²⁰³⁰ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.À.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. À.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §364.

Estado teria margem para modificar, razoavelmente, a sua legislação desde que não viole a expectativa legítima do investidor quanto à estabilidade.²⁰³¹

Em *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Espanha*, ressalva-se que o poder de regular se caracteriza como essencial para alcançar os objetivos do Estado e, assim, renunciar o seu exercício representa um ato extraordinário com origem em comprometimento inequívoco. Desse modo, um tratado que determina a renúncia do Estado em exercer seu poder de regular deve ser explícito e o mesmo não se pode assumir por meio de expressões implícitas.²⁰³² Nesse sentido, a prática internacional relacionada ao tratamento justo e equitativo demonstra que se não pode esperar que o Estado não alterará o seu marco regulatório.²⁰³³ A expectativa legítima que o investidor seja remunerado a uma taxa de “rentabilidade razoável” não é equivalente a uma política regulatória imutável até o fim da vida útil da planta, sempre que as alterações legislativas sejam razoáveis e equitativas (*reasonable and equitable*).²⁰³⁴

Por outro lado, a discricionariedade do Estado em implementar a legislação adequada não equivale à arbitrariedade, nem que o exercício do poder de regular seja sem restrições (*unfettered right*), como apontado no laudo de *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR*.²⁰³⁵

O tribunal de *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others* afirma que o marco regulatório da Espanha não pode ser considerado como ‘petrificado’, nem significa que o Estado não possa alterar o RD 661/2007. Em outras palavras, significa dizer que é preciso

²⁰³¹ INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. and Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.I. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 06 set. 2019. §464.

²⁰³² INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §244.

²⁰³³ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §392.

²⁰³⁴ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §399.

²⁰³⁵ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 November 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §468.

balancear entre os interesses dos consumidores e geradores de eletricidade.²⁰³⁶ Os Estados são titulares do direito de alterar sua legislação, mas também tem o direito de fazer declarações acerca do futuro tratamento dos investimentos de maneira a criar expectativas que não podem ser abandonadas sem violar o dever ao tratamento justo e equitativo.²⁰³⁷

Em *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha* também se analisa a compatibilidade do exercício do poder de regular do Estado com a estabilidade necessária para o estabelecimento e manutenção do investimento estrangeiro.²⁰³⁸ Ressalta-se, assim, que o poder de introduzir e editar novos atos normativos não equivale ao poder de adotar um novo regime a investimentos já existentes que se basearam em incentivos estabelecidos na legislação anterior, a qual visava atrair investidores com uma remuneração mais favorável.²⁰³⁹

Nessa perspectiva, concluímos que o regulador deve observar os compromissos assumidos no marco regulatório nacional²⁰⁴⁰ e garantir o respeito à segurança jurídica, observando o princípio da boa-fé, conforme preconiza o Direito Internacional, bem como os consagrados direitos do investidor no Direito Internacional dos Investimentos quanto à expectativa legítima e padrão de tratamento justo e equitativo.

²⁰³⁶ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §288.

²⁰³⁷ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §397.

²⁰³⁸ INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20, Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020. §509.

²⁰³⁹ “To provide a regulatory framework that aims at attracting investors in certain business sectors by offering various incentives is a common practice in many states. Dismantling such incentives for future investments may also be possible and occurs frequently. However, to do so for already existing investments to which the past incentives were the basis of investing can hardly be considered reasonable, especially when considering the legislator’s express statement that the old regime should continue to apply to existing registered investments in spite of possible future changes”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §510-511.

²⁰⁴⁰ MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 150-204, 2018, p. 184.

CONCLUSÃO

Diante da importância que os investimentos estrangeiros assumiram para o desenvolvimento da energia renovável, buscamos analisar as estruturas jurídicas aplicáveis para a sua proteção. Afinal, não se pode deixar de notar como as fontes renováveis se tornaram instrumentos fundamentais para a persecução do desenvolvimento sustentável e, concretização da transição energética global.

Em primeiro lugar, a análise feita no plano do Direito Internacional dos Investimentos nos permitiu observar que a ausência de um acordo internacional multilateral em energia renovável traz consequências para a proteção internacional dos investimentos estrangeiros. Nesse diapasão, o ECT, mesmo sem dispor de medidas específicas para o setor de energia renovável, assumiu papel de destaque para aqueles investimentos realizados sob seu amparo.

Em que pese o ECT ter se consagrado como instrumento de alicerce para muitos investidores estrangeiros garantirem a aplicabilidade do padrão de tratamento justo e equitativo, a amplitude deste tratado ainda é limitada. Consequentemente, nem os investidores de Estados que não fazem parte do ECT, nem os investidores nacionais dos Estados demandados poderão se amparar das medidas de proteção previstas naquele tratado.

Nesse contexto, concluímos pela igual relevância em se analisar se há medidas de proteção de investimentos especificamente voltadas para o setor energético e energia renovável no âmbito dos BITs ou, ainda, dos TIPs. A partir de uma análise desses acordos, concluímos que os BITs são omissos no que toca a energia renovável,²⁰⁴¹ carecendo de medidas de promoção e proteção específicas para este setor. As cláusulas mapeadas revelam referência genérica à energia de modo limitado frente ao amplo universo de acordos bilaterais existentes.

Nos reduzidos TIPs que fazem referência à energia renovável, a maior parte das cláusulas buscam fomentar a cooperação e pesquisa no setor, ao invés de se compatibilizar com medidas de proteção de investimentos estrangeiros.

Em um contexto de perspectiva de evolução do sistema internacional de proteção dos investimentos estrangeiros em energia renovável, parece-nos que, preliminarmente, a proposta residiria na formulação de um Acordo Multilateral de Energia Renovável focalizado na promoção da energia renovável como meio para persecução da transição energética e

²⁰⁴¹ Como a grande maioria dos BITs não faz referência ao setor energético, seria necessário que o investimento estrangeiro se adequasse à definição de investimento inserido no acordo para que as medidas de proteção fossem aplicáveis caso a caso.

desenvolvimento sustentável. Deve-se incluir, peremptoriamente, um mecanismo de proteção dos investimentos estrangeiros e solução de controvérsias lastreado na experiência já obtida no Direito Internacional dos Investimentos.

De modo alternativo e, ciente de que a proposta de um Acordo Multilateral de Energia Renovável exige complexa e longa negociação entre Estados, há ainda a possibilidade de ampliação do objeto do ECT em uma futura revisão periódica, adaptando as suas disposições às demandas incipientes do setor de energia renovável. O processo de modernização e adaptação deste tratado poderia ser executado por meio de uma emenda, conforme experiência prévia com relação às regras da OMC (*Trade Amendment*).

No caso de não lograr êxito a adoção de uma emenda, sugere-se a negociação de um Protocolo relativo à Energia Renovável no âmbito do ECT que estabeleça mecanismos para promoção da energia renovável e proteção dos investimentos estrangeiros neste setor. Tal Protocolo poderia ser negociado e aprovado no âmbito do ECT como ocorreu com o Protocolo da Carta da Energia relativo à Eficiência Energética e aos Aspectos Ambientais Associados.

Se a negociação de um Protocolo no âmbito do ECT for inviável, também propomos a alternativa de negociação de um protocolo junto à UNFCCC, já que se trata de um fórum da com amplitude quase que universal e, conseqüentemente, favorável à incorporação dos benefícios das fontes renováveis ao meio ambiente.

Nossa análise nos permite, diante da omissão à energia renovável nos BITs e TIPs, propor, ainda, a inserção de uma cláusula padrão nos acordos internacionais de investimentos que circunscreva a proteção dos investimentos estrangeiros concernente à energia renovável e, ainda, determine o desenvolvimento de políticas nacionais e cooperação internacional neste setor, semelhante, neste último caso, àquelas presentes nos mais recentes FTAs.

Além dos aspectos aqui elencados, recomenda-se que as políticas nacionais energéticas sejam orientadas para a cooperação internacional dos temas energéticos, priorizando o intercâmbio não apenas para a pesquisa, dados e estatísticas, mas principalmente para a evolução do marco regulatório para desenvolvimento da energia renovável.²⁰⁴²

Como medida propositiva, sugerimos a ampliação da cooperação internacional entre os Estados e organizações internacionais, garantindo um ambiente de proteção internacional e nacional aos investimentos estrangeiros em energia renovável. Estas são medidas que podem

²⁰⁴² WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 364.

ser inseridas nos próximos acordos internacionais de investimentos, além da possibilidade de se incluir na modernização do ECT. Nesse contexto, entendemos pela importância em fomentar uma arquitetura mais robusta de governança energética global, principalmente, ampliando o espaço para temas relacionados à energia renovável na agenda das organizações internacionais.

Em que pese os avanços normativos no plano europeu, com destaque para a recente Diretiva 2018/2001 que busca também mitigar os riscos da instabilidade regulatória, nos pareceu importante ressaltar os sucedâneos impactos para o Direito Internacional de Investimentos decorrentes do posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Achmea BV v. República Eslováquia* e, ainda, da Comissão Europeia que insta a denúncia dos BITs celebrados entre os Estados-Membros.

De especial relevo crítico, pudemos verificar que a ótica tradicionalista da regulação do setor energético ainda prevalece no plano do Direito Interno dos Estados. No âmbito da União Europeia, mesmo com medidas para promoção da energia renovável a nível comunitário, a efetiva regulação se encontra majoritariamente estabelecida no ordenamento jurídico interno dos Estados, que são instados a incorporar as quotas obrigatórias e estimulados a implementar os regimes de apoio financeiro no plano nacional, já que ausente um regime comunitário.

Nesse contexto, buscamos lançar mão de um estudo comparativo entre a regulação brasileira e espanhola que nos permitiu observar a necessária importância de um marco regulatório robusto e estável para desenvolvimento e ampliação do uso de fontes renováveis no setor elétrico. Sob tal ótica, concluímos que o exercício do poder de regular encontra limites na legítima expectativa dos investidores que se encontram amparados pela proteção internacional conferida no Direito Internacional dos Investimentos.

Decerto, as arbitragens internacionais de investimentos no setor de energia renovável ganharam representatividade internacional.²⁰⁴³ Esse fenômeno marca o processo de transição energética, alertando para a relevância fundamental em se estabelecer e manter um marco regulatório favorável e, principalmente, estável, aos investimentos no setor.

O resultado das arbitragens de investimentos contra a Espanha se consagra como *learning lessons* a serem incorporadas no processo de formação de políticas energéticas e no próprio desenvolvimento do marco regulatório brasileiro. A análise dos laudos arbitrais sobre investimentos em energia renovável nos permite concluir que o exercício do poder de regular

²⁰⁴³ WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. University of Adelaide Press, p. 223-256, 2014, p. 250.

não é irrestrito e, mesmo que os Estados detenham o poder legítimo para editar normas em geral, trata-se de um direito que pode encontrar limites nas regras de Direito Internacional.

a) esforços multilaterais para a evolução da proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável: Acordo Multilateral de Energia Renovável

Na análise da aplicabilidade do ECT aos investimentos em energia renovável, verificamos que a definição de investimentos inserida neste tratado compreende apenas referência indireta aos empreendimentos com uso de fontes renováveis no âmbito da definição de atividade econômica em energia.

Sendo assim, muito embora o ECT apresente uma posição de vanguarda em relação à proteção internacional dos investimentos no setor energético, assegurando uma complexa arquitetura de princípios de proteção, o seu pressuposto *ratione materiae* ainda pode se caracterizar como limitado em relação ao desenvolvimento da energia renovável. Em outras palavras, a menção às ‘atividades de construção e operação de instalações para geração de energia elétrica’, incluindo aquelas que usam fontes renováveis, se mostra, todavia, um quadro insuficiente para o papel central da energia renovável no processo de transição energética.

Diante da necessidade de se adequar o quadro normativo internacional relativo à energia renovável, entendemos pela importância da propositura de um novo acordo multilateral para estabelecer um sistema internacional capaz de regular os diferentes aspectos jurídicos relacionados à energia renovável, com especial atenção para a cooperação internacional nesse domínio.²⁰⁴⁴

Nesse contexto, sugere-se a elaboração de um ‘Acordo Multilateral de Energia Renovável’ circunscrevendo diversos aspectos relacionados ao desenvolvimento energia renovável, dentre outros (i) a exploração e produção energética; (ii) a proteção e promoção do investimento estrangeiro; (iii) o acesso prioritário ou garantido às redes de transmissão e distribuição; (iv) a cooperação internacional para ampliar o acesso aos serviços de energia modernos; e (v) o autoconsumo.²⁰⁴⁵

²⁰⁴⁴ “BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 48.

²⁰⁴⁵ BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 48. Segundo o autor, “one hundred and eighteen states now have domestic renewable energy law. However, meaningful and binding international renewable energy obligations remain conspicuously absent from the UNFCCC regime and ECT”. BRUCE, Stuart.

Considerando o crescente papel assumido pelas organizações internacionais na formulação de recomendações e elaboração de estudos no âmbito da energia renovável,²⁰⁴⁶ a IRENA seria o fórum mais indicado para negociação e elaboração de um acordo internacional com objetivo de estabelecer padrões e metas internacionais para o desenvolvimento de novas fontes renováveis de energia.²⁰⁴⁷ Isto porque, a atividade principal da IRENA consiste em conciliar os interesses da energia renovável a nível global, com mandato para promover a expansão das fontes renováveis de energia, caracterizado por um amplo número de Estados-Partes.

Na contribuição de Stuart Bruce, sugere-se que a elaboração de um tratado para se consolidar como quadro jurídico internacional no setor de energia renovável pressupõe o debate sobre os temas endêmicos atrelados a este domínio.²⁰⁴⁸ Nesse sentido, entendemos relevante propor a negociação de um instrumento internacional capaz de se tornar um arquétipo robusto para solucionar questões estruturais envolvendo os projetos de energia renovável, que compreendem (i) o elevado custo do *know-how* e material tecnológico; (ii) a construção da planta para geração de energia em larga-escala; (iii) a ausência de infraestrutura adequada para transmissão e distribuição da energia produzida; (iv) os riscos políticos atrelados à regulação local; e (v) a disponibilidade dos financiamentos externos.²⁰⁴⁹

Além do enfoque precípua ao desenvolvimento da energia renovável como meio para persecução da transição energética e desenvolvimento sustentável, não se pode deixar de incluir, peremptoriamente, os princípios de proteção e mecanismos de solução de controvérsias.

Não se pode deixar de mencionar que a proposta de um ‘Acordo Multilateral de Energia Renovável’ deveria, inclusive, solucionar questões relacionadas aos parâmetros do tratamento justo e equitativo aos investimentos estrangeiros em energia renovável, compreendendo questões relacionadas como, por exemplo, a inexatidão do seu conceito. E, ademais, incorporando os principais parâmetros que a jurisprudência arbitral estabelecerá nesse cenário.

International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 53.

²⁰⁴⁶ BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 53.

²⁰⁴⁷ BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 48.

²⁰⁴⁸ Para Stuart Bruce esses temas são “*equity, contribution, capacity, finance and technology transfer*”. BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 48.

²⁰⁴⁹ “*The energy sector is not exempt from the factors that influence investment choices like: costs, benefits, revenue, profit, and availability of finance*”. MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 388.

Na hipótese de um acordo multilateral para a energia renovável não ser factível, podemos mencionar uma proposta subsidiária que seria a possibilidade de negociação de um protocolo junto à UNFCCC.²⁰⁵⁰ Em razão da relação intrínseca entre energia renovável e meio ambiente, as mudanças climáticas representa uma das principais ameaças ao desenvolvimento sustentável e as fontes renováveis podem ser utilizadas como instrumento mitigador. O fórum da UNFCCC possui amplitude quase que universal e favorável à incorporação dos benefícios das fontes renováveis em um protocolo internacional, podendo estar atrelado aos efeitos ao meio ambiente.

Assim, conclui-se que um protocolo negociado no âmbito da UNFCCC pode se caracterizar como medida propositiva capaz de contribuir para ampliação e fortalecimento dos mecanismos de apoio em prol do uso de fontes renováveis, assim como incremento da sua participação na matriz energética global.

Por fim, parece-nos importante destacar a contribuição que as três diretivas da União Europeia que regularam o uso de fontes renováveis de energia: Diretiva 2001/77/CE, 2009/28/CE e, a mais recente, 2018/2001 podem agregar como exemplo de normativas mais desenvolvidos para solucionar as questões mais candentes do setor.

A política energética europeia se tornou um exemplo de evolução normativa para promoção do uso de fontes renováveis se tornando arquétipo para além da União Europeia. Nesse cenário, propomos que o conteúdo da mais recente Diretiva 2018/2001 possa ser utilizado como parâmetro para a construção e negociação de um possível protocolo ou de um Acordo Multilateral de Energia Renovável.

b) a modernização do Tratado da Carta de Energia

O ECT adquiriu especial protagonismo para proteção de investimentos estrangeiros no setor energético. Nesse particular, focalizado em estabelecer um mercado de energia acessível e não discriminatório,²⁰⁵¹ o ECT vem se consolidando como verdadeiro quadro jurídico

²⁰⁵⁰ BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 49.

²⁰⁵¹ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. *International Law and the Renewable Energy Sector*. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 367.

internacional capaz de garantir a proteção dos investimentos estrangeiros no setor de energia renovável.²⁰⁵²

Ao tratarmos da proposta de um Acordo Multilateral em Energia Renovável, não podemos deixar de considerar os mais diversos desafios para negociar um acordo no setor energético que seja efetivamente concretizado com amplitude global.

Assim, diante da possibilidade de negociação de um protocolo junto à UNFCCC ou, ainda, um Acordo Multilateral em Energia Renovável, é possível concluir que seria importante promover a modernização do ECT, ampliando o rol de temas regulados por esse tratado.

Por certo, são propostas com amplitudes diferentes. Enquanto o Acordo Multilateral em Energia Renovável poderia ser focalizado em medidas específicas para cooperação internacional, promoção e proteção dos investimentos, detalhamento de princípios aplicáveis, entre outros assuntos relevantes para o desenvolvimento da energia renovável, o ECT, ainda que modernizado, permaneceria como um acordo com amplitude regional e voltado para o setor energético em geral.

De todo modo, no que toca à possível modernização do ECT, entendemos que alguns temas seriam especialmente relevantes para o desenvolvimento da energia renovável como (i) a inclusão expressa das atividades de geração e comercialização de energia elétrica com uso de fontes renováveis no rol do artigo 1(6); (ii) a referência às limitações do exercício do poder de regular dos Estados para garantia da estabilidade regulatória; e (iii) aperfeiçoamento da cláusula de expropriação para referência expressa às medidas que se caracterizem como ‘expropriação regulatória’.

Como a Conferência da Carta de Energia possui o mandato de revisão e modernização periódica (artigo 34(7) do ECT),²⁰⁵³ bem como autorização e aprovação dos termos de referência para negociação de Protocolos (artigo 34(3)(h)),²⁰⁵⁴ parece-nos cabível uma proposta

²⁰⁵² A partir da interpretação sistemática do artigo 1(5) do ECT em conjunto com o Ato Final da Conferência da Carta Europeia de Energia

²⁰⁵³ ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁰⁵⁴ ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2019. Ressalta-se que, após a revisão inicial em 1999, foram realizadas três revisões do ECT em 2004, 2009 e 2014. Em 2009, não houve consenso quanto ao processo de revisão, razão pela qual não houve a produção de um documento final referente à revisão. Por fim, destaca-se que não há data para a próxima revisão. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Process Review*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/review/>>. Acesso em: 10 ago. 2019. “In 2009 a modernization process of the Energy Charter Process was launched which resulted in the adoption of the political declaration of an International Energy Charter on 20 May 2015. The declaration reflects the ‘global modern energy challenges and

de adaptação do tratado às demandas incipientes do setor de energia renovável na próxima revisão periódica no âmbito da 30ª Conferência da Carta de Energia.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a Declaração da Carta de Energia de Bucareste aprovada em 2018 declarou a necessidade de modernização do ECT. Nesta declaração, enfatizou-se que os Estados detêm um alto nível de responsabilidade em criar um ambiente favorável aos investimentos no setor energético, atraindo recursos em prol do desenvolvimento sustentável.²⁰⁵⁵

É fundamentalmente relevante atentar para lista de tópicos aprovados pela Conferência da Carta de Energia objetivando a modernização do ECT, que incluem (i) a definição de investimento, investidor e atividade econômica no setor energético;²⁰⁵⁶ (ii) o exercício do poder de regular; (iii) definição do padrão de tratamento justo e equitativo e expropriação indireta; (iv) compensação e avaliação dos danos; e (v) desenvolvimento sustentável e responsabilidade social corporativa, entre outros.²⁰⁵⁷

Nesse sentido, vislumbramos duas propostas para implementação de dispositivos que correspondam à nova realidade da energia renovável. Em primeiro, a modernização do ECT para implementar dispositivos que visem o desenvolvimento e cooperação no setor de energia renovável e reforcem a proteção dos investimentos neste setor, disposições que podem ser incorporadas no âmbito de uma nova emenda ao ECT, como ocorreu com a Emenda do Comércio de 2010 (*Trade Amendment*).

No caso de não lograr êxito a adoção de uma emenda, recomenda-se, alternativamente, a negociação de um Protocolo relativo às Energias Renováveis no âmbito do ECT, que regule os mecanismos para promoção do desenvolvimento sustentável e energia renovável, assim

maps out common principles and areas of international cooperation in the field of energy for the 21st Century". GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, p. 14-48, 2018, p. 19.

²⁰⁵⁵ "We believe that governments have a high degree of responsibility to create an environment conducive for investment in the energy sector and to mobilise finance from a wide variety of sources, in particular in recognition of the large investment requirements towards a sustainable energy future and to meet UN Sustainable Development Goal 7, which stipulates access to sustainable energy for all". ENERGY CHARTER TREATY. *Bucharest Energy Charter Declaration*. Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ECC/20181128-FINAL_Bucharest_Energy_Charter_Declaration.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

²⁰⁵⁶ ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/european-union-and-euratom/>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

²⁰⁵⁷ Para uma lista completa. ENERGY CHARTER TREATY. *Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

como dispositivos de proteção dos investimentos estrangeiros específicos para energia renovável.

Tal Protocolo poderia ser negociado e aprovado como ocorreu com o Protocolo da Carta da Energia relativo à Eficiência Energética e aos Aspectos Ambientais Associados.²⁰⁵⁸ Parece-nos que a proposta ideal seria que negociar protocolo que introduza medidas de caráter vinculante aos Estados-Partes, consolidando um corpo normativo importante para o desenvolvimento da energia renovável.

Outro aspecto relevante que deve ser considerado no âmbito do ECT compreende a ampliação dos Estados-Partes. A experiência com as arbitragens internacionais de investimentos demonstrou que o ECT assumiu um papel central para proteção dos investimentos estrangeiros no setor de energia renovável, o que justificaria a adesão de outros Estados interessados no mecanismo de proteção que o ECT acaba por estabelecer sua normativa, mas principalmente, pela jurisprudência arbitral a ser construída.

Com isso, cabe-nos questionar a importância de se ampliar o processo de adesão a outros Estados como, por exemplo, os países da América Latina. No caso do Brasil, por exemplo, a grande maioria dos investimentos em parques de energia solar fotovoltaica em larga escala são realizados por investidores de Estados-Partes do ECT, o que nos leva a avaliar se haveria interesse para o Brasil em iniciar o processo de adesão ao ECT como mecanismo adicional para atração dos investimentos estrangeiros para o desenvolvimento de novas fontes renováveis de energia no Brasil.²⁰⁵⁹

Pode-se ressaltar, por fim, seguindo proposta de Thomas Wälde, a possibilidade de que o ECT possa servir como modelo de um acordo ou protocolo a ser promovido e negociado no

²⁰⁵⁸ Deve-se ressaltar que o Protocolo da Eficiência Energética e Aspectos Ambientais em vigor desde 16 de abril de 1998 requer que os Estados-Partes formulem políticas claras objetivando a eficiência energética e reduzindo o ciclo negativo de impacto ambiental. ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-efficiency-protocol/>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

²⁰⁵⁹ Atenta-se para o processo de adesão ao ECT exige a assinatura da Conferência da Carta de Energia como ‘observador’. Posteriormente, o Estado que propõe a adesão deverá demonstrar compatibilidade do ordenamento jurídico interno com as disposições do ECT. Após os relatórios emitidos pelo Estado tenham sido aprovados pelo secretariado da Conferência da Carta de Energia, o Estado é convidado a ser membro. Ressalta-se que o ECT está aberto para adesão de qualquer Estado que queira assumir as obrigações no âmbito do tratado. ENERGY CHARTER TREATY. *How does a country join the Energy Charter Process*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/process/frequently-asked-questions/>>. Acesso em: 27 fev. 2020. Sobre os investimentos realizados nos parques de energia solar no Brasil, ver EDF ENERGIES NOUVELLES. *Pirapora*. Disponível em: <<https://www.edf-renouvelables.com/en/project/pirapora-1-3/>>. Acesso em: 25 fev. 2020. e EQUINOR. *Complexo Solar Apodi entra em operação comercial*. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/complexo-solar-apodi-entra-em-operacao-comercial.html>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

âmbito do MERCOSUL, tendo em vista as incipientes medidas adotadas nesse processo de integração regional em prol da energia renovável.²⁰⁶⁰

c) cláusula de proteção aos investimentos estrangeiros em energia renovável nos acordos internacionais de investimentos

Em virtude da limitação geográfica do ECT, analisamos o mecanismo de proteção internacional aos investimentos estrangeiros em energia renovável para os Estados que não fazem parte do ECT. O escopo da análise, portanto, foram os BITs e TIPs assinados e mapeados pela UNCTAD.

Nesse dimensionamento, encontramos menção à energia em, aproximadamente, 300 acordos e, nesse particular, agrupamos as principais cláusulas em três estruturas que (i) aquelas proíbem o tratamento discriminatório aos investidores estrangeiros com atividades relacionadas à aquisição de energia e combustíveis; ou (ii) que proíbem restrições à aquisição e transporte de energia, reforçando a aplicabilidade do padrão de tratamento justo e equitativo aos seus investidores. Em posição diversa, verificamos que há BITs, em que o Estado-Parte estabelece exceções ao padrão de tratamento nacional aplicável aos investimentos estrangeiros no setor energético, elétrico ou nuclear.

Por um lado, há um conjunto de acordos que visam assegurar a aplicabilidade de padrões de tratamentos não discriminatórios relacionados às atividades relacionadas à energia. Por outro lado, em outros acordos identificamos exceções ao tratamento nacional, excluindo os investidores da proteção do tratamento discriminatório.

Desse modo, podemos concluir que uma parcela ainda muito restrita dos BITs faz menção à energia, demonstrando uma tendência dos Estados em não regular assuntos relacionados ao setor energético em acordos bilaterais de investimentos.

A ausência de referência específica à energia não impede, contudo, que os investimentos estrangeiros neste setor sejam amparados por um BIT que não exclua o setor energético do padrão de tratamento não discriminatório. Desse modo, ausente um acordo internacional sobre energia renovável, aplicam-se as regras comuns do Direito Internacional dos Investimentos aplicáveis a investimentos estrangeiros em qualquer setor da economia.

Com relação aos TIPs, identificamos a menção à energia renovável (i) no âmbito da

²⁰⁶⁰ WÄLDE, Thomas. Energy Charter Treaty and its Role in International Energy. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 24, n° 4, p. 523-558, 2006, p. 553.

linguagem geral do acordo; (ii) em dispositivos que determinam a necessária proteção do setor de energia renovável para cooperação internacional; assim como (iii) quanto ao comprometimento do Estado em criar um sistema normativo que implemente, aperfeiçoe e harmonize as legislações para promoção e desenvolvimento da energia renovável.

Com base nesse resultado, parece-nos haver um esforço progressivo para se inserir dispositivos nos TIPs focalizados na energia renovável, em particular, naqueles celebrados durante a última década. Apesar de certa variação textual, grande parte dos acordos possuem medidas para cooperação internacional, assim como preveem a necessidade de promoção da energia renovável, sendo que alguns dispositivos foram inseridos no âmbito da promoção do comércio e proteção dos investimentos.

O aspecto negativo compreende o fato de que muitos tratados ainda não se encontrarem em vigor e, algumas cláusulas sobre cooperação ou desenvolvimento da energia renovável não podem ser submetidas ao mecanismo de solução de controvérsias do acordo. Nesse caso, citamos o exemplo do CEPA assinado pela Índia e Coréia.

Em acordos celebrados pela União Europeia, verifica-se uma preocupação substancial com a cooperação no setor de energia renovável focalizada na segurança energética e combate às alterações climáticas. A cooperação se concentra no intercâmbio de informações para o desenvolvimento e, principalmente, promoção de pesquisa no setor.

Parece-nos, portanto, uma tendência em prevalecer, cada vez mais, um corpo normativo internacional preocupado em desenvolver efetivamente as fontes renováveis, abdicando de medidas anteriormente direcionadas apenas à aplicabilidade dos princípios não discriminatórios dos investimentos no setor energético.

Nesse particular, avaliamos que seria interessante propor a inserção de uma cláusula nos acordos internacionais de investimentos, sejam nos bilaterais ou TIPs, especificamente desenhada para promover o desenvolvimento sustentável e a energia renovável. O objeto desta cláusula deve almejar a garantia da aplicabilidade dos princípios de tratamento não discriminatório às atividades relacionadas à produção, transmissão e comercialização de energia elétrica com uso de fontes renováveis.

Enquanto as típicas cláusulas inseridas nos acordos internacionais de investimentos preveem um comportamento restritivo do Estado, em que se proíbe determinadas medidas discriminatórias, é preciso incentivar medidas positivas nos acordos internacionais de

investimentos.²⁰⁶¹ Em outras palavras, é preciso incentivar ações afirmativas por parte do Estado que se caracterizem como favoráveis ao desenvolvimento da energia renovável, mesmo que ainda seja um desafio fundamental à tradicional estrutura dos acordos internacionais de investimentos.²⁰⁶²

Pode-se seguir o modelo adotado pelas diretivas da União Europeia, que nos parece factível servir como exemplo de normativa para ser incorporado nos novos acordos internacionais de investimentos. Tais medidas positivas poderiam compreender a implementação e regulação de regimes de apoio para fomento do uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica e determinar regras de transparência e previsibilidade no exercício do poder de regular dos Estados.

d) a cooperação internacional das políticas energéticas e regimes de apoio como instrumento para promoção da energia renovável

A cooperação internacional no setor energético se caracteriza como uma das ferramentas importantes para o desenvolvimento da energia renovável e promoção de tais fontes na matriz energética global. O artigo 2(1)(a)(iv) do Protocolo de Quioto²⁰⁶³ já buscava promover as políticas e medidas nacionais para a pesquisa, promoção, desenvolvimento e aumento do uso de fontes renováveis e alternativas de energia.²⁰⁶⁴ Posteriormente, o Acordo de Paris reforçou os “padrões sustentáveis de consumo e produção” como mecanismo de combate às mudanças climáticas.²⁰⁶⁵

²⁰⁶¹ GENTRY, Bradford S.; RONK, Jennifer J. International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy. In: GENTRY, Bradford S.; PARKER, Leslie; RONK, Jennifer J. From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy. *Yale School of Forestry and Environmental Studies*. Disponível em: <http://environment.research.yale.edu/documents/downloads/0-9/11-03-Gentry_Ronk.Pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020. p. 73.

²⁰⁶² “Adopting such renewable energy specific policies in an international investment agreement, however, would be a major change from the traditional approach to IIAs”. GENTRY, Bradford S.; RONK, Jennifer J. International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy. In: GENTRY, Bradford S.; PARKER, Leslie; RONK, Jennifer J. From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy. *Yale School of Forestry and Environmental Studies*. Disponível em: <http://environment.research.yale.edu/documents/downloads/0-9/11-03-Gentry_Ronk.Pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020. p. 72.

²⁰⁶³ BRASIL. Ministério Meio Ambiente. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto.html>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

²⁰⁶⁴ WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 357-390, 2016, p. 364.

²⁰⁶⁵ BRASIL. Decreto Nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 jun. 2017. Ver

Nesse sentido, a Agenda 2030 para Desenvolvimento Sustentável dá ênfase à necessária cooperação internacional “visando acelerar a redução das emissões globais de gases de efeito de estufa e abordar a adaptação aos impactos negativos das mudanças climáticas”.²⁰⁶⁶ A relevância econômica do setor energético requer que se fomente a cooperação internacional interestatal,²⁰⁶⁷ que pode ser regulada tanto nos acordos internacionais setoriais, quanto nos acordos internacionais de investimentos.

Importante contribuição para o desenvolvimento da energia renovável é a atuação individual dos Estados, os quais podem contribuir para alcançar uma cooperação além-fronteiras.²⁰⁶⁸ Nesse aspecto, entendemos que seria relevante para o desenvolvimento da energia renovável incrementar o intercâmbio entre os Estados não apenas de informações, estatísticas, conhecimento tecnológico, mas principalmente quanto às técnicas regulatórias, em especial, o funcionamento dos regimes de apoio.

Eis, pois, que nos parece valioso para a efetiva transição energética que os Estados adaptem os regimes de apoio às particularidades econômicas e estruturais do setor elétrico nacional. A ineficácia dos regimes de apoio se traduz em custos mais elevados para os consumidores,²⁰⁶⁹ podendo a cooperação internacional em matéria energética se tornar útil para a otimização dos mecanismos financeiros nacionais.

A contribuição de Roberto Galán Vioque nos conduz para a concepção de que a coordenação e integração entre as políticas nacionais com objetivo de promover a energia renovável pode se tornar o mecanismo mais acurado para garantir o melhor funcionamento dos regimes de apoio estatais.²⁰⁷⁰

também MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, p. 373–396, 2018, p. 382.

²⁰⁶⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 11 jun. 2019. FATOUROS, Arghyrios A. An international legal framework for energy. Leiden: Brill-Nijhoff, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 332, p. 363-446, 2008, p. 406.

²⁰⁶⁷ VARIS, Ozge. International Energy Investments: Tracking the Legal Concept. Groningen: *Groningen Journal of International Law, Energy & Environmental Law*, vol. 2, issue 1, p. 81-92, 2014, p. 90.

²⁰⁶⁸ HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, p. 189-202, 2016, p. 201.

²⁰⁶⁹ PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Madrid: Ed. Dykinson, 2011, p. 101. No que tange a harmonização dos regimes de apoio, Roberto Galán Vioque comenta que, para evitar os desequilíbrios que se está produzindo na União Europeia, é preciso que seja estabelecido um sistema único de fomento. GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 101.

²⁰⁷⁰ GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Org.). *Estudios jurídicos hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios*

Como medida propositiva, sugerimos que a ampliação da cooperação internacional entre os Estados e organizações internacionais sejam inseridas nos próximos acordos internacionais de investimentos e demais acordos com dispositivos sobre investimentos, além da possibilidade de inclusão na modernização do ECT ou em eventual Acordo Multilateral de Energia Renovável.

Ademais, parece-nos de grande relevância fomentar uma arquitetura mais robusta de governança energética global que vise, principalmente, a ampliação do espaço para temas relacionados à energia renovável na agenda das organizações internacionais, especialmente, IEA e IRENA.

Outra contribuição que reforça a cooperação internacional no setor de renovável está prevista na Diretiva 2018/2001 da União Europeia, a qual busca incentivar a celebração de projetos conjuntos, de regimes comuns de apoio e da abertura de regimes de apoio no domínio da eletricidade renovável dirigidos a geradores de energia situados noutros Estados-Membros por meio da cooperação regional entre Estados-Membros, bem como entre Estados-Membros e países terceiros. Nesse caso, é importante mencionar que a energia elétrica produzida em países terceiros, no âmbito dos projetos conjuntos, contribuem para o cumprimento das quotas de uso de fontes renováveis pelo Estado-Membro junto à União Europeia.

Concluimos, portanto, que, para a efetiva concretização e manutenção da viabilidade econômica dos projetos de energia renovável, é importante que o ambiente regulatório estatal mantenha a transparência, previsibilidade e estabilidade da regulação estabelecida para promoção da energia renovável. De todo modo, os Estados precisarão recorrer à harmonização da legislação nacional com o Direito Internacional²⁰⁷¹ e a cooperação internacional representa importante alicerce nessa nova etapa.

naturales protegidos. Madrid: Ed. Dykison, p. 97-136, 2015, p. 111. Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) no caso *Ålands Vindkraft AB v. Suécia* ressalta a necessidade de se “garantir o bom funcionamento dos mesmos [regimes de apoio] para preservar a confiança dos investidores e permitir que esses Estados definam medidas nacionais eficazes para atingirem os objetivos vinculativos nacionais globais que a referida diretiva lhes impõe”. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão do Tribunal de Justiça no caso processo C-573/12*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019. Ver também HESELHAUS, Sebastian. Energy Transition Law and Economics. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, p. 19 - 41, 2018, p. 35.

²⁰⁷¹ BRUCE, Stuart. International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for all? Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, p. 18-53, 2013, p. 47.

e) compatibilização do sistema de proteção internacional dos investimentos estrangeiros em energia renovável com o Direito da União Europeia

Ao longo das últimas duas décadas, não apenas o Direito da União Europeia evoluiu para temas candentes relacionados ao uso de fontes renováveis na geração de energia elétrica e no consumo final de energia, mas também os Estados-Membros precisaram se adaptar à normativa europeia. Em que pese a evolução do Direito da União Europeia neste domínio, buscamos destacar a contradição das decisões do Tribunal de Justiça com relação à compatibilização dos regimes de apoio com as regras de Direito da Concorrência da União Europeia, em matéria de auxílio de Estado.

Nesse contexto, destacamos que os Estados-Membros, incentivados pelas diretivas da União Europeia, implementaram regimes de apoio para promoção do uso de fontes renováveis com a finalidade de cumprir com os objetivos nacionais estabelecidos no plano europeu. No entanto, em diversas oportunidades, verificamos que a compatibilidade dos regimes de apoio foi questionada à luz das regras de Direito da Concorrência da União Europeia, caracterizando alguns mecanismos como auxílio de Estado.

Nessa perspectiva, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia estabeleceu alguns parâmetros para qualificar como certas medidas estatais podem se caracterizar como auxílio de Estado. No entanto, algumas decisões se revelaram contraditórias com relação à própria concepção de fomento e mercado comunitário estabelecido pela União Europeia. Nesse sentido, citamos a decisão no caso *Ålands Vindkraft AB v. Suécia*.

Desse modo, é preciso fazer uma avaliação crítica acerca da posição do Tribunal de Justiça da União Europeia em relação aos regimes de apoio e sua inconsistência com as regras de Direito da Concorrência, cujas decisões podem se tornar um obstáculo à implementação de novos regimes e, por fim, ao próprio desenvolvimento das fontes renováveis no mercado europeu.

É preciso destacar, outrossim, posicionamento do Tribunal de Justiça da União Europeia e posicionamento da Comissão da União Europeia que repercutirá efeitos no Direito Internacional dos Investimentos.

Nesse contexto, citamos o julgamento *Achmea BV v. República Eslováquia*, em que se decidiu que o mecanismo de solução de controvérsias disposto no BIT Países Baixos - República Chéquia e Eslováquia (1991), celebrado antes que a República Eslováquia se tornasse Estado-Membro da União Europeia, era incompatível com o Direito da União Europeia.

A Espanha utilizou o caso *Achmea* para questionar a competência dos tribunais arbitrais em quase todas as arbitragens de investimentos no âmbito do ECT, alegando que o objeto da controvérsia está no âmbito de competência exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Além disso, destacamos duas decisões da Comissão Europeia emitidas em 2017 e 2018, que determinaram (i) o pagamento de compensação por um Estado-Membro configurará auxílio de Estado; e (ii) a decisão da *Achmea* se aplica tanto aos BITs, quanto ao ECT, declarando que as controvérsias entre Estados-Membros relativas às disposições deste tratado devem ser julgadas pelos tribunais europeus.

Portanto, parece-nos que é preciso realizar, também nesse contexto, uma análise crítica acerca da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia e da posição da Comissão Europeia, uma vez que o reflexo para os investimentos estrangeiros em energia renovável nos parece inconteste.

Em primeiro, a aplicabilidade do caso *Achmea* a todos acordos internacionais de investimentos que envolvem Estado-Membros da União Europeia poderia repercutir na legitimidade do compromisso internacional assumido tanto pelos Estados-Membros, quanto pela União Europeia que se comprometeram em relação a outros Estados-partes no âmbito ECT.

Ademais, é preciso avaliar criticamente os impactos para o Direito Internacional dos Investimentos que decorrerão de um movimento de renúncia aos BITs que envolvam todos Estados-Membros nos dois polos, conforme provocado pela Comissão Europeia.²⁰⁷²

Outro aspecto crítico é o posicionamento da Comissão no sentido de determinar que o pagamento de compensação aos investidores no âmbito das arbitragens internacionais de investimentos configura auxílio de Estado. Enquanto a União Europeia vem desenvolvendo diretivas para promover a energia renovável, a Comissão faz uso das regras de Direito da Concorrência da União Europeia, em matéria de auxílio de Estado, para evitar que os Estados-Membros cumpram com a condenação nos laudos arbitrais.

Nesse sentido, parece-nos que há uma tendência da Comissão Europeia em proteger seus Estados-Membros das obrigações assumidas no plano internacional, como ocorre no ECT,

²⁰⁷² “the Commission sent a formal request to Austria, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden to terminate their intra-EU BITs”. E, após o julgamento do caso *Achmea*, “the Commission has intensified its dialogue with all Member States, calling on them to take action to terminate the intra-EU BITs, given their incontestable incompatibility with EU law”. EUROPEAN COMMISSION. COM(2018) 547. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

e das condenações impostas nas arbitragens internacionais de investimentos, caracterizando-as como auxílio de estado.

Trata-se de uma tendência que se contrapõe com o próprio posicionamento da União Europeia em prol de um ambiente regulatório estável previsto na Diretiva 2018/2001 e contra o princípio e evolução de proteção internacional do Direito Internacional dos Investimentos, podendo dar início a um ‘regionalismo’ no setor energético similar ao movimento de ‘nacionalismo’ historicamente presente neste setor.

f) a garantia de estabilidade regulatória como limite ao poder de regular dos Estados: lições espanholas para o direito brasileiro

O poder de regular e seus limites se tornou objeto central das controvérsias investidor-Estado envolvendo investimentos estrangeiros em energia renovável. Por certo, concluímos que o marco regulatório precisa ser estável para que possa atrair investimentos e manter a viabilidade financeira dos projetos de energia renovável. É possível admitir que, sem investimentos, o desenvolvimento da energia renovável e, conseqüentemente, a transição energética será um processo mais lento do que se projeta no Direito Internacional.

A preocupação com a estabilidade se tornou tão evidente que a recente Diretiva 2018/2001 da União Europeia endereçou, no seu artigo 6º, a necessidade de os Estados-Membros assegurarem que as condições do apoio concedido aos projetos de energia renovável não sejam revistos de forma a afetar negativamente os direitos adquiridos, nem a prejudicar a viabilidade econômica dos projetos que já beneficiam de apoio.

No cenário do exercício do poder de regular estatal, não propomos que se concretiza um efetivo congelamento do marco regulatório que, em outras palavras, se traduziria na limitação absoluta do poder do Estado em regular ou alterar seu marco regulatório.

Contudo, no momento em que nos debruçamos sobre como a alteração do marco regulatório da Espanha afetou substancialmente a viabilidade econômica das instalações de geração de eletricidade com uso de fontes renováveis, foi preciso questionar se é possível estabelecer limites ao exercício do poder de regular.

Afinal, a modificação do marco regulatório espanhol desencadeou diversas arbitragens investidor-Estado com fundamento principal na violação do padrão de tratamento justo e equitativo em decorrência da expectativa legítima que os investidores criaram em virtude da estabilidade estabelecida na regulação espanhola.

Nesse particular, a jurisprudência arbitral nos permitiu construir alguns parâmetros em relação à tutela da legítima expectativa, a violação do tratamento justo e equitativo e os possíveis limites do poder de regular.

Em primeiro lugar, nos parece acertada a decisão de que o investidor estrangeiro no setor de energia renovável deve ser prudente e, especialmente, diligente durante o processo decisório para estabelecer seu investimento no Estado hospedeiro. Dado que se trata de um setor altamente regulado, os investidores devem proceder com uma *due diligence* adequada do marco regulatório do Estado hospedeiro.

Outro aspecto importante se relaciona ao compromisso do Estado com o investidor. Conclui-se que o comprometimento do Estado pode estar disposto na própria regulação sem ser direcionado especificamente a um grupo definido de investidores. E, assim, a garantia de estabilidade não depende, exclusivamente, de contratos de investimentos com cláusulas de estabilização, tampouco da celebração de PPAs.

Em se tratando de um poder estatal, também se concluiu que o Estado pode modificar seu ordenamento jurídico interno, desde que as alterações regulatórias não sejam abruptas, imprevisíveis e afetem substancialmente a viabilidade econômica dos investimentos.

Outro fator relevante a ser levando em consideração consiste na correta estruturação de qualquer reformulação de regime de apoio que venha a ser implementado pelo Estado. Assim, a alteração do marco regulatório deve ser feita por meio de um processo permeado por mecanismos de transparência e consulta pública.

Por fim, é possível internalizar algumas lições oportunizadas pelo estudo de direito comparado entre Brasil e Espanha. Buscamos analisar, por um lado, o marco regulatório brasileiro para promoção das fontes renováveis de energia e identificamos que há, ainda, uma evolução incipiente das medidas de apoio a este setor. Em termos de geração de energia elétrica com uso de fontes renováveis, a maior parte dos empreendimentos opera com base em PPAs de longo-prazo, celebrados no âmbito de leilões de energia, que garantem a tarifa ao longo da sua vigência. Outro aspecto característico do setor elétrico brasileiro compreende a predominância da energia hídrica, o que fez com que a regulação brasileira para fomento de outras fontes renováveis tenha encontrado um progresso mais lento.

A Espanha, por outro lado, apresentou uma evolução histórica, com progresso constante desde a década de 1990, buscando promover, especialmente a partir da Diretiva 2001/77/CE, o uso de fontes renováveis no setor elétrico espanhol. Com isso, medidas cada vez mais atrativas para os investimentos foram sucessivamente adotadas, o que aumentou a capacidade de instalações e onerou o sistema elétrico. Diante dos antecedentes históricos analisados, houve

uma ruptura com o marco regulatório espanhol, promovendo alterações substanciais que provocaram a inviabilização de muitos investidores.

Com base na experiência regulatória espanhol, pudemos analisar os impactos que o exercício do direito potestativo do Estado em legislar provocou nos investimentos e, em especial, nos investimentos estrangeiros. A postura dos tribunais locais na Espanha se direcionou para a conclusão de que os investidores assumiram o risco regulatório, estabelecendo uma relação de sujeição dos investidores à Administração Pública espanhola em que não há garantia de consagrar um direito mínimo e, por isso, qualquer ação do governo seria justificável.²⁰⁷³

No entanto, a posição dos tribunais arbitrais internacionais se caracterizou diametralmente diferente, a partir de uma postura mais orientada para a proteção dos direitos dos investidores internacionais previstos no Direito Internacional dos Investimentos. A partir da análise das decisões, concluímos que os limites do direito potestativo do Estado em legislar encontra seus limites na tutela da expectativa legítima do investidor, no âmbito do padrão de tratamento justo e equitativo, consagrando a relevância de uma garantia de estabilidade regulatória.

Nesse cenário, a grande lição que podemos extrair compreende a essencialidade que qualquer Estado, inclusive o Brasil, assegure a estabilidade do seu marco regulatório, respeitando os princípios básicos como a segurança jurídica²⁰⁷⁴ e direitos adquiridos e, por conseguinte, se abstenha de implementar quaisquer regras que se caracterizem como discriminatórias. Trata-se de uma lição que precisamos internalizar para qualquer setor, mas principalmente, para o desenvolvimento da energia renovável.

²⁰⁷³ Extrai-se um trecho da decisão do Tribunal Constitucional Espanhol referente aos princípios da segurança jurídica e confiança legítima revelando que assegurar esses princípios pode se tornar um obstáculo determinante para o exercício do direito potestativo do Estado em legislar: “*El preámbulo del Real Decreto-ley determina que su objeto es evitar la sobre retribución— de determinadas instalaciones de régimen especial, sin que los principios invocados por los recurrentes –seguridad jurídica y confianza legítima- puedan constituir un obstáculo insalvable para que el titular de la potestad legislativa pueda introducir medidas de carácter general que impliquen una alteración de determinados aspectos del régimen retributivo anterior*”. ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, p. 1-28, 17 dez. 2015, p. 117.

²⁰⁷⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). Direito Internacional dos Investimentos. Rio de Janeiro: Renovar, p. 127-158, 2014, p. 130.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Audiência Pública n. 040/2019. Relatório de Análise de Impacto Regulatório nº 003/2019-SRD/SGT/SRM/SRG/SCG/SMA/ANEEL*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/audiencias-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=2&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_cacheability=cacheLevelPage&p_p_col_id=column-2&p_p_col_pos=1&p_p_col_count=2&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idDocumento=38602&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_tipoFaseReuniao=fase&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_jspPage=%2Fhtml%2Fpp%2Fvisualizar.jsp>. Acesso em: 13 jan. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Banco de Informações de Geração: Capacidade de Geração do Brasil*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/capacidadebrasil/capacidadebrasil.cfm>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Consulta Pública n. 025/2019*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/consultas-publicas?p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&p_p_lifecycle=1&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_id=participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_javax.portlet.action=visualizarParticipacaoPublica&participacaopublica_WAR_participacaopublicaportlet_idParticipacaoPublica=3366>. Acesso em: 13 jan. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Conta de Desenvolvimento Energético*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/informacoes-tecnicas/-/asset_publisher/CegkWaVJWF5E/content/conta-de-desenvolvimento-energetico-cde/654800?inheritRedirect=false>. Acesso em: 14 jan. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão de energia garante investimento de R\$ 11,2 bilhões*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/sala-de-imprensa-exibicao/-/asset_publisher/XGPXSqdMFHrE/content/leilao-de-energia-garante-investimento-de-r-11-2-bilhoes/656877?inheritRedirect=false&redirect=https%3A%2F%2Fwww.aneel.gov.br%2Fsala-de-imprensa-exibicao%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_XGPXSqdMFHrE%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dnormal%26p_p_mode%3Dview%26p_p_col_id%3Dcolumn-2%26p_p_col_count%3D3>. Acesso em: 20 jan. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 03/2018-ANEEL*. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_Leil%C3%A3o_A%20-%206_2018.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 03/2019-ANEEL*. Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_leilao_03-2019_aneel_A-4_29len.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Leilão N° 04/2019-ANEEL*. Disponível em: https://www2.aneel.gov.br/aplicacoes/editais_geracao/documentos/EDITAL_leilao_04-2019_aneel_A-6_30len.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

ANEEL. *Participação acionária das empresas de geração de energia elétrica*. Disponível: <http://www2.aneel.gov.br/paracemp/apl/APL.NEW/PAE_vMKR_ParticipacaoAcionariaProprietarioslist.asp?cmd=search&t=vMKR_ParticipacaoAcionariaProprietarios&z_NomPrp=LIKE&x_NomPrp=Enel+Green+Power&v_NomPrp=AND&w_NomPrp=LIKE&y_NomPrp=&z_USINA=LIKE&x_USINA=&v_USINA=AND&w_USINA=LIKE&y_USINA=>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656827/14866914/M%C3%B3dulo1_Revis%C3%A3o10/f6c63d9a-62e9-af35-591e-5fb020b84c13>. Acesso em: 23 fev. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Procedimentos de Distribuição de Energia Elétrica no Sistema Elétrico Nacional – PRODIST*. Disponível em: <https://www.aneel.gov.br/documents/656827/14866914/M%C3%B3dulo1_Revis%C3%A3o10/f6c63d9a-62e9-af35-591e-5fb020b84c13>. Acesso em: 23 fev. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Regulação do setor elétrico*. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/regulacao-do-setor-eletrico>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Regulação dos serviços de distribuição*. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/regulacao-da-distribuicao>>. Acesso em: 03 nov. 2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 479 de 03 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012479.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Resolução Normativa n. 482 de 17 de abril de 2012*. Disponível em: <<http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

AKZONOBEL. *AkzoNobel Specialty Chemicals, DSM, Google and Philips receive first power from new Dutch wind farm Bouwdokken*, 2018. Disponível em: <<https://www.akzonobel.com/en/for-media/media-releases-and-features/akzonobel-specialty-chemicals-dsm-google-and-philips-receive>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

ALEXANDROFF, Alan S; LAIRD, Ian A. Compliance and Enforcement. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1171-1187.

ALONSO MAS; María José. Los sistemas de apoyo a las energías renovables basados en certificados verdes en la Unión Europea. Navarra: Aranzadi. *Revista de Derecho Ambiental*, n. 31, p. 1-24, 2015.

AMARILES, David Restrepo; LEWKOWICZ, Gregory. Global contract governance: Selden v. Airbnb. In: WATT, Horatia Muir; BÍZIKOVÁ, Lucia; OLIVEIRA, Agatha Brandão de; ARROYO, Diego P. Fernandez. *Global private international law: adjudication without frontiers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2019, p. 416-435.

ANURADHA, R. V.; JOSHI, Piyush. Trade and Energy Security: Legal Assessment of the Linkages and Implications for India. In: MATHUR, Sajal (Ed.). *Trade, the WTO and Energy Security: Mapping the Linkages for India*. New Delhi: Springer, Centre for WTO Studies, 2014, p. 95-146.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Análise de Impacto Regulatório. Belo Horizonte: Fórum. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 8, n. 32, 2010, p. 9-15.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 4ª ed., 2017.

ARANA GARCÍA, Estanislao. La nueva ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 51-68.

ASIAN DEVELOPMENT BANK. Disponível em: <<https://www.adb.org/about/members>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR 10899:2013. *Energia solar fotovoltaica — Terminologia*. Disponível em: <<https://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=305969>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

BALAŠ, Vladimír. Review of Awards. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p.1125-1153.

BALTAG, Crina. *The Energy Charter Treaty: The Notion of Investor*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, vol. 25, 2012.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *About*. Disponível em: <<https://www.iadb.org/pt>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito Administrativo Global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 801-820.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira; RIBEIRO, Leonardo Coelho. Direito Administrativo Global: uma nova ótica para a regulação financeira e de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 233-246.

BARAGONA, Katharine C. Project Finance. *The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004.

BARRETO, Paulo Ayres. Prefácio. In: PIVA, Sílvia Helena Gomes. *Incentivos Fiscais: uma visão normativa*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 13-18.

BARTON, Barry. The Law of Energy Efficiency. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 61-81.

BARTON, Barry. The Theoretical Context of Regulation. In: BARTON, Barry; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K., LUCAS, Alastair R.; RØNNE, Anita. *Regulating Energy and Natural Resources*. Oxford: Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 11- 33.

BELYSI, Andrei V. International energy law, institutions and geopolitics. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 624-650.

BENVENISTI, Eyal. *The Law of Global Governance*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, vol. 368, 2014, p. 10-331.

BERGMANN, Ariel; HANLEY, Nick; WRIGHT, Robert. Valuing the attributes of renewable energy investments, *Energy Policy*, n. 34, 2006, p. 1004-1014.

BEZERRA, Pedro Henrique Silva. *Energia solar concentrada: simulação do desempenho de heliostatos de pequeno porte*. 2017. 208 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Ciências Agrônômicas, Universidade Estadual Paulista, Botucatu.

BIERMANN, Frank; PATTBERG, Philipp; VAN ASSELT, Harro; ZELLI, Fariborz. The Fragmentation of Global Governance Architectures: Framework for Analysis. *Global Environmental Politics*, vol. 9, n. 4, p. 14-40, 2009, p. 14-40.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 3ª ed. rev. e atual., 2014.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2017.

BLACK, Julia. Critical Reflections on Regulation. Londres: Centre for Analysis of Risk and Regulation at the London School of Economics and Political Science, *London School of Economics and Political Science*, 2002, p. 1-27.

BLOTTIN, Benoît. *Concurrence, régulation et énergie : rôle des autorités de concurrence et des autorités de régulation sectorielle*. Bruxelles : Bruylant, 2016.

BOHANES, Jan, et al. Overview of WTO Jurisprudence in 2016. In: BUNGENBERG, Marc; KRAJEWSKI, Markus; TAMS, Christian J. Tams; TERHECHTE, Jörg Philipp; ZIEGLER, Andreas R (Eds.). *European Yearbook of International Economic Law*. Basel: Springer Nature Switzerland, 2019, p. 425-483.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO *Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/02/01/2>>. Acceso em: 25 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Constitución Española*. Disponible em: <<https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>>. Acceso em: 18 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 1/2007, de 15 de febrero, de fomento de las Energías Renovables e Incentivación del Ahorro y Eficiencia Energética en Castilla-La Mancha*. Artículo 2º. Disponible em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2007-9936>. Acceso em: 12 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15649>>. Acceso em: 12 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-15649>>. Acceso em: 12 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía*. Artículo 2º. Disponible em: <<https://www.boe.es/boe/dias/2007/05/07/pdfs/A19568-19578.pdf>>. Acceso em: 12 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-4117>>. Acceso em: 14 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>>. Acceso em: 25 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1994/12/30/40>>. Acceso em: 20 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público*. Artículo 32. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/2015/10/01/40>>. Acceso em: 12 dez. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-25340>>. Acceso em: 02 dez. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de energía*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/l/1980/12/30/82>>. Acceso em: 25 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*. Disponible em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-6495>. Acceso em: 18 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-17976>>. Acceso em: 11 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-15595>>. Acceso em: 11 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1994/12/09/2366>>. Acceso em: 25 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/1998/12/23/2818>>. Acceso em: 20 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-6123>>. Acceso em: 18 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rd/2004/03/12/436>>. Acceso em: 20 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial*. Preámbulo. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-10556-consolidado.pdf>>. Acceso em: 11 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-1310>>. Acceso em: 12 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico*. Disponible em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-19757>>. Acceso em: 12 set. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación*. Disponible em: <<https://boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2019-16862>>. Acceso em: 23 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2000/06/23/6>>. Acceso em: 20 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2009/04/30/6>>. Acceso em: 21 nov. 2019.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. *Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico*. Disponible em: <<https://www.boe.es/eli/es/rdl/2013/07/12/9>>. Acceso em: 25 nov. 2019.

BONAFE, Ernesto; METE, Gokce. Construction of a Regional Energy Market within a Multilateral Regulatory Framework: Interactions Between the European Union and the Energy Charter Treaty. In: MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena (Ed.). *Energy Transitions: Regulatory and Policy Trends*. Cambridge: Intersentia, vol. 5, 2018, p. 51-72.

BONOMI, Claudio; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: Fundamentos e Estudos de Casos*. Rio de Janeiro: Ed. Atalas, 2002, p. 68.

BOSSSELMANN, Klaus. Germany's 'Energiewende': what can environmental law scholarship learn from it?. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 11-29.

BRADBROOK, Adrian. Energy and law - Searching for new directions. STEPHENS, Dale; BABIE, Paul (Eds.). *Imagining Law: Essays in Conversation with Judith Gardam*, University of Adelaide Press, 2016, p.13-34.

BRADBROOK, Adrian. Energy Law as an Academic Discipline. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 1996, p.193-217.

BRANCO, Luizella Giardino Barbosa. Investimento Estrangeiro Direito, Arbitragem Internacional e Energia: *Andante ma non troppo*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org);

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 779-799.

BRASIL. ANEEL. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília: Aneel, 3ª ed., 2008.

BRASIL. Câmara do Deputados: Conselho de altos estudos e avaliação tecnológica. *Energias Renováveis: Riqueza Sustentável ao alcance da Sociedade*, 2012. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/altosestudios/pdf/energias-renovaveis-riqueza-sustentavel-ao-alcance-da-sociedade>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Convênio de ICMS nº 101, de 18 de dezembro de 1997. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/CV101_97>. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. Convênio de ICMS nº 156, de 10 de novembro de 2017. Disponível em: <https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2017/CV156_17>. Acesso em: 17 jan. 2020.

BRASIL. Convênio de ICMS nº 16. Disponível em: <[confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15](https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/2015/CV016_15)>. Acesso em: 13 jan. 2020.

BRASIL. Decreto n. 5.163, de 30 de julho de 2004. *Regulamenta a comercialização de energia elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica, e dá outras providências*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

BRASIL. Decreto n. 6.353, de 16 de janeiro de 2008. *Regulamenta a contratação de energia de reserva de que trata o § 3º do art. 3º e o art. 3º-A da Lei no 10.848, de 15 de março de 2004, altera o art. 44 do Decreto no 5.163, de 30 de junho de 2004, e o art. 2º do Decreto no 5.177, de 12 de agosto de 2004, e dá outras providências*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 17 jan. 2008.

BRASIL. Decreto nº 5.184, de 16 de agosto de 2004. Cria a Empresa de Pesquisa Energética - EPE, aprova seu Estatuto Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 16 mar. 2004.

BRASIL. Decreto Nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 01 jul. 1998.

BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. *Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 24 jul. 2002.

BRASIL. Decreto nº 6.048 de 27 de fevereiro de 2007. *Altera os arts. 11, 19, 27, 34 e 36 do Decreto no 5.163, de 30 de julho de 2004, que regulamenta a comercialização de energia*

elétrica, o processo de outorga de concessões e de autorizações de geração de energia elétrica. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 28 fev. 2007.

BRASIL. Decreto nº 6.144, de 03 de julho de 2007. Regulamenta a forma de habilitação e co-habilitação ao Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI, instituído pelos arts. 1º a 5º da Lei no 11.488, de 15 de junho de 2007. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 04 jul. 2007.*

BRASIL. Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 15 dez. 2009.*

BRASIL. Decreto nº 8.950, de 29 de dezembro de 2016. Aprova a Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 30 dez. 2006.*

BRASIL. Decreto Nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 05 jun. 2017.*

BRASIL. Empresa de Pesquisa Energética. *ABCDEnergia: Formas de Energia*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/abcdenergia/formas-de-energia>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. Lei 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 16 mar. 2004.*

BRASIL. Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002. Dispõe sobre a expansão da oferta de energia elétrica emergencial, recomposição tarifária extraordinária, cria o Programa de Incentivo às Fontes Alternativas de Energia Elétrica (Proinfa), a Conta de Desenvolvimento Energético (CDE), dispõe sobre a universalização do serviço público de energia elétrica, dá nova redação às Leis no 9.427, de 26 de dezembro de 1996, no 9.648, de 27 de maio de 1998, no 3.890-A, de 25 de abril de 1961, no 5.655, de 20 de maio de 1971, no 5.899, de 5 de julho de 1973, no 9.991, de 24 de julho de 2000, e dá outras providências.. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 29 abr. 2002.*

BRASIL. Lei nº 10.847, de 15 de março de 2004. Autoriza a criação da Empresa de Pesquisa Energética – EPE e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 16 mar. 2004.*

BRASIL. Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 16 mar. 2004.*

BRASIL. Lei nº 13.169, de 6 de outubro de 2015. Altera a Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988, para elevar a alíquota da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL em relação

às pessoas jurídicas de seguros privados e de capitalização, e às referidas nos incisos I a VII, IX e X do § 1º do art. 1º da Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001; altera as Leis nºs 9.808, de 20 de julho de 1999, 8.402, de 8 de janeiro de 1992, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 12.715, de 17 de setembro de 2012, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 11.484, de 31 de maio de 2007, 12.973, de 13 de maio de 2014, 10.150, de 21 de dezembro de 2000, e 10.865, de 30 de abril de 2004; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 07 out. 2005.

BRASIL. Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996. Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 26 dez. 1996.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Brasil dá início a processo de adesão à IRENA*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/18187-brasil-da-inicio-a-processo-de-adesao-a-irena>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 Global - Capítulo 9. Proteção da Atmosfera*. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/cap09.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

BRASIL. Ministério Meio Ambiente. *Protocolo de Quioto*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/protocolo-de-quioto.html>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. Resolução nº 24, de 5 de julho de 2001. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul. 2001.

BRUCE, Stuart. *International Law and Renewable Energy: Facilitating Sustainable Energy for All?* Melbourne: *Melbourne Journal of International Law*, vol. 14, 2013, p. 18-53.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. *Energia de Reserva*. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/oquefazemos_menu_lateral/energia_reserva?_afLoop=31581718106215&_adf.ctrl-state=11niksck6b_14#!%40%40%3F_afLoop%3D31581718106215%26_adf.ctrl-state%3D11niksck6b_18>. Acesso em: 20 jan. 2020.

CÂMARA DE DEPUTADOS. PL 1917/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2205109>>. Acesso em: 23 fev. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8.322/2014. *Isenta do imposto sobre importação os equipamentos e componentes de geração elétrica de fonte solar*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=860916>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

CAMERON, Peter D. *International Energy Investment Law: The pursuit of stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

CAMIOTO, Flávia de Castro; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento; ROCHA, Roberta Teixeira. Análise da eficiência energética nos países do BRICS: um estudo envolvendo a Análise por Envoltória de Dados. *Gest. Prod.*, São Carlos, 2016, v. 23, n.1, p. 192-203.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CASANOVA, Millán Requena. Los arbitrajes de inversiones contra España por los recortes a las energías renovables: ¿cambio de tendencia en la saga de arbitrajes o fin de etapa tras la sentencia Achmea? Cizur Menor: Ed. Aranzadi, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, parte Doctrina, n. 42, p. 1-26, 2019, p. 6.

CASOLA; Laura; FREIER, Alexander. El nexo entre cambio climático y energía renovable en el Mercosur. Un análisis comparativo de las legislaciones de Argentina y Brasil. *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, 2018, p. 153-179.

CASSESE, Sabino; D'ALTERIO, Elisa. Introduction: the development of Global Administrative Law. In: CASSESE, Sabino. *Research Handbook on Global Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 1-21.

CASSESE, Sabino. Administrative law without the state? The challenge of global regulation. New York: *NYU Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2005, p. 663-694.

CASSESE, Sabino; D'ALTERIO, Elisa. Introduction: the development of Global Administrative Law. In: CASSESE, Sabino. *Research Handbook on Global Administrative Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016, p. 1-21.

CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2nd ed., 2005.

CASTRO, Emília Lana de Freitas. Os contratos de investimentos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 99-114.

CAVALCANTE, Denise Lucena; OLIVEIRA, Mônica Rocha Victor. Comércio, Tributação e Meio Ambiente: a decisão da OMC no programa de energia solar da Índia e os possíveis impactos no Brasil. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo (Coord.). *Políticas Públicas, Tributação e Energia Solar*. Curitiba: CRV, 2017, p. 401-412.

CHAK MUN, See. The Comprehensive Economic Cooperation Agreement: The Strategic Imperatives. Florida: *Singapore Yearbook of International Law*, vol. 10, 2006, p. 233-242.

CHARLESWORTH, Hilary. Law-making and sources. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, 2012, p. 187-202.

CHATTERJEE, C. Investment-Related Promissory Notes Are Investments under the ICSID Convention: *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, v. 3, issue 1, 2002, p. 147-159.

CHERP, Aleh, JEWELL, Jessica, GOLDTHAU, Andreas. Governing Global Energy: Systems, Transitions, Complexity. *Global Policy*, vol. 2, issue 1, 2011, p. 75-88.

CIMA, Elena. Promoting Renewable Energy Through FTAs? The Legal Implications of a New Generation of Trade Agreements. Alphen aan den Rijn: *Journal of World Trade*, vol. 52, n. 4, 2018, p. 663-696.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM (96)576 final. *Energia para o Futuro: Fontes Renováveis de Energia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51996DC0576&from=PT>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM(2006) 786 final. *Comunicação da Comissão relativa a um Programa Europeu de Protecção das Infra-Estruturas Críticas*, 2006. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0786&from=EN>>. Acesso em: 28 nov. 2019.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. COM(2008) 30 final. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0030&from=EN>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Verde: Um quadro para as políticas de clima e de energia em 2030*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0169&from=EM>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. COM(2016) 860 final. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité Das Regiões e ao Banco Europeu de Investimento*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:d2648a37-c626-11e6-a6db-01aa75ed71a1.0008.02/DOC_1&format=PDF>. Acesso em: 13 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. COM(2018) 547 final. *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Protecção do investimento intra-EU*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=en>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. *Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee, the committee of the regions and the european investment bank. A Framework Strategy for a Resilient Energy Union with a Forward-Looking Climate Change Policy*, 2015. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52015DC0080>>. Acesso em: 10 jun. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Redes de transportes e de energia*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/regional_policy/pt/policy/themes/transport-energy/>. Acesso em: 17 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. *Roteiro das Energias Renováveis*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3A127065>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

CORPORAÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL. *Sobre a IFC*. Disponível em: <https://www.ifc.org/wps/wcm/connect/multilingual_ext_content/ifc_external_corporate_site/home_pt>. Acesso em: 12 jun. 2019.

COSTA, José Augusto Fontoura; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, mar. 2016, p. 109-128.

COSTA, José Augusto Fontoura. Brasil e arbitragem internacional de investimentos no Brasil: realidade e possibilidades. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 247-270.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do investimento estrangeiro*. Curitiba: Juruá, 2010.

CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti. Introduction. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, 2012, p. 1-21.

CUNHA, Belinha Pereira da; FRANCO, Fernanda Cristina de Oliveira. Perplexidades acerca da sustentabilidade no direito brasileiro – direito da energia, direito ambiental e direitos humanos em contextos de exploração energética. In: CAVALCANTI, Caio César Torres. *O Direito da Energia no Contexto Ibero-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia Ed., 2017, p. 85-102.

CURY, Paula Maria Nasser. Métodos de Direito Comparado: desenvolvimento ao longo do século XX e perspectivas contemporâneas. São Leopoldo: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, vol. 6, n. 2, 2014, p. 176-185.

CYRINO, André Rodrigues. *Direito constitucional regulatório: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição econômica brasileira*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

CYRINO, André Rodrigues. Regulações expropriatórias: apontamentos para uma teoria. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna Carolina Migueis; LISBOA, Letícia Lobato Anicet (Coord.). *Regulação e Infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 81-107.

DANIEL KRON, ESQ. *Restatement (Second) of Contracts*. Disponível em: <<https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

DAVIES, Maria. The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea? Alphen aan den Rijn: *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, 2015, p. 143 - 172.

DE JONG, Sijbren. Towards Global Energy Governance: How to Patch the Patchwork. In: CARBONNIER, Gilles (Ed.) *International Development Policy: Energy and Development*. London: Palgrave Macmillan, International Development Policy book series, 2011, p. 21-43.

DEBOR, Sarah. *Multiplying Mighty Davids? The influence of energy cooperatives on Germany's energy transition*. Springer International Publishing AG, Contributions to Economics, 2018.

DEL GUAYO, Iñigo. *Seguridad jurídica y cambios regulatorios*. Navarra: Aranzadi, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 156, 2012, p. 1-25.

DEL GUAYO, Iñigo. *Energy Law in Spain*. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Inigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., 2016, p. 973-1052.

DEL GUAYO, Iñigo. *Regulación*. Madrid: Marcial Pons, 2017.

DEL RÍO, Belén. *La gobernanza global de la energía (global energy governance)*. Navarra: *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, p. 439-473.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 118.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen (Colab. de Suzana Medeiros). *Direito Internacional Privado – Parte Especial: Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DOLZER, Rudolf. *Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*. Santa Clara: *Santa Clara Journal of International Law*, Symposium on the Law and Politics of Foreign Investment, vol. 13, n° 1, 2013, p. 7- 34.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

DOWNIE, Christian. *Global energy governance: do the BRICs have the energy to drive reform?* *International Affairs*, 91, vol. 4, 2015, p. 799-812.

DUBASH, Navroz K; FLORINI, Ann. *Mapping Global Energy Governance*. *Global Policy*, vol. 2, 2011 p. 6–18.

DUPONT, Pierre-Emmanuel. *The Notion of ICSID Investment: Ongoing 'Confusion' or 'Emerging Synthesis'?*. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, n. 245, 2011, p. 247-260.

EDF Energies Nouvelles. *Pirapora*. Disponível em: <<https://www.edf-renouvelables.com/en/project/pirapora-1-3/>>. Acesso em: 25 fev. 2020.

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=205391>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Balanço Energético Nacional 2019*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-2019>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *EPE participa do Ciclo de Debates para Transição Energética*. Apresentação diretor José Mauro Coelho sobre transição energética de 25 de abril de 2019. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/imprensa/noticias/epe-participa-do-ciclo-de-debates-para-transicao-energetica>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Informe à imprensa*. Primeiro leilão de energia eólica do país viabiliza a construção de 1.805,7 MW. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/sites-pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/PublicacoesArquivos/publicacao-90/20091214_1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2020.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Leilões*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/leiloes-de-energia/leiloes>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

EMPRESA DE PESQUISA ENERGÉTICA. *Plano Nacional de Energia*. Nota Técnica DEA 05/13 Termo Referência (TDR) para elaboração do PNE 2050. Disponível em: <http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Annex 1 to the Final Act of the European Energy Charter Conference*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Approved topics for the modernisation of the Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/media/news/article/approved-topics-for-the-modernisation-of-the-energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Bucharest Energy Charter Declaration*. Disponível em: <https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/ECC/20181128-FINAL_Bucharest_Energy_Charter_Declaration.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2020.

ENERGY CHARTER TREATY. *Energy Charter Conference Decisions*. Disponível em: <<https://energycharter.org/what-we-do/conference-decisions/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Final Act of the European Energy Charter Conference*. Disponível em: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_Final_Act.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Frequently Asked Question about the Energy Charter Process*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/frequently-asked-questions/>>. Acesso em: 12 ago. 2019. “

ENERGY CHARTER TREATY. *Meeting of the Energy Charter Conference*. Disponível em: <<https://energycharter.org/who-we-are/energy-charter-conference/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*. Disponível em: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/1994_PEEREA.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *Russian Federation*. Disponível em: <<https://energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/russian-federation/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-efficiency-protocol/>>. Acesso em: 24 jan. 2020.

ENERGY CHARTER TREATY. *The Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 09 ago. 2019.

ENERGY CHARTER TREATY. *The International Energy Charter Consolidated Energy Charter Treaty with Related Documents*, 1994. Disponível em: <<https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: Direito GV, Vários Tradutores, 2013.

EQUINOR. *Complexo Solar Apodi entra em operação comercial*. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/complexo-solar-apodi-entra-em-operacao-comercial.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

EQUINOR. *Petrobras e Equinor assinam Memorando de Entendimento (MoU) para avaliação conjunta de projetos eólicos offshore*. Disponível em: <<https://www.equinor.com.br/pt/noticias/petrobras-e-equinor-assinam-memorando-de-entendimento--mou--para.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

ESCUADERO, Manuel López. Arbitrajes de inversiones contra España por los recortes en los incentivos a la generación eléctrica mediante energías renovables. In: NANCLARES, José Martín y Pérez de (Dir.). *España y la práctica del Derecho internacional: LXXXV Aniversario de la Asesoría Jurídica Internacional del MAEC*. Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Colección Escuela Diplomática, 2014, p. 223-265.

ESPA, Ilaria; DURAN, Marín. Renewable Energy Subsidies and WTO Law: Time to Rethink the Case for Reform Beyond Canada – Renewable Energy/Fit Program. Oxford: *Journal of International Economic Law*, vol. 21, issue 3, 2018, p. 621–653.

ESPAÑA. *Anteproyecto de Ley por la que se regulan y liberalizan las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica*. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-1997-2738>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

ESPAÑA. *Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía*: Plan Nacional Integrado de Energía y Clima (PNIEC) 2021-2030. Disponível em: <<https://www.idae.es/informacion-y-publicaciones/plan-nacional-integrado-de-energia-y-clima-pniec-2021-2030>>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ESPAÑA. *Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital*. La Energía en España 2016. Disponível em: <<https://energia.gob.es/balances/Balances/LibrosEnergia/energia-espana-2016.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019. p. 53.

ESPAÑA. *Plan de Acción Nacional de Energías Renovables de España (PANER) 2011–2020*. Disponível em: <http://www.ebb-eu.org/legis/ActionPlanDirective2009_28/national_renewable_energy_action_plan_spain_es.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019

ESPAÑA. *Plan de Energías Renovables en España 2005-2010*. Disponível em: <<https://www.idae.es/publicaciones/plan-de-energias-renovables-en-espana-2005-2010>>. Acesso em: 11 set. 2019.

ESPAÑA. *Plan de Fomento de las Energías Renovables en España 2000-2010*. Disponível em: <https://www.idae.es/uploads/documentos/documentos_4044_PFER2000-10_1999_1cd4b316.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2019.

ESPAÑA. *Plan Energético Nacional 1991-2000*. Disponível em: <http://www.congreso.es/public_oficiales/L4/CONG/BOCG/E/E_169.PDF>. Acesso em: 08 nov. 2019.

ESPAÑA. *Programa Nacional de Reformas, Reino de España, 2012*. Disponível em: <http://www.hacienda.gob.es/CDI/programanacionaldereformas/pnr_2012.pdf>. Acesso em: 12 set. 2019.

ESPAÑA. Tribunal Constitucional. Pleno, Sentencia num. 270/2015. Navarra: Aranzadi, 17 dez. 2015, p. 1-28.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia núm. 1386/2019. Navarra: Aranzadi, p. 1-12, 16 out. 2019.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia núm. 182/2018. Navarra: Aranzadi, 07 fev. 2018, p. 1-48.

ESPAÑA. *Tribunal Supremo*: Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso n. 40/2011. Navarra: Aranzadi, 12 abril 2012, p. 1-14.

EUROPA PRESS. *Las nucleares de Lemóniz, Valdecaballeros y Trillo II reciben compensaciones por 5.500 millones*. Disponível em: <<https://www.europapress.es/economia/energia-00341/noticia-economia-energia-nucleares-lemoniz-valdecaballeros-trillo-ii-reciben-compensaciones-5500-millones-20060417181610.html>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

EUROPEAN BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT. Disponível em: <<https://www.ebrd.com/home>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *2020 Climate & Energy Package*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_pt>. Acesso em: 13 nov. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Building the energy union*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/energy/en/topics/energy-strategy-and-energy-union/building-energy-union>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. COM(2017) 7384. *State Aid Decision European Commission Decision on State aid SA.40348*. Support for electricity generation from renewable energy sources, cogeneration and waste, 10 November 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/258770/258770_1945237_333_2.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. COM(2018) 547. *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Protection of intra-EU investment*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&rid=8>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. COM(97)599 final (26/11/1997). *Energy for the Future: Renewable Sources of Energy*. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/white_papers/pdf/com97_599_en.pdf>. Acesso em: 08 mai. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. *Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in Achmea and on Investment Protection in the European Union*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0767&from=EN>>. Acesso em: 12 nov. 2019.

EUROPEAN COMMISSION. SEC(2008) 57. Commission Staff Working Document: The support of electricity from renewable energy sources. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2008/0057/COM_SEC\(2008\)0057_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/registre/docs_autres_institutions/commission_europeenne/sec/2008/0057/COM_SEC(2008)0057_EN.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

EUROPEAN COUNCIL. OJ C241, 25.9.1986. *Resolução do Conselho de 16 de setembro de 1986 relativa a novos objetivos comunitários de política energética para 1995 e à convergência das políticas dos Estados-membros*, 1986. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925(01))>. Acesso em: 10 mai. 2019.

EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION. *Free Trade Agreement Between the EFTA States and the Central American States*. Disponível em: <<https://efta.int/media/documents/legal-texts/free-trade-relations/central-america/EFTA-Central-America-free-trade-agreement.pdf>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

EUROPEAN UNION LAW. *Diretiva (UE) 2019/944 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de junho de 2019, relativa a regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que altera a Diretiva 2012/27/EU*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0944>>. Acesso em: 22 fev. 2020.

EUROPEAN UNION LAW. COM (2000) 769 final. *Libro Verde: Hacia una estrategia europea de seguridad del abastecimiento energético*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0769>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

EUROPEAN UNION LAW. OJ C241, 25.9.1986. *Resolução do Conselho de 16 de Setembro de 1986 relativa a novos objetivos comunitários de política energética para 1995 e à convergência das políticas dos Estados-membros*, 1986. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31986Y0925(01))>. Acesso em: 10 jun. 2019.

EUROPEAN UNION LAW. OJ L253, 18.9.1993. *Decisão do Conselho de 13 de setembro de 1993 relativa à promoção das energias renováveis na Comunidade (programa Altener)*, 1993. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=OJ:L:1993:235:TOC>>. Acesso em: 10 mai. 2019.

EUROPEAN UNION. *Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their Member States, of the one part, and Georgia, of the other part*. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0830(02))>. Acesso em: 02 jan. 2020.

EUROSTAT. *Energy from Renewable Sources*. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/energy/data/shares>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

EUROSTAT. *Share of renewable energy in gross final energy consumption*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/t2020_31/default/bar?lang=en>. Acesso em: 22 mar. 2019.

EXAME. *Bolsonaro nega que tributará energia solar, mas diz que decisão é da Aneel*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/bolsonaro-nega-que-tributara-energia-solar-mas-diz-que-decisao-e-da-aneel/>>. Acesso em: 13 jan. 2020.

FATOUROS, Arghyrios A. *An international legal framework for energy*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, vol. 332, 2008, p. 363-446.

FIGUEIRAS, Baltazar de Jesus Pina Patuleia. *Mecanismos de incentivos ao fotovoltaico: estudo comparativo Portugal/Brasil*. 86 f. Dissertação (Mestrado Integrado em Engenharia da Energia e do Ambiente) – Faculdade de Ciências, Universidade de Lisboa, 2013.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FINEP. *Inova Energia Disponível*. em: <<http://www.finep.gov.br/apoio-e-financiamento-externa/historico-de-programa/programas-inova/inova-energia>>. Acesso em: 17 jan. 2020.

FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. The Art of Getting a Project Finance Deal Through. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014.

FONSECA, Karla Closs. *Investimentos estrangeiros: regulação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008.

FRANKFURT SCHOOL-UNEP CENTRE. *Global Trends in Renewable Energy Investment 2018*. Disponível em: <http://www.greengrowthknowledge.org/sites/default/files/downloads/resource/Global_Trends_in_Renewable_Energy_Investment_Report_2018.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2019.

FREITAS, Rafael Véras de. *Expropriações normativas*. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2015.

G8 INFORMATION CENTRE. *Climate Change, Clean Energy and Sustainable Development*. Disponível em: <<http://www.g8.utoronto.ca/summit/2005gleneagles/climatechange.pdf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

GABRIEL, Vivian Daniele Rocha; COSTA, Jose Augusto Fontoura. O Brasil e a proteção jurídica dos investimentos estrangeiros: da negociação de novos acordos à reflexão sobre o seu cumprimento a partir da arbitragem de investimentos, em Revista Com-Texto, *Revista de Derecho y Economía*, no 46, 2018, p. 57-75.

GALÁN VIOQUE, Roberto. El nuevo modelo español de fomento de las energías renovables en el contexto del derecho de la Unión Europea y de la crisis económica. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (Dir.). *Estudios Jurídicos Hispano-Lusos de los servicios en Red: (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*. Madrid: Ed. Dykinson, 2015, p. 97-136.

GALÁN VIOQUE, Roberto. El ocaso de las energías renovables en España. La quiebra del modelo español de fomento de las energías renovables. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Org.). *Estudos de Direito da Energia*. Coimbra: Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 0, 2014, p. 41-66.

GALÁN VIOQUE, Roberto. La integración de las energías renovables en el mercado energético. In: GONZÁLEZ RÍOS, Isabel; GALÁN VIOQUE, Roberto. (Orgs.). *Derecho de las Energías Renovables y la Eficiencia Energética en el Horizonte 2020*. Navarra: Aranzadi, 2017, p. 69-95.

GALÁN VIOQUE, Roberto. La situación de las energías renovables en la Unión Europea y en particular en España – La anómala “cohabitación” de sistemas nacionales de fomento con la existencia de un mercado interior de la energía. In: CAVALCANTI, Caio César Torres (Coord.). *O Direito da Energia no Contexto Ibero-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ed. Synergia, 2017, p. 359-382.

GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2952567>>. Acesso em: 09 abr. 2019, p. 3.

GARNER, Bryan A. (Ed.) *Black's Law Dictionary*. Thomson West, 8ª ed., 2007.

GENTRY, Bradford S.; RONK, Jennifer J. International Investment Agreements and Investments in Renewable Energy. In: GENTRY, Bradford S.; PARKER, Leslie; RONK, Jennifer J. *From Barriers to Opportunities: Renewable Energy Issues in Law and Policy*. Yale School of Forestry and Environmental Studies. Disponível em: <http://environment.research.yale.edu/documents/downloads/0-9/11-03-Gentry_Ronk.Pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

GERAETS, Dylan; REINS, Leonie. Article 1: Definitions. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, 2018, p. 14-48.

GIANNAKOPOULOS, Charalampos. The Right to Regulate in International Investment Law and the Law of State Responsibility: A Hohfeldian Approach. In: PAZARTZIS, Photini; MERKOURIS, Panos. *Permutations of Responsibility in International Law*. Brill Nijhoff: Queen Mary Studies in International Law, vol. 36, p. 148-184, 2019, p. 148.

GJUZI, Jola. *Stabilization Clauses in International Investment Law: A Sustainable Development Approach*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2018.

GOLDTHAU, Andreas; WITTE, Jan Martin. *From Energy Security to Global Governance*, 2010. ENSEC. Disponível em: <http://www.ensec.org/index.php?option=com_content&view=article&id=234:from-energy-security-to-global-energy-governance&catid=103>. Acesso em: 18 abr. 2019.

GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. *Régimen Jurídico-Administrativo de las Energías Renovables y de la Eficiencia Energética*. Navarra: Aranzadi, 2011.

GREENPEACE. *Greenpeace International*. Disponível em: <<https://www.greenpeace.org/international/>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

GUERRA, Sergio. Regulação estatal sob a ótica da organização administrativa brasileira. In: GUERRA, Sergio (Org.). *Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014, p. 373-396.

GURURAJA, Jayarao. Financing Energy for Sustainable Development. In: BRADBROOK, Adrian J., LYSTER, Rosemary; OTTINGER, Richard L.; XI, Wang. *The Law of Energy for Sustainable Development*. Cambridge University Press, 2009, p. 222-230.

HÄNNI, Julia. Energy Transition in Switzerland. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, 2018, p. 43-57.

HEFFRON, Raphael J.; RØNNE, Anita; TOMAIN, Joseph P.; BRADBROOK, Adrian; TALUS, Kim. A treatise for energy law. Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 11, issue 1, mar. 2018, p. 34-48.

HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The development of energy law in the 21st century a paradigm shift? Oxford: *Journal of World Energy Law & Business*, vol. 9, issue 3, 2016, p. 189-202, 2016.

HEFFRON, Raphael J.; TALUS, Kim. The evolution of energy law and energy jurisprudence: Insights for energy analysts and researchers. Elsevier, *Energy Research & Social Science*, vol. 19, 2016, p. 1-10, 2016, p. 1.

HESELHAUS, Sebastian. Energy Transition Law and Economics. In: MATHIS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Ed.) *Energy Law and Economics*. Springer International Publishing, Economic Analysis of Law in European Legal Scholarship, vol. 5, 2018, p. 19 – 41.

HOFFMAN, Scott. L. *The Law and Business of International Project Finance*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2008, p. 223.

HOFFMAN, Scott. Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. *The Business Lawyer*, vol. 45, 1989, p. 181-232.

HOYOS, Juan Camilo. The Role of Bilateral Investment Treaties in Mitigating Projectfinance's Risks: The Case of Colombia. Syracuse: *Syracuse Journal of International and Commercial Law*, vol. 40, 2012-2013, p. 285-317.

INTERNATIONAL ATOMIC ENERGY AGENCY. *About*. Disponível em: <<https://www.iaea.org/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/15, Final Award, 31 May 2019. Disponível em: <<https://icid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/15>>. Acesso em: 24 set. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/31, Final Award, 15 June 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/31>>. Acesso em: 23 set. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cases Database*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>>. Acesso em: 30 jan. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Cube Infrastructure Fund Sicav and Others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/20,

Decision on Jurisdiction, Liability and Partial Decision on Quantum, 19 Feb 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/20>>. Acesso em: 03 fev. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.L. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Hydro S.r.l. v. Republic of Albania*. ICSID Case n. ARB/15/28, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/28>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Inversión y Gestión de Bienes, IGB, S.L. and IGB18 Las Rozas, S.L. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/12/17. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/17>>. Acesso em: 09 fev. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/1, Final Award, 16 May 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/1>>. Acesso em: 18 set. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Nextera Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/14/11, Decision on Jurisdiction, Liability and Quantum Principles, 12 March 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/14/11>>. Acesso em: 07 jan. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/36, Final Award, 06 Sep. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/36>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *RREEF Infrastructure (G.P.) Ltd. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/30, Decision on Responsibility and on the Principles of Quantum, 30 Nov 2018. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/30>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/38, Final Award, 31 July 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/38>>. Acesso em: 07 fev. 2020.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/15/1, Final Award, 2 Dec. 2019. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/15/1>>. Acesso em: 07 fev. 2020. §.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *A new approach to energy and sustainable development - the Sustainable Development Scenario*. Disponível em: <<https://www.iea.org/newsroom/news/2017/november/a-new-approach-to-energy-and-sustainable-development-the-sustainable-development.html>>. Acesso em: 17 abr. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *About*. Disponível em: <<https://www.iea.org/about/>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Brazil joins IEA as an Association country, reshaping international energy governance, 2017*. Disponível em: <<http://www.iea.org/newsroom/news/2017/october/brazil-joins-iea-as-an-association-country-reshaping-international-energy-govern.html>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Concentrating solar power (CSP): Tracking Clean Energy Process*. Disponível em: <<https://www.iea.org/tcep/power/renewables/concentratingsolarpower/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Data and statistics for Germany*. Disponível em: <<https://www.iea.org/data-and-statistics>>. Acesso em 12 jan. 2020.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA Membership*. Disponível em: <<https://www.iea.org/countries/members/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA World Energy Balances 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-balances-2018>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Renewable Energy Medium-Term Market Report 2015: Market Analysis and Forecasts to 2020*. p. 1-8, 2015. Executive Summary. Disponível em: <<https://www.iea.org/Textbase/npsum/MTrenew2015sum.pdf>>. Acesso em 23 jan. 2018

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Statistics data browser*. Disponível em: <<https://www.iea.org/statistics/>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *What is energy security? Defining energy security*. Disponível em: <<https://www.iea.org/topics/energysecurity/whatisenergysecurity/>>. Acesso em: 17. mai. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2018*, 2018. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-investment-2018>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Investment 2019*. Disponível em: <<https://www.iea.org/wei2019/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2017 Special Report: Energy Access*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/weo-2017-special-report-energy-access-outlook>>. Acesso em: 05 out. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook 2018: Executive Summary*, 2018. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/download/summary/190?fileName=English-WEO-2018-ES.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2019.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *World Energy Outlook: Executive Summary*, 2017. Disponível em: <https://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WEO_2017_Executive_Summary_English_version.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *About IRENA*. Disponível em: <<http://www.irena.org/aboutirena>>. Acesso em: 12 abr. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *History*. Disponível em: <<https://www.irena.org/history>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Hydropower*. Disponível em: <<https://www.irena.org/hydropower>>. Acesso em: 07 jun. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *IRENA Welcomes Brazil's Decision to Seek Membership of the Agency*. Disponível em: <<http://www.irena.org/newsroom/pressreleases/2018/Feb/IRENA-Welcomes-Brazils-Decision-to-Seek-Membership-of-the-Agency>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Renewable Energy Targets*. Disponível em: <<http://resourceirena.irena.org/gateway/dashboard/index.html>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Solar Energy Data. Installed Capacity Trends*. Disponível em: <<https://www.irena.org/en/solar>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Statute of IRENA*, 2009. Disponível em: <https://www.irena.org/-/media/Files/IRENA/Agency/About-IRENA/Statute/IRENA_FC_Statute_signed_in_Bonn_26_01_2009_incl_declaration_on_further_authentic_versions.pdf?la=en&hash=635C494208DD405EA8CD2BDB04414FEC40F55F1>. Acesso em: 14 abr. 2018.

INTERNATIONAL RENEWABLE ENERGY AGENCY. *Unlocking Renewable Energy Investment: The role of risk mitigation and structured finance*. Disponível em: <<https://www.irena.org/publications/2016/Jun/Unlocking-Renewable-Energy-Investment-The-role-of-risk-mitigation-and-structured-finance>>. Acesso em: 05 abr. 2019.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*. ICSID Case No. ARB/05/22. 24 de julho de 2008. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/157>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 062/2012, Final Award, 21 Jan. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Fedax NV v. The Republic of Venezuela*. ICSID Case No. ARB/96/3. 11 de julho de 1997. Disponível em: <<http://italaw.com/documents/Fedax-July1997-2.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 150/2015, Final Award, 14 Nov. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/7001>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 153/2013, Final Award, 12 Jul. 2016, Spanish Official Version. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/documents/6172>>. Acesso em: 11 set. 2019.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia (ICSID Case No. ARB/05/10)*. Decisão para anulação em 16 de abril de 2009. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/646>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. Kingdom of Spain*. SCC Case n. 063/2015, Final Award, 15 Feb. 2018. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/6613>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Salini Construtora S.P.A. v. Kingdom of Morocco*. ICSID Case No. ARB/00/4. 23 de julho de 2001. Disponível em: <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2019.

ISFER, Renata Beckert. A evolução histórica do setor elétrico brasileiro. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 337-353.

ITAMARATY. *Pretendida Contribuição Nacionalmente Determinada para Consecução do Objetivo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima*. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/BRASIL-iNDC-portugues.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2020.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. *España, Europa, Globalización: La modernización del Derecho*. Estudios (2014-2019). Sevilla: Global Law Press -Editorial Derecho Global, 2019.

JUILLARD, Patrick. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law, vol. 250, 1994, p. 9-216.

JURCA, Anna Milena. The *Energiewende*: Germany's Transition to an Economy Fueled by Renewables. *The Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 141, 2014, p. 141-178.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 13. ed. rev., atual. e ampl., 2018.

KAISER, Jonas; RHOMBERG, Markus; MAIREDER, Axel; SCHLOGL, Stephan. *Energiewende's Lone Warriors: A Hyperlink Network Analysis of the German Energy Transition Discourse*. *Media and Communication*, vol. 4, Issue 4, 2016, p. 18-29.

KLEINEBERG, Christoph. *Vertical Integration and Regulation: An Analysis of Vertical Unbundling from a Competition Law and Competition Economics Perspective*. Cham: Springer, Springer Briefs in Law, 2019.

KRIEBAUM, Ursula. Regulatory Takings: Balancing the Interests of the Investor and the State. Leiden: *Journal World Investment & Trade*, vol. 8, issue 5, 2007, p. 717-744.

KOSKENNIEMI, Martti. International law in the world of ideas. In: CRAWFORD, James; KOSKENNIEMI, Martti (Ed.). *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, 2012, p. 46-63.

KÜHN, Wolfgang; WIEGEL, Ulrike. The application of International Law and treaty provisions by arbitrators. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, v. 4, p. 451-472, 2003, p. 456.

LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew; ABU GOSH, Ehab S. *International Energy Governance: Selected Legal Issues*. Cheltenham: Edward Elgar, 2014.

LEAL-ARCAS, Rafael; FILIS, Andrew. Certain legal aspects of the multilateral trade system and the promotion of renewable energy. In: LIM, C. L.; MERCURIO, Bryan. (Eds.), *International Economic Law after the Global Crisis: A Tale of Fragmented Disciplines*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 482-518.

LEAL-ARCAS, Rafael; MINAS, Stephen. *Mapping the International and European Governance of Renewable Energy*. Oxford: Yearbook of European Law, vol. 35, n. 1, 2016, p. 621-666.

LEAL-ARCAS, Rafael. Introduction. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, 2018, p. 1-5.

LEAVY, James. The Calvo doctrine in Latin American loans. *International Financial Law Review*, v. 4, issue 10, 1985.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013, p.1-33.

LIMAO, Wang; HONGQIANG, Li; SHENGKUI, Cheng. A Study of the Ecological Effects of Solar Energy Development in Tibet. *Mountain Research and Development*, vol. 32, nº. 1, Water Resources in the UpperIndus Basin and Beyon, 2012.

LIMMER, Flavia Da Costa. Princípios Constitucionais do Direito Ambiental e suas relações com o setor de Petróleo e Gás. Rio de Janeiro: *Revista Brasileira de Direito do Petróleo, Gás e Energia*, v. 5, n.1, 2018, p. 171-188.

LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana Mercedes. The Sun Behind the Clouds? Enforcement of Renewable Energy Awards in the EU. Cambridge: Cambridge University Press, *Transnational Environmental Law*, vol, 8, issue 2, p. 279-302, 2019, p. 289.

LOWENFELD, Andreas F. *International economic law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

LUIS, Daniel Tavela. *Proteção do investimento estrangeiro: o sistema do Centro Internacional para a Resolução de Disputas Relativas ao Investimento (CIRDI) e suas alternativas*. 2013. 189 f. Tese (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. Energy, international environmental law and sustainable development, In: LYSTER, Rosemary; BRADBROOK, Adrian. *Energy Law and the Environment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 34-77.

MACLEOD, W. Bentley. *Complexity and Contract*. Olin Working Paper No. 00-1 (forthcoming, *REVUE D'ECONOMIE INDUSTRIELLE*, APRIL 2000), p. 1- 25, 2000, p. 11. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=213869>. Acesso em: 01 mai. 2019.

MAJONE, Giandomenico. Regulation and its modes. In: MAJONE, Giandomenico (Ed.). *Regulating Europe*. Londres: Routledge, 1996, p. 9-27.

MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. Energy Governance: a key challenge in the era of globalization. In: MANZANO, Jordi Jaria i; CHALIFOUR, Nathalie; KOTZE, Luis J. *Energy, Governance and Sustainability*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 1-7.

MARHOLD, Anna-Alexandra. The Interplay Between Liberalization and Decarbonization in the European Internal Energy Market for Electricity. In: MATHIAS, Klaus; HUBER, Bruce R. (Eds.). *Energy Law and Economics*. Cham: Springer International Publishing AG, vol. 5, 2018, p. 59-76.

MARIN, Cayetano Espejo. La producción de electricidad de origen nuclear en España. *Boletín de la A.G.E.*, nº 33, 2002, p. 65-77.

MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA,

Antonio Celso Alves (Coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 319-350.

MARTINOT, Eric. Grid Integration of Renewable Energy: Flexibility, Innovation, and Experience. *Annual Review of Environment and Resources*, vol. 41, 2016, p. 223-251.

MARTINOT, Eric. Renewable energy investment by the World Bank. *Stockholm Environment Institute Boston, Energy Policy* nº 29, 2001.

MARTINS, Carolina de Oliveira. Project finance na indústria do petróleo brasileira. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). *Estudos e pareceres - Direito do Petróleo e Gás*. Renovar, 2015, p. 455.

MASIÁ, Enrique Fernández. España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora. Madrid: *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, 2017, p. 666-676.

MATTEOTTI, Sofya; PAYOSOVA, Tetyana. The Role of Fair and Equitable Treatment Standard: Regulatory Coherence for Trade and Investment in Renewable Energy. In: COTTIER, Thomas; ESPA, Ilaria (Eds.). *International Trade in Sustainable Electricity: Regulatory Challenges in International Economic Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 2017, p. 428-456.

MEJÍA-LEMONS, Diego. Article 10: Promotion, Protection and Treatment of Investments. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, 2018, p. 150-204.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MELO, José Eduardo Soares de. *Dicionário de direito tributário: material e processual*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2a ed. rev. atual e ampl., 2018.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. O que pode ser a participação privada na geração de energia elétrica a partir de usinas termoeletricas: um exercício experimental de neointervencionismo público. In: FILHO, Marçal Justen; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coord.). *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2015, p. 759-783.

MERCOSUR. *Acuerdo Marco de Complementación Energética*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/tratados/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MERCOSUR. *Mercosur/CMC/Rec. 02/09. Directrices de Fuentes Renovables de Energía en el Ámbito del Mercosur*. Disponível em: <http://www.energia.gob.ar/contenidos/archivos/Reorganizacion/rel_inter/OLADE/MERCOSUR_CMC_REC%20N02_09.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MERCOSUR. *Resolución GMC/RES N° 57/93*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documentos-y-normativa/resoluciones/>>. Acesso em: 17 nov. 2019.

MERCOSUR. *Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común*. Disponível em: <<https://www.mercosur.int/documento/tratado-asuncion-constitucion-mercado-comun/>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena. Examining Different Aspects of the Energy Transition. In: MERSINIA, Ioanna; PENTTINEN, Sirja-Leena (Ed.). *Energy Transitions: Regulatory and Policy Trends*. Cambridge: Intersentia, vol. 5, 2018, p.1-8.

MICHAELS, Ralf. The functional method of comparative law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard. *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 340-382.

MICHAELS, Ralf. The Mirage of Non-State Governance. *Utah Law Review*, v. 1, 2010, p. 31-45.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Balanço Energético Nacional*. Disponível em: <<http://epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/balanco-energetico-nacional-ben>>. Acesso em: 03 ago. 2019.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Consulta Pública N° 32 de 03 de julho de 2017. Princípios para Atuação Governamental no Setor Elétrico Brasileiro*. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/c/document_library/get_file?uuid=1192ac71-8f31-009a-4b71-f94af6d2bc3c&groupId=36131>. Acesso em 23 fev. 2020.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. NOTA TÉCNICA PR 04/18: *Potencial dos Recursos Energéticos no Horizonte 2050*. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/Plano-Nacional-de-Energia-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. *Relatório Procedimento de Elaboração do Plano Nacional de Energia*. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/web/guest/secretarias/planejamento-e-desenvolvimento-energetico/publicacoes/relatorio-do-pne-2050>>. Acesso em: 12 jan. 2020.

MINISTERIO DO MEIO AMBIENTE. Acordo de Paris. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: 18 fev. 2020.

MIR, Miguel Cuervo. Evaluación de los Planes Energéticos Nacionales em España. *Revista de História Industrial*, nº 15, 1999, p. 161-178.

MORA RUIZ, Manuela. Revisión en el marco de la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de abril, de fomento de las energías renovables. Madrid: *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, año nº 44, nº 257, 2010, p. 167-196.

MORA RUIZ, Manuela. La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis? Madrid: *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2014, p. 1-22.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOROSINI, Fabio Costa. Globalização e novas tendências em filosofia do direito internacional: a dicotomia entre o público e o privado da cláusula de estabilização: In: MARQUES, Claudia Lima; ARAUJO, Nadia de (Orgs.). *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erick Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 549-572, 2005, p. 566.

MOSE, Tedd Moya. Toward a harmonized framework for international regulation of renewable energy. Oxford: *Uniform Law Review*, vol. 23, issue 2, 2018, p. 373–396.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. In: MUÑOZ MACHADO, Santiago; PARDO, José Esteve (Orgs.). *Derecho de la Regulación Económica: Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Madrid: Portal Derecho, S.A., vol. I., 2009, p. 15-243.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General: La actividad regulatoria de la administración*. Madrid: Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, 2015.

NASCIMENTO, Rodrigo Limp. *Energia Solar no Brasil: Situação e Perspectivas*. Brasília: Câmara dos Deputados, Estudo Técnico, 2017.

NETO, Marçal Justen; COSTA, Camila Batista Rodrigues. A revisão da regulação da geração distribuída de pequeno porte. In: FILHO, Marçal Justen; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (Coord.). *Direito da Infraestrutura: Estudos de Temas Relevantes*. Belo Horizonte: Fórum, p. 223-241, 2019.

NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Luís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009.

NUCLEAR ENERGY AGENCY. *About us*. Disponível em: <<https://www.oecd-nea.org/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

OKO-INSTITUT E.V. *Halbzeit Energiewende Jahresbericht des Öko-Instituts 2015*, 2016. Disponível em: <<https://www.oeko.de/oekodoc/2499/2016-029-de.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Novo perfil da regulação estatal: Administração Pública de Resultados e Análise de Impacto Regulatório*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A ONU e o meio ambiente*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio ambiente/>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Agenda 2030*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Banco Mundial*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Conferências de meio ambiente e desenvolvimento sustentável: um miniguia da ONU*, 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conferencias-de-meioambiente-e-desenvolvimento-sustentavel-miniguia-da-onu/>>. Acesso em: 20 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Fundo Monetário Internacional*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/fmi/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Renewable energy feed-in tariffs*. Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RE_FIT#>. Acesso em: 10 nov. 2019.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *North American Free Trade Agreement*. Disponível em: <<http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/chap-06.asp>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ORGANIZATION OF THE PETROLEUM EXPORTING COUNTRIES. *Our mission*. Disponível em: <https://www.opec.org/opec_web/en/about_us/23.htm>. Acesso em: 21 mai. 2019.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen. Spain and Investment Arbitration: The renewable energy explosion. Ontario: Centre for International Governance Innovation, *Investor-State Arbitration Series*, paper n. 17, nov. 2016, p. 1-18.

OTTINGER, Richard L.; MATHEWS, Lily; CZACHOR, Nadia Elizabeth. Renewable Energy in National Legislation: Challenges and Opportunities. In: ZILLMAN, Don; REDGWELL, Catherine; OMOROGBE, Yinka; BARRERA-HERNÁNDEZ, Lila K. *Beyond the Carbon Economy: Energy Law in Transition*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 183-206.

OXFAM. *Oxfam International*. Disponível em: <<https://www.oxfam.org/en>>. Acesso em: 15 jun. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. C 326/13. *Versões consolidadas do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT>>. Acesso em: 29 out. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2001/77/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de setembro de 2001 relativa à promoção da electricidade produzida a partir de fontes de energia renováveis no mercado interno da electricidade*, 2001. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0077&from=PT>>. Acesso em: 08 mai. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/28/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa à promoção da utilização de energia proveniente de fontes*

renováveis que altera e subsequentemente revoga as Directivas 2001/77/CE e 2003/30/CE, 2009. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 22 mar. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 2009/72/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de julho de 2009 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade.* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0072&from=ES>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva 96/92/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de dezembro de 1996 que estabelece regras comuns para o mercado interno da electricidade.* Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31996L0092&from=PT>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Directiva (UE) 2018/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativa à promoção da utilização de energia de fontes renováveis.* Artigo 2º, §3º. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0028&from=EN>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

PARLAMENTO EUROPEU. *Regulamento (UE) 2018/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2018 relativo à Governação da União da Energia e da Ação Climática.* Considerando no 59. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1999&from=EN>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

PELLET, Alain. Article 38. In: ZIMMERMANN, Andreas; OELLERS-FRAHM, Karin; TOMUSCHAT, Christian; TAMS, Christian J. (Eds.); KASHGAR, Maral; DIEHL, David (Assist. Ed.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, Oxford Commentaries on International Law Series, 2nd ed., 2012, p. 731-870.

PÉREZ-BUSTAMANTE YÁBAR, David. *Las energías renovables en la Unión Europea: régimen jurídico*. Ed. Madrid: Dykinson, 2011.

PIVA, Sílvia Helena Gomes. *Incentivos Fiscais: uma visão normativa*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

PLAZA, José Ignacio Morales. *Las claves del éxito de la inversión en energías renovables: la transición de un modelo económico “energívoro” a un modelo económico sostenible*. Madrid: Marcial Pons, Instituto de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Alcalá, 2012.

POSNER, Richard A. *Theories of Economic Regulation*. *Nber Working Paper Series*, working paper n. 41, 1974, p. 1-36.

PRADO, Thiago Guilherme Ferreira. *Políticas Públicas e Programas de Desenvolvimento Energético com foco em Energias Renováveis no Brasil: do planejamento setorial de infraestrutura em energia às perspectivas de mudanças globais para o acesso e uso de recursos energéticos*. 2014. 256 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Tecnologia, Departamento de Engenharia Elétrica, Universidade de Brasília, Distrito Federal.

R PROJECT. Disponível em: <<https://www.r-project.org/>>. Acesso em: 27 mar. 2019.

REDGWELL, Catherine. International Regulation of Energy Activities. In: ROGGENKAMP, Martha; REDGWELL, Catherine; RØNNE, Anita; DEL GUAYO, Iñigo del (Ed.). *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 3rd ed., 2016, p. 13-136.

REINISCH, August. Expropriation. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 407-457.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Global Status Reports*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/reports/global-status-report/>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *REN 21 Who we are and REN 21 Members*. Disponível em: <<https://www.ren21.net/your-network/the-ren21-members/>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2005: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2005_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2007: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2007_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2011: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2011_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2013: Global Status Report*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2013_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2015: Global Status Report*. Disponível em: <http://www.ren21.net/wp-content/uploads/2015/07/REN12-GSR2015_Onlinebook_low1.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables 2018: Global Status Report*. Disponível em: <<http://www.ren21.net/gsr-2018/>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *Renewables Global Status Report 2009*. Disponível em: <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/GSR2009_Full-Report_English.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RENEWABLE ENERGY POLICY NETWORK. *The Renewables Global Status Report 2019*. Disponível em <https://www.ren21.net/wp-content/uploads/2019/05/gsr_2019_full_report_en.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

RESTREPO, Tomás. Modification of Renewable Energy Support Schemes Under the Energy Charter Treaty: Eiser and Charanne in the Context of Climate Change. Goettingen: *Goettingen Journal of International Law*, n. 8, 2017, p. 101-137.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem no Setor de Energia Elétrica*. São Paulo: Almedina, 2017.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do direito internacional privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 20, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; CASTRO, Emília Lana de Freitas. Além do Comparativismo: Reflexões sobre o Direito Comparado. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner. *Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos*: Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arreas Ed., 2015, p. 380-396.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Introdução. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 1-7.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 3a ed. rev., atual. e ampl., 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Direito dos Investimentos e o Petróleo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1360/1148>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Expropriação: revisitando o tema no contexto dos estudos sobre investimentos estrangeiros. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 127-158.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Novos Rumos Transnacionais do Direito Internacional Privado. In: MORAES, Carlos Eduardo Guerra de; RIBEIRO, Ricardo Lodi (Coord.); TIBURCIO, Carmen (Org.). *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 6, 2015, p. 417-439.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. *Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP*, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: the case of Bolivia and Brazil. Oxford: *The Journal of World Energy Law & Business*, 2009, p.1-20.

ROWLANDS, Ian H. Renewable energy and international politics. In: DAUVERGNE, Peter (Ed.). *Handbook of Global Environmental Politics*. Cheltenham: Edward Elgar, p. 78-94, 2005, p. 80.

ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. Conceptualizing Comparative International Law. In: ROBERTS, Anthea; STEPHAN, Paul B.; VERDIER, Pierre-Hugues; VERSTEEG, Mila. *Comparative International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 3-32.

ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013

RODRÍGUEZ BAJÓN, Santiago. El concepto de Riesgo Regulatorio: Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites. Madrid: *Revista de Administración Pública*, n. 188, mai.-ago. 2012, p. 189-205.

ROE; Thomas; HAPPOLD, Matthew. *Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

ROEBEN, Volker. *Towards a European Energy Union: European Energy Strategy in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

ROEHRKASTEN, Sybille. *Global Governance on Renewable Energy: Contrasting the Ideas of the German and the Brazilian Governments*. Cham: Springer, 2015.

ROLIM, Maria João C. Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RUIZ OLMO, Irene. *El régimen retributivo de la electricidad fotovoltaica*. 2018. 567 f. Tese (Doutorado) – Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Sevilla, España.

SALACUSE, Jeswald W. The emerging global regime for investment. Cambridge: *Harvard International Law Journal*, v. 51, n. 2, 2010, p. 431-434.

SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford International Law Library, 2nd ed., 2015.

SALACUSE, Jeswald W. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

SANTOS, Alex Taveira dos. Tributação e Energia Solar no Brasil – A extrafiscalidade no setor energético como mecanismo de indução do desenvolvimento nacional. In: CAVALCANTI, Caio César Torres. *O Direito da Energia no Contexto Ibero-Brasileiro*. Rio de Janeiro: Synergia Ed., 2017, p. 1-16.

SCHILL, Stephan W. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law. In: SCHILL, Stephan W. *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 151-182.

SCHILL, Stephan W. Foreign Investment in the Energy Sector: Lessons for International Investment Law. In: BRABANDERE, Eric De; GAZZINI, Tarcisio (Eds.). *Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests*. Leiden: Brill| Nijhoff, 2014, p. 259-282.

SCHILL, Stephan W. The interface between national and international energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 44-76.

SCHILL, Stephan. W(h)ither Fragmentation? On the Literature and Sociology of International Investment Law. Florença: *The European Journal of International Law*, vol. 22, n. 3, 2011, p. 875-908.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCHREUER, Cristoph; WEINIGER, Matthew. A Doctrine of Precedent? In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 1188-1206.

SCOTLAND GOVERNMENT. Scottish Government. Renewable Energy. Disponível em: <<https://www2.gov.scot/renewableenergy#:~:text=What%20are%20we%20aiming%20for,Scotland's%20heat%20demand%20by%202020>>. Acesso em: 06 nov. 2019.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado nº 371, de 2015*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121833>>. Acesso em: 20 jan. 2020.

SILVA, Solange Teles da; DUTRA, Carolina; GUIMARÃES, Lucas Noura de Moraes Rêgo. Solar Energy and the Dawn of ‘Solar Cities’ in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, 2018, p. 183-212.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direito da Energia*. Coimbra Editora, 1ª ed., 2011.

SIMÕES, Fernando Dias. Article 26: Settlement of disputes between an investor and a contracting party. In: LEAL-ARCAS, Rafael (Ed.). *Commentary on the Energy Charter Treaty*. Cheltenham: Elgar Publishing Limited, 2018, p. 338-358.

SOARES, Isabel; CABEZA-GARCÍA, Laura; GARCÍA-ALVAREZ, María Teresa. Assessment of energy policies to promote photovoltaic generation in the European Union. Elsevier: *Energy*, vol. 151, 2018, p. 864-874.

SOARES, Vinicius Fonseca. Regulatory Framework of Wind Power in Brazil. In: COSTA, José Augusto Fontoura; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; GABRIEL, Vivian Daniele Rocha (Eds.). *Energy Law and Regulation in Brazil*. Switzerland: Springer International Publishing, 2018, p. 159-182.

SORNARAJAH, M. *Resistance and change in the international law on foreign investment*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

SORNARAJAH, M. *The international law on foreign investment*. New York: Cambridge University Press, 3rd ed., 2010.

SOVACOOOL, Benjamin K.; FLORINI, Ann. Examining the Complications of Global Energy Governance. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 30, n° 3, 2012, p. 235-264.

SPIERMAN, Ole. Applicable law. In: MUCHLINSKI, Peter. In: MUCHLINSKI, Peter; ORTINO, Federico; SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 89-118.

STEIN, Leandro Konzen. *Direito Econômico da energia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *CEM Cenzig Uzan v. The Republic of Turkey*. SCC Arbitration Case n. 2014/023, Award on Respondent's Bifurcated Preliminary Objection, 20 abr. 2016.

STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *SCC Arbitration Rules*. Disponível em: <https://sccinstitute.com/media/1407444/arbitrationrules_eng_2020.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2020.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Ed. RT, 3. ed., rev. e ampl., 1998.

SUBEDI, Surya P. *International Investment Law: reconciling policy and principle*. Oxford: Hart Publishing, 2nd ed., 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1-DF*. Tribunal Pleno, julgamento 01 set. 2005. *DJe* 03 fev. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 42*. Plenário, julgamento 28 fev. 2018. *DJe* 03 fev. 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 194.704-MG*. Rel. Min. Edson Fachin, julgamento 18 jun. 2017. *DJe* 29 jun. 2017.

TALUS, Kim. Internationalization of energy law. In: TALUS, Kim (Ed.) *Research Handbook on International Energy Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 3-17.

TAMAMES, Ramón. Prólogo. In: AMIGO, Juan Castro-Gil et al. *Riesgo regulatório en las energías renovables*. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 13-27.

TAVARES DA SILVA, Suzana. O Uso de Recursos Renováveis na Energia. In: TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). *Desafios Actuais em Matéria de Sustentabilidade Ambiental e Energética: desafios actuales en materia de sostenibilidad ambiental y energética*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2017, p.73-96.

TIBURCIO, Carmen. *Extensão e Limites da Jurisdição Brasileira: Competência Internacional e Imunidade de Jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016.

TITI, Catharine. The arbitrator as a lawmaker: jurisgenerative processes in investment arbitration. Leiden: Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 14, 2013, p. 829-851.

TITI, Catherine. *The Right to Regulate in International Investment Law*. Studies in International Investment Law. Baden-Baden: Nomos/Hart, 2014.

TITI, Catherine. The right to regulate. In: MBENGUE, Makane Moïse; SCHACHERER, Stefanie (Eds). *Foreign Investment Under the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*. Cham: Springer Nature Switzerland, 2019, p. 159-183.

TREVISANUT, Seline. Foreign Investments in the Offshore Energy Industry: Investment Protection v. Energy Security v. Protection of the Marine Environment. In: TREVES, Tullio; SEATZU, Francesco; TREVISANUT, Seline (Ed.). *Foreign investment, international law and common concerns*. New York: Routledge, 2014, p. 247- 264.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Acórdão do Tribunal de Justiça no caso processo C-573/12*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-206/06. *Essent Netwerk Noord BV v. Aluminium Delfzijl BV*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62006CJ0206&qid=1574095442059&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-379/98. *PreussenElektra AG v. Schleswag AG*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0379&from=EN>>. Acesso em: 18 nov. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-284/16. *Achmea BV v. República Eslováquia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>>. Acesso em: 08 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. C-573/12. *Ålands Vindkraft AB v. Suécia*. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-573/12>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

UNIAO EUROPEIA. OJ C 326, 26.10.2012. *Versão consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>>. Acesso em: 01 jun. 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *Tratado Euratom*. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/about-parliament/pt/in-the-past/the-parliament-and-the-treaties/euratom-treaty>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Arbitration Rules*. Disponível em: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *About UNCTAD*. Disponível em: <<https://unctad.org/en/Pages/aboutus.aspx>>. Acesso em: 13 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Afghanistan - Germany BIT (2005)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international->

investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1/afghanistan---germany-bit-2005->. Acesso em: 19 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between the government of the Kingdom of the Netherlands and the Government of the People's Republic of Bulgaria on mutual encouragement and protection of investments*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4890/download>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between the Republic of Turkey and the Transitional Islamic State of Afghanistan concerning the reciprocal promotion and protection of investments*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2/download>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between the Government of Japan and the Government of the Republic of Kenya for the promotion and protection of investment*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5374/download>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Agreement between Canada and the Republic of Peru for the promotion and protection of investment*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/626/download>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Albania - United States of America BIT (1995)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/47/albania---united-states-of-america-bit-1995->>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Angola - Germany BIT (2003)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/97/angola---germany-bit-2003->>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Argentina - Bulgaria BIT (1993)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/8/argentina>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Argentina - Panama BIT (1996)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/145/argentina---panama-bit-1996->>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Armenia - France BIT (1995)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/174/armenia---france-bit-1995->>>. Acesso em: 19 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Armenia - United States of America BIT (1992)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/199/armenia---united-states-of-america-bit-1992->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Australia - Japan EPA (2014)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3487/australia---japan-epa-2014->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Camboja - France BIT (2000)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/747/cambodia---france-bit-2000->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Croatia BIT (1997)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/51/croatia>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Peru BIT (2006)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/793/canada---peru-bit-2006->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Canada - Ukraine BIT (1994)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/8/argentina>>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *China - Korea, Republic of FTA (2015)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3569/china---korea-republic-of-fta-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *China - Kuwait BIT (1985)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/925/china---kuwait-bit-1985->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Colombia - Singapura BIT (2013)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1005/colombia---singapore-bit-2013->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Congo - United States of America BIT (1990)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/1027/congo---united-states-of-america-bit-1990->>. Acesso em: 21 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU - Kazakhstan EPCA (2015)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/otheriia/3627/eu---kazakhstan-epca-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *EU-Iraq Cooperation Agreement*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3301/eu-iraq-cooperation-agreement>>. Acesso em: 23 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *India - Japan EPA (2011)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/otheriia/3298/india--japan-epa-2011->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *India - Korea, Republic of CEPA (2009)*. Disponível: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3271/india---korea-republic-of-cepa-2009->>. Acesso em: 23 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *International Investment Agreements Navigator*. Disponível em: <<https://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investor-State Disputes arising from Investment Treaties: A Review*. New York and Geneva: *UNCTAD Series on International Investment Policies for Development*, 2015, p. 1-93.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Japan - Mongolia EPA (2015)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3494/japan---mongolia-epa-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Korea, Republic of - New Zealand FTA (2015)*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3629/korea-republic-of--new-zealand-fta-2015->>. Acesso em: 02 jan. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Mapping of IIA Content*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/ii-mapping#section-6>>. Acesso em 15 ago. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Reciprocal Investment Promotion and Protection Agreement Between the Government of the Kingdom of Morocco and the Government of the Federal Republic of Nigeria*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>>. Acesso em: 16 dez. 2019.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Solarpark Management GmbH & Co. Atum I KG v. Kingdom of Spain*. Disponível em:

<<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/838/solarpark-v-spain>>. Acesso em: 05 fev. 2020.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Treaty between the Federal Republic of German and the Islamic Republic of Afghanistan concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/1/download>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT GROUP. *Theory of Change: UNDAF Companion Guide*. Disponível em: <<https://undg.org/wp-content/uploads/2017/06/UNDG-UNDAF-Companion-Pieces-7-Theory-of-Change.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2019.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME. *Feed-in Tariffs as a Policy Instrument for Promoting Renewable Energies and Green Economies in Developing Countries*. Disponível em: <https://unfccc.int/files/documentation/submissions_from_parties/adp/application/pdf/une_p_us_ws2.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2019.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Signatories Parties – European Union*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61063>>. Acesso em: 23 set. 2019.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE. *Signatories Parties - Spain*. Disponível em: <<https://unfccc.int/node/61203>>. Acesso em: 23 set. 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS. *General Assembly Resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962*. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/resources.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

UNITED NATIONS. A/RES/36/193. *United Nations Conference on New and Renewable Sources of Energy*, 1981. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/36/a36r193.htm>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

UNITED NATIONS. *Charter of economic rights and duties of States*. Disponível em: <<https://www.un.org/documents/ga/res/29/ares29.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly A/CONF.100/11. *Report of the United Nations conference on new and renewable sources of energy*, 1981. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/25034/files/A_CONF-100_11-EN.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019. p. 52.

UNITED NATIONS. General Assembly A/CONF.48/14/. *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, 1972. Disponível em:

<https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.48/14/REV.1>. Acesso em 30 mai. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly *Resolution A/73/267 - Ensuring access to affordable, reliable, sustainable and modern energy for all*, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly *Resolution A/73/267*, 2018. Disponível em: <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/73/267&Lang=E>. Acesso em: 17 mai. 2019.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/65/151*, 2011. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/65/151 >. Acesso em: 30 mai. 2019.

UNITED NATIONS. *General Assembly Resolution A/RES/69/315*, 2012. Disponível em: <<https://undocs.org/A/RES/69/315>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. *A/CONF.199/20, Report of the World Summit on Sustainable Development*, 2002. Disponível em: <<https://undocs.org/A/CONF.199/20>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

UNITED NATIONS. *Our Common Future*. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNITED NATIONS. *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2019.

UNITED NATIONS. *Sustainable Energy for All: Energy powers opportunity. It transforms lives, economies, & our planet*. Disponível em: <<https://www.un.org/millenniumgoals/pdf/SEFA.pdf> >. Acesso em: 30 mai. 2019.

UNITED NATIONS. *The Rio Declaration on Environment and Development*, 1992. Disponível em: <http://www.unesco.org/education/pdf/RIO_E.PDF>. Acesso em 01 jun. 2019.

UNITED NATIONS. UN-Energy. *Mission and Activities*. Disponível em: <<https://www.un-energy.org/mission-and-activities/>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 1982. Disponível em: <<https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>>. Acesso em 01 jun. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. *Congressional Research Service*. NAFTA Renegotiation and the Proposed United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA). Disponível em: <<https://fas.org/sgp/crs/row/R44981.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2019.

UNITED STATES OF AMERICA. *U.S. Department of Energy (DOE) Solar Energy Technologies Office*. Disponível em: <<http://energy.gov/eere/sunshot/about>>. Acesso em 12 set. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Department of Energy. 2014: *The Year of Concentrating Solar Power*, 2014, p. 1-13, p. 2. Disponível em: <http://energy.gov/sites/prod/files/2014/05/f15/2014_csp_report.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

VALTERRA, María Cervera. La ordenación jurídica de las energías renovables en la Unión Europea. In: REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. *La regulación de las energías renovables a la luz del derecho de la Unión Europea*. Navarra: Aranzadi, 2017, p. 23-42.

VAN DE GRAAF, Thijs; COLGAN, Jeff. Global energy governance: a review and research agenda. *Palgrave Communications* 2, nr. 15047, 2016, p. 1-12.

VAN DE GRAAF, Thijs. Organizational Interactions in Global Energy Governance. In: KOOPS, Joachim A., BIERMANN, Rafael (Eds.) *Palgrave Handbook of Inter-Organizational Relations in World Politics*. Palgrave Macmillan, 2017, p. 591-610.

VANDEVELDE, Kenneth J. A unified theory of fair and equitable treatment. *International Law and Politics*, v. 43, 2010, p. 43-106.

VARIS, Ozge. International Energy Investments: Tracking the Legal Concept. Groningen: *Groningen Journal of International Law, Energy & Environmental Law*, vol. 2, issue 1, 2014, p. 81-92.

VERBURG, Cees. Modernising the Energy Charter Treaty: An opportunity to enhance legal certainty in investor-state dispute settlement. Leiden: *Journal of World Investment & Trade*, vol. 20, issue 2-3, 2019, p. 425-454.

VIANA, Maurício Boratto; TAVARES, Wagner Marques; LIMA, Paulo César Ribeiro. *Sustentabilidade e as principais fontes de energia*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/21119/politicas_setoriais_ganen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 16 jan. 2020.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018.

VOLPON, Fernanda T. O Mosaico Regulatório da Governança Energética Global. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.); VOLPON, Fernanda T. (Colab.). *Governança Global*. Belo Horizonte: Arraes, vol.1, 2017, p. 249-268.

VOLPON, Fernanda. O desafio do multilateralismo no direito internacional dos investimentos: o fracasso (in)esperado ou bilateralismo inabalável? In: MENEZES, Wagner. *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Ed. Arraes, vol. 14, 2018, p. 199-222.

VOLPON, Fernanda Torres; XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Access to Modern Energy Services for the Promotion of Sustainable Development. In: LEAL FILHO, Walter et al. (Eds.), *Affordable and Clean Energy*. Basel: Springer Nature Switzerland AG, Encyclopedia of the UN Sustainable Development Goals, 2020, p. 1-12.

WÄLDE, Thomas; KOLO, Abba. Environmental regulation, investment protection and 'regulatory taking' in International law. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 50, n. 4, 2001, p. 811-848.

WÄLDE, Thomas. Energy Charter Treaty and its Role in International Energy. Oxfordshire: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, vol. 24, n° 4, 2006, p. 523-558.

WÄLDE, Thomas W. International Energy Law: An introduction to Modern Concepts, Context, Policy and Players. In: SCHNEIDER, Jens-Peter; THEOBALD, Christian. *Handbuch zum Recht der Energiewirtschaft: Die Grundsätze der neuen Rechtslage*. Verlag C.H.Beck München, 2003, p. 1129-1162.

WÄLDE, Thomas. International Energy Investment. Washington: *Energy Law Journal*, vol. 17, 1996, p. 191-215.

WÄLDE, Thomas. International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty. In: WÄLDE, Thomas. *The Energy Charter Treaty: An East-West Gateway for Investment and Trade*. London: Kluwer Law International, 1996, p. 251-320.

WALDIS, Alida. *Avaliação das reformas recentes no setor elétrico brasileiro e sua relação com o desenvolvimento do mercado livre de energia*. 100 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getulio Vargas, Escola de Pós-Graduação em Economia, 2014.

WALTER, André von. Balancing Investors' and Host States' Rights – What Alternatives for Treaty-makers? In: BUNGENBERG, Marc; GRIEBEL, Joern; HINDELANG, Steffen (Ed). *International Investment Law and EU Law. European Yearbook of International Economic Law*. Basel: Springer, 2011, p. 141-143.

WATT, Horatia Muir; BÍZIKOVÁ, Lucia; OLIVEIRA, Agatha Brandão de; ARROYO, Diego P. Fernandez. *Global private international law: adjudication without frontiers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2019.

WAWRYK, Alexandra. International Energy Law: An Emerging Academic Discipline. In: BABIE, Paul; LEADBETER, Paul (Eds.). *Law as Change: Engaging with the Life and Scholarship of Adrian Bradbrook*. University of Adelaide Press, 2014, p. 223-256.

WESTPHAL, Kirsten. Energy Policy between Multilateral Governance and Geopolitics. Whither Europe? *Internationale Politik und Gesellschaft*, n. 4, 2006, p. 44-62.

WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009.

WILDER, Martijn; DRAKE, Lauren. International Law and the Renewable Energy Sector. In: CARLARNE, Cinnamon P.; GRAY, Kevin R.; TARASOFSKY, Richard. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 357-390.

WISER, Ryan H.; PICKLE, Steven J. Financing Investments in Renewable Energy: The Impacts of Policy Design. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, n° 2, 1998.

WORLD BANK GROUP. *Dominican Republic-Central American Free Trade Agreement*. Disponível em: <[https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic\(CAFTA\).pdf](https://wits.worldbank.org/GPTAD/PDF/archive/UnitedStates-DominicanRepublic(CAFTA).pdf)>. Acesso em: 12 dez. 2019.

WORLD BANK GROUP. *Energy & Mining*. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/en/topic/energy>>. Acesso em: 12 jun. 2019.

WORLD BANK. *Sub-Saharan Africa*. Disponível em: <<https://data.worldbank.org/region/sub-saharan-africa>>. Acesso em 16 jun. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS412: Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS426: Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds426_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS452: Unión Europea y determinados Estados Miembros — Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*. Disponível em: <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds452_s.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS456: India — Certain Measures Relating to Solar Cells and Solar Modules*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds456_e.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *DS510: United States — Certain Measures Relating to the Renewable Energy Sector*. Disponível em: <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds510_e.htm>. Acesso em: 10 nov. 2019.

WWF-BRASIL. *Mecanismos de suporte para inserção da energia solar fotovoltaica na matriz elétrica brasileira: modelos e sugestão para uma transição acelerada*. Brasília: WWF-Brasil, 1ª ed., 2015. Disponível em: <http://www.sema.df.gov.br/wp-content/uploads/2017/09/mecanismos_de_suporte_para_insercao_da_energia_solar_1.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2020.

WWF. *World Wild Life*. Disponível em: <<https://www.worldwildlife.org/>>. cesso em: 08 out. 2019.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. 2017. 367 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org); XAVIER JUNIOR, Ely Caetano (Colab.). *Direito Internacional dos Investimentos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 11-43.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Gramma, 1ª ed., 2016.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; COSTA, José Augusto Fontoura. Expropriation in Brazil's Cooperation and Facilitation Investment Agreements: A Failed Attempt to Think Outside the Box. In: SACHS, Lisa E. Sachs; JOHNSON, Lise. *Yearbook on International Investment Law and Policy 2015–2016*. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 444-465.

XAVIER JUNIOR, Ely; VOLPON, Fernanda. Dilemas da Governança Global: Os Indicadores Privados Internacionais e as Políticas Públicas Nacionais. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Arraes, 1ª ed., v. 8, 2016, p. 186-205.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. Os acordos de livre comércio entre tutela do meio ambiente e proteção dos investimentos estrangeiros: uma harmonização ainda limitada. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.); GRAÇA, Daniela Lorena León (Colab.). *Meio Ambiente: perspectivas jurídicas do nacional ao global*. Belo Horizonte: Arraes, v.1, 2018, p. 140-157.

YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015.

ZILLMAN, Donald; ROGGENKAMP, Martha; PADDOCK, LeRoy, GODDEN, Lee. How Technological and Legal Innovation Are Transforming Energy Law. In: ZILLMAN, Donald; ROGGENKAMP, Martha; PADDOCK, LeRoy, GODDEN, Lee (Eds.). *Innovation in Energy Law and Technology: Dynamic Solutions for Energy Transitions*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 1-19.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ; Hein D. *Introduction to comparative law*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

APÊNDICE A

Apêndice 1 - Consumo Total Final de Energia (todas as fontes)

Estado	Unidade: <i>ktoe</i>
República Popular da China	1969366
Estados Unidos da América	1515035
Índia	572288
Rússia	469770
Japão	294047
Brasil	224269
Alemanha	223929
Canadá	191404
República Islâmica do Irã	188480
Coréia do Sul	178709
Indonésia	164728
França	152163
Arábia Saudita	139591
Nigéria	129556
Reino Unido	128231
México	121765
Itália	117898
Turquia	97845
Tailândia	97505
Espanha	82284
Paquistão	81643
Austrália	81255
Polônia	70657
Taiwan	70283
África do Sul	69997
Vietnã	64930
Argentina	61996
Egito	58049
Holanda	57858
Malásia	55950
Emirados Árabes Unidos	52573
Ucrânia	51649
Bélgica	42250
Etiópia	42148
Argélia	37787
Cazaquistão	37655
Suécia	33347
Venezuela	32728
Filipinas	31640

Colômbia	29736
Bangladesh	28773
Áustria	27842
Uzbequistão	26808
Chile	26491
Finlândia	25986
República Checa	25397
República Unida da Tanzânia	23232
Romênia	22878
República Democrática do Congo	21936
Noruega	20562
Omã	20335
Hungria	19387
Suíça	19200
Kuwait	19183
Iraque	18546
Bielorrússia	18444
Cingapura	18425
Peru	18235
Qatar	17997
Turquemenistão	17956
Myanmar	16500
Quênia	16487
Grécia	16413
Portugal	16057
Marrocos	15369
Israel	15161
Nova Zelândia	14615
Dinamarca	13747
Trindade e Tobago	12882
Nepal	12674
Sudão	12378
Angola	12293
Equador	11631
Irlanda	10912
Guatemala	10853
Moçambique	10680
Eslováquia	10252
Líbia	9964
Bulgária	9962
Sri Lanka	9797
Zimbabwe	9656
Hong Kong	9113
Sérvia	9053
Azerbaijão	8992

Zâmbia	8843
Tunísia	7997
Coréia do Norte	7385
Camarões	7313
Costa do Marfim	7231
Croácia	7045
Bolívia	6967
Gana	6828
Síria	6430
Cuba	6413
Bahrein	6359
Camboja	6357
Jordânia	6080
Lituânia	6037
República Dominicana	6017
Paraguai	5245
Líbano	4986
Eslovénia	4986
Honduras	4905
Gabão	4865
Uruguai	4696
Geórgia	4333
Costa Rica	3869
Letônia	3794
Benim	3759
Bósnia e Herzegovina	3677
Luxemburgo	3572
Panamá	3551
Quirguistão	3474
Mongólia	3324
Haiti	3315
Senegal	3014
Islândia	2990
Estônia	2890
República da Moldova	2789
Níger	2786
Nicarágua	2580
El Salvador	2521
Tajiquistão	2487
Iémen	2433
Togo	2285
Armênia	2120
Congo	2077
Albânia	1998
Macedônia	1974

Botswana	1967
Jamaica	1938
Namíbia	1845
Chipre	1511
Kosovo	1468
Brunei	1330
Maurício	832
Montenegro	720
Curaçao - Antilhas Holandesas	693
Eritréia	592
Sudão do Sul	548
Suriname	521
Malta	468
Gibraltar	193

Fonte: INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *IEA World Energy Balances 2018*. Disponível em: <<https://webstore.iea.org/world-energy-balances-2018>>. Acesso em: 11 jun. 2019.

Apêndice 2 – Estados-Partes do Tratado da Carta de Energia

1	Afganistão	Ratificado
2	Albânia	Ratificado
3	Alemanha	Ratificado
4	Armênia	Ratificado
5	Austrália	Não ratificado Aplicabilidade Provisória Parte VII
6	Áustria	Ratificado
7	Azerbaijão	Ratificado
8	Belarússia	Não ratificado Aplicabilidade Provisória
9	Bélgica	Ratificado
10	Bósnia e Herzegovina	Ratificado
11	Bulgária	Ratificado
12	Cazaquistão	Ratificado
13	Chéquia	Ratificado
14	Chipre	Ratificado
15	Croácia	Ratificado
16	Dinamarca	Ratificado
17	Eslováquia	Ratificado
18	Eslovênia	Ratificado
19	Espanha	Ratificado
20	Estónia	Ratificado
21	Finlândia	Ratificado
22	França	Ratificado
23	Georgia	Ratificado
24	Grécia	Ratificado
25	Holanda	Ratificado
26	Hungria	Ratificado
27	Iêmen	Ratificado
28	Irlanda	Ratificado
29	Islândia	Ratificado
30	Japão	Ratificado
31	Jordânia	Ratificado
32	Letónia	Ratificado
33	Liechtenstein	Ratificado
34	Lituânia	Ratificado
35	Luxemburgo	Ratificado
36	Macedônia do Norte	Ratificado
37	Malta	Ratificado
38	Moldova	Ratificado
39	Mongólia	Ratificado
40	Montenegro	Ratificado

41	Noruega	Não ratificou Aplicabilidade Provisória Parte VII
42	Polônia	Ratificado
43	Portugal	Ratificado
44	Quirguistão	Ratificado
45	Reino Unido	Ratificado
46	Romênia	Ratificado
47	Rússia	Não ratificou Confirmou sua intenção em não ratificar (17.04.2018)
48	Suécia	Ratificado
49	Suiça	Ratificado
50	Tajiquistão	Ratificado
51	Turquemenistão	Ratificado
52	Turquia	Ratificado
53	Ucrânia	Ratificado
54	União Europeia e Euratom	Ratificado
55	Uzbequistão	Ratificado

*A Itália assinou o ECT em 17 de dezembro de 1994 e o ratificou em 1997, permanecendo em vigor até depositar o instrumento de denúncia em 31 de dezembro de 2014. Os efeitos da denúncia da Itália passaram a vigorar desde 01 de janeiro de 2016.²⁰⁷⁵

Fonte: ENERGY CHARTER TREATY. *Signatories / Contracting Parties to the Energy Charter Treaty*. Disponível em: <<https://energycharter.org/process/energy-charter-treaty-1994/energy-charter-treaty/>>. Acesso em: 07 ago. 2019.

²⁰⁷⁵ ENERGY CHARTER TREATY. *Italy*. Disponível em: <<https://www.energycharter.org/who-we-are/members-observers/countries/italy/>>. Acesso em: 12 ago. 2019.

Apêndice 3 – Codificação dos Acordos Bilaterais de Investimentos

Códigos:

Menção à energia se refere ao padrão de tratamento nacional: 0 – Não; 1 – Sim

Menção à energia se refere à cláusula da nação mais favorecida: 0 – Não; 1 – Sim

Menção à energia se refere ao padrão de tratamento justo e equitativo: 0 – Não; 1 – Sim

Reserva ao padrão de tratamento com relação ao setor de energia ou bens relativos à energia: 0 – Não; 1 – Sim, reserva genérica; 2 – reserva quanto à aplicabilidade do padrão de tratamento nacional ao investidor estrangeiro

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Albânia	Estados Unidos	11/01/1995	Nuclear	1	0	0	2
Alemanha	Afeganistão	20/04/2005	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Antígua e Barbuda	05/11/1998	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Bahrain	05/02/2007	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Benin	29/06/1978	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Argélia	11/03/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Angola	30/10/2003	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Barbados	02/12/1994	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Bolívia	23/03/1987	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Bósnia e Herzegovina	18/10/2001	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Botswana	23/05/2000	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Brunei	30/03/1998	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Bulgária	12/04/1986	Energia	0	1	0	0
Alemanha	Burkina Faso	22/10/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Burundi	10/09/1984	Energia	1	1	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Alemanha	Camboja	15/02/1999	Energia	1	1	0	0
Alemanha	República Centro Africana	23/08/1965	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Chade	11/04/1967	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Chile	21/10/1991	Energia	1	1	0	0
Alemanha	China	07/10/1983	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Costa Rica	13/09/1994	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Costa do Marfim	27/10/1966	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Croácia	21/03/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Cuba	30/04/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	República Dominicana	01/10/1984	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Equador	28/06/1965	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Egito	05/07/1974	Energia	1	1	0	0
Alemanha	El Salvador	11/12/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Etiópia	19/01/2004	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Gabão	15/09/1998	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Gana	24/02/1995	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Geórgia	25/06/1993	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Guatemala	17/10/2003	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Guiana Francesa	06/12/1989	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Haiti	14/08/1973	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Honduras	21/03/1995	Energia	1	1	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Alemanha	Indonésia	08/11/1968	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Irã	11/11/1965	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Israel	24/06/1976	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Jordânia	13/11/2007	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Quênia	03/05/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Quirguistão	28/08/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Laos	09/08/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Líbano	18/03/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	República Líbia-Árabe	15/10/2004	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Lesoto	11/11/1982	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Macedônia	10/09/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Madagascar	01/08/2006	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Mali	28/06/1977	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Marrocos	06/08/2001	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Ilhas Maurício	25/05/1971	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Moçambique	06/03/2002	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Nepal	20/10/1986	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Nigéria	28/03/2000	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Omã	30/05/2007	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Paquistão	25/11/1959	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Palestina	10/07/2000	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Guiné Bissau	08/11/2006	Energia	1	1	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Alemanha	Peru	30/01/1995	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Filipinas	18/04/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Polônia	10/11/1989	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Qatar	14/06/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Romênia	25/06/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	União Soviética		Energia	1	1	0	0
Alemanha	Ruanda	18/05/1967	Energia	1	1	0	0
Alemanha	São Vicente e Granadina	25/03/1986	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Arábia Saudita	29/10/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Sérvia/Montenegro	10/07/1989	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Somália	27/11/1981	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Sri Lanka	07/02/2000	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Suazilândia	05/04/1990	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Síria	02/08/1977	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Tanzânia	30/01/1965	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Tailândia	24/06/2002	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Togo	16/05/1961	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Trinidad e Tobago	08/09/2006	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Tunísia	20/12/1963	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Turquia	20/06/1962	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Turquemenistão	28/08/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Uganda	29/11/1966	Energia	1	1	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Alemanha	Emirados Árabes Unidos	21/06/1997	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Uruguai	04/05/1987	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Venezuela	14/05/1996	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Zâmbia	10/12/1966	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Zimbabwe	29/09/1995	Energia	1	1	0	0
Alemanha	Iêmen	02/03/2005	Energia	1	1	0	0
Argélia	Mali	11/07/1996	Energia	1	1	0	0
Argélia	Kuwait	30/09/2001	Energia	0	0	0	0
Argélia	Nigéria	14/01/2002	Energia	1	1	0	0
Angola	Brasil	01/04/2015	Planejamento energético	0	0	0	0
Argentina	Estados Unidos	14/11/1991	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Argentina	Alemanha	09/04/1991	Energia	1	1	0	0
Argentina	Panamá	10/05/1996	Eletricidade (Hidroelétrica)	0	0	0	2
Argentina	Bulgária	21/09/1993	Nuclear	1	1	0	2
Armênia	Estados Unidos	23/09/1992	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Armênia	Itália	23/07/1998	Energia	1	1	0	0
Armênia	Malásia	22/05/2012	Energia	0	0	0	0
Armênia	Japão	08/07/2014	Energia	0	0	0	0
Armênia	China	17/06/2015	Energia	0	0	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Áustria	Kuwait	16/11/1996	Energia	1	1	1	0
Azerbaijão	França	01/09/1998	Energia	0	0	1	0
Azerbaijão	Estados Unidos	01/08/1997	Nuclear	1	0	0	2
Azerbaijão	Itália	25/09/1997	Energia	1	1	0	0
Bahrain	Estados Unidos	29/09/1999	Nuclear	1	0	0	2
Bahrain	Itália	29/10/2006	Energia	1	1	0	0
Bangladesh	Itália	20/03/1990	Energia	1	1	0	0
Bangladesh	Emirados Árabes Unidos	17/01/2011	Energia	0	0	0	0
Bangladesh	Estados Unidos	12/03/1986	(Estados Unidos) Energia e Eletricidade (Bangladesh) Nuclear	0	0	1	1
Barbados	Alemanha	02/12/1994	Energia	1	1	0	0
Bielorrússia	Kuwait	10/07/2001	Energia	0	0	0	0
Bielorrússia	Emirados Árabes Unidos	27/03/2000	Energia	1	1	0	0
Bielorrússia	Estados Unidos	15/01/1994	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Bélgica-Luxemburgo União Econômica	Kuwait	28/09/2000	Energia	0	0	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Bolívia	Estados Unidos	17/04/1998	Energia Nuclear	0	0	0	2
Bolívia	Itália	30/04/1990	Energia	1	1	0	0
Bolívia	Suécia	20/09/1990	Energia	0	0	1	0
Brasil	Chile	22/03/1994	Energia Hídrica	1	0	0	2
Brunei	China	17/11/2000	Energia	1	1	0	0
Bulgária	Estados Unidos	23/09/1992	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Camarões	Estados Unidos	26/02/1986	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Croácia	Canadá	03/02/1997	Energia Nuclear	1	0	0	2
Canadá	Peru	14/11/2006	(Canada) Óleo & Gas, Energia Nuclear (Peru) Fontes energéticas	1	1	0	2
Canadá	Ucrânia	24/10/1994	Eletricidade de Energia Nuclear	1	0	0	2
Cabo Verde	Portugal	26/10/1990	Energia	1	1	0	0
China	Nova Zelândia	22/11/1988	Energia	0	1	0	0
China	Emirados Árabes Unidos	01/07/1993	Energia	0	1	0	0
Colômbia	Singapura	12/07/2013	Energia	0	0	0	1

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Colômbia	Reino Unido	17/03/2010	Energia	0	1	0	2
Congo	Estados Unidos	12/02/1990	Energia	1	1	0	2
Croácia	Estados Unidos	13/07/1996	Energia Nuclear	1	0	0	2
Chéquia	Suécia	13/11/1990	Energia	0	0	1	0
Chéquia	Estados Unidos	22/10/1991	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Egito	Estados Unidos	11/03/1986	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
El Salvador	Estados Unidos	10/03/1999	Nuclear	1	1	0	2
Estônia	Estados Unidos	19/04/1994	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Finlândia	Uzbequistão	01/10/1992	Energia	1	0	0	0
França	África do Sul	11/10/1995	Energia	0	0	1	0
França	Albânia	13/06/1995	Energia	0	0	1	0
França	Arábia Saudita	26/06/2002	Energia	0	0	1	0
França	Argentina	03/07/1991	Energia	0	0	1	0
França	Armênia	04/11/1995	Energia	0	0	1	0
França	Azerbaijão	01/09/1998	Energia	0	0	1	0
França	Bahrain	24/02/2004	Energia	0	0	1	0
França	Bangladesh	10/09/1985	Energia	0	0	1	0
França	Bósnia e Herzegovina	12/12/2003	Energia	0	0	1	0
França	Bulgária	05/04/1989	Energia	0	1	0	0
França	Camboja	13/07/2000	Energia	0	0	1	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
França	Chile	14/07/1992	Energia	0	0	1	0
França	China	30/05/1984	Energia	0	1	0	0
França	Chile	14/07/1992	Energia	0	0	1	0
França	Costa Rica	08/03/1984	Energia	0	0	1	0
França	Croácia	03/06/1996	Energia	0	0	1	0
França	Cuba	25/04/1997	Energia	0	0	1	0
França	Chéquia	13/09/1990	Energia	0	0	1	0
França	Etiópia	25/06/2003	Energia	0	0	1	0
França	Equador	07/09/1994	Energia	0	0	1	0
França	Estônia	14/05/1992	Energia	0	0	1	0
França	Filipinas	14/06/1976	Energia	0	0	1	0
França	Geórgia	03/02/1997	Energia	0	0	1	0
França	Guatemala	27/05/1998	Energia	0	0	1	0
França	Guiné Bissau	10/07/2007	Energia	0	0	1	0
França	Haiti	23/05/1984	Energia	0	0	1	0
França	Honduras	28/04/1998	Energia	0	0	1	0
França	Irã	12/05/2003	Energia	0	0	1	0
França	Israel	09/06/1983	Energia	0	0	1	0
França	Jamaica	25/01/1993	Energia	0	0	1	0
França	Cazaquistão	03/02/1998	Energia	0	0	1	0
França	Kuwait	27/09/1989	Energia	0	0	1	0
França	Quirguistão	02/06/1994	Energia	0	0	1	0
França	Laos	12/12/1989	Energia	0	0	1	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
França	Letônia	15/05/1992	Energia	0	0	1	0
França	Libanesa	28/11/1996	Energia	0	0	1	0
França	Lituânia	23/04/1992	Energia	0	0	1	0
França	Madagascar	25/07/2003	Energia	0	0	1	0
França	Moldova	08/09/1997	Energia	0	0	1	0
França	Marrocos	13/01/1996	Energia	0	0	1	0
França	Namíbia	25/06/1998	Energia	0	0	1	0
França	Nepal	02/05/1983	Energia	0	0	1	0
França	Nigéria	27/02/1990	Energia	0	0	1	0
França	Omã	17/10/1994	Energia	0	0	1	0
França	Paquistão	01/06/1983	Energia	0	0	1	0
França	Panamá	05/11/1982	Energia	0	0	1	0
França	Peru	06/10/1993	Energia	0	0	1	0
França	Qatar	08/07/1996	Energia	0	0	1	0
França	República Dominicana	14/01/1999	Energia	0	0	1	0
França	Romênia	21/03/1995	Energia	0	0	1	0
França	União Soviética	14/10/1991	Energia	0	0	1	0
França	Eslovênia	11/02/1998	Energia	0	0	1	0
França	Senegal	26/07/2007	Energia	0	0	1	0
França	Seicheles	29/03/2007	Energia	0	0	1	0
França	Tajiquistão	04/12/2002	Energia	0	0	1	0
França	Trinidad e Tobago	28/10/1993	Energia	0	0	1	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
França	Ucrânia	03/05/1994	Energia	0	0	1	0
França	Uruguai	14/10/1993	Energia	0	0	1	0
França	Uzbequistão	27/10/1993	Energia	0	0	1	0
França	Venezuela	02/07/2001	Energia	0	0	1	0
França	Vietnam	26/05/1992	Energia	0	0	1	0
França	Iêmen	27/04/1984	Energia	0	0	1	0
França	Zimbabwe	04/05/2001	Energia	0	0	1	0
Geórgia	Estados Unidos	07/03/1994	Energia Nuclear	1	0	0	2
Granada	Estados Unidos	02/05/1986	Energia e Eletricidade	1	1	0	1
Haiti	Estados Unidos	13/12/1983	Energia e Eletricidade	1	1	0	1
Honduras	Estados Unidos	01/07/1995	Energia Nuclear	1	0	0	2
Kuwait	Áustria	16/11/1996	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Bielorrússia	10/07/2001	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Bósnia e Herzegovina	13/06/2001	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Bulgária	17/06/1997	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Chéquia	08/01/1996	Energia	1	0	0	0
Kuwait	China	23/11/1985	Energia	0	1	0	0
Kuwait	Croácia	08/03/1997	Energia	1	0	0	0
Kuwait	Etiópia	14/09/1996	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Finlândia	10/03/1996	Energia	1	0	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Kuwait	Hungria	08/11/1989	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Índia	27/11/2001	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Jordânia	21/05/2001	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Cazaquistão	31/08/1997	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Lituânia	05/06/2001	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Polônia	05/03/1990	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Romênia	21/05/1991	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Turquia	27/10/1988	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Suécia	07/11/1999	Energia	1	1	0	0
Kuwait	Argélia	30/09/2001	Energia	1	1	0	0
Índia	Emirados Árabes	12/12/2013	Energia	1	1	0	0
Itália	África do Sul	09/06/1997	Energia	0	0	0	0
Itália	Angola	10/07/1997	Energia	1	1	0	0
Itália	Arábia Saudita	10/09/1996	Energia	1	1	0	0
Itália	Armênia	23/07/1998	Energia	1	1	0	0
Itália	Azerbaijão	25/09/1997	Energia	1	1	0	0
Itália	Bahrain	29/10/2006	Energia	1	1	0	0
Itália	Barbados	25/10/1995	Energia	1	1	0	0
Itália	Bielorrússia	25/07/1995	Energia	1	1	0	0
Itália	Brasil	03/04/1995	Energia	1	1	0	0
Itália	Congo	17/03/1994	Energia	0	0	0	0
Itália	Croácia	05/11/1996	Energia	1	1	0	0
Itália	Cuba	07/05/1993	Energia	1	1	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Itália	Equador	25/10/2001	Energia	1	1	0	0
Itália	Egito	02/03/1989	Energia	1	1	0	0
Itália	Eritréia	26/04/1999	Energia	1	1	0	0
Itália	Etiópia	23/12/1994	Energia	0	1	0	0
Itália	Geórgia	15/05/1997	Energia	1	1	0	0
Itália	Guatemala	08/09/2003	Energia	0	0	0	0
Itália	Hungria	17/02/1987	Energia	1	1	0	0
Itália	Índia	23/11/1995	Energia	1	1	0	0
Itália	Jordânia	21/07/1996	Energia	1	1	0	0
Itália	Cazaquistão	22/09/1994	Energia	1	1	0	0
Itália	Libanesa	07/11/1997	Energia	0	0	0	0
Itália	Quênia	16/09/1996	Energia	1	1	0	0
Itália	Kuwait	17/12/1987	Energia	1	1	0	0
Itália	Lituânia	01/12/1994	Energia	1	1	0	0
Itália	Moçambique	14/12/1998	Energia	1	1	0	0
Itália	Moldávia	19/09/1997	Energia	1	1	0	0
Itália	Nicarágua	20/04/2004	Energia	0	0	0	0
Itália	Omã	23/06/1993	Energia	1	1	0	0
Itália	Peru	05/05/1994	Energia	1	1	0	0
Itália	Qatar	22/03/2000	Energia	1	1	0	0
Itália	Síria	20/02/2002	Energia	1	1	0	0
Itália	República Dominicana	12/06/2006	Energia	0	0	0	0

Parte A	Parte B	Data da assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Itália	Uruguai	21/02/1990	Energia	1	1	0	0
Itália	Uzbequistão	17/09/1997	Energia	1	1	0	0
Itália	Iêmen	25/11/2004	Energia	0	0	0	0
Itália	Vietnam	18/05/1990	Energia	0	1	0	0
Jamaica	Estados Unidos	04/02/1994	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Japão	Camboja	14/06/2007	(Japão) Eletricidade, Nuclear e Gás (Camboja) Eletricidade	1	0	0	2
Japão	Coréia	22/03/2002	(Japão) Eletricidade, Nuclear e Gás (Coréia) Nuclear	1	0	0	2
Japão	Laos	16/01/2008	(Japão) Energia (Laos) Energia e Nuclear	1	0	0	2
Japão	Peru	21/11/2008	(Japão) Eletricidade, Nuclear e Gás (Peru) Fontes Energéticas	0	0	2	

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Japão	Vietnam	14/11/2003	(Japão) Eletricidade, Nuclear e Gás	1	1	0	1
Japão	Uruguai	26/01/2015	(Japão) Eletricidade, Nuclear e Gás	1	0	0	2
Japão	Uzbequistão	15/08/2008	(Japão) Eletricidade, Nuclear e Gás (Uzbequistão) Energia e combustível	1	0	0	2
Jordânia	Estados Unidos	02/07/1997	Energia Nuclear	1	0	0	2
Cazaquistão	Estados Unidos	19/05/1992	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Quirguistão	Estados Unidos	19/01/1993	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Letônia	Estados Unidos	13/01/1995	Energia e Eletricidade	1	0	0	2
Lituânia	Estados Unidos	14/01/1998	Energia Nuclear	1	0	0	2
Austrália	Malásia	22/05/2012	Energia	0	0	0	0
Índia	Singapura	29/06/2005	Energia	0	0	0	0
Brasil	Moçambique	30/03/2015	Energia	0	0	0	0
Brasil	Angola	01/04/2015	Energia	0	0	0	0

Parte A	Parte B	Data de assinatura	Tipo Energia	Tratamento Nacional	Nação mais favorecida	Tratamento justo e equitativo	Reserva ao padrão de tratamento
Bulgária	Argentina	21/09/1993	Energia, Energia Nuclear e Eletricidade	1	0	0	2
Brasil	França	21/03/1995	Energia	0	0	1	0
Colômbia	Peru	11/12/2007	Energia	1	0	0	2
Colômbia	Cuba	16/07/1994	Energia	1	0	0	2
Romênia	Egito	24/11/1994	Energia	0	1	0	0
Nigéria	Argélia	14/01/2002	Energia	1	1	0	0
China	Portugal	09/12/2005	Energia	1	1	0	0
Japão	Mongólia	10/02/2015	Energia	0	0	0	0
Canadá	Servia	01/09/2014	Energia	1	0	0	2

Apêndice 4 – Período de vigência do programa de *feed-in tariff* para energia solar fotovoltaica nos países da OCDE

	Início Vigência	Fim Vigência
Alemanha	2000	2016
Austrália	2008	2017
Áustria	2000	2013
Bélgica	N/A	N/A
Canadá	2006	2014
Chile	N/A	N/A
Chéquia	2006	2013
Coréia	2003	2011
Dinamarca	2000 2009	2002 2017
Eslovênia	2009	2017
Espanha	2000	2012
Estados Unidos	2008	2017
Estônia	2003	2017
Finlândia	N/A	N/A
França	2001	2014
Grécia	2000 2007	2004 2015
Grã-Bretanha	2010	2017
Holanda	2003	2017
Hungria	2001 2017	2006
Irlanda	N/A	N/A
Islândia	N/A	N/A
Israel	2009	2013
Itália	2005	2017
Japão	2010	2017
Letônia	2003	2011
Lituânia	2013	2015
Luxemburgo	2006	2014
México	N/A	N/A
Noruega	N/A	N/A
Nova Zelândia	N/A	N/A
Polônia	N/A	N/A
Portugal	2000	2017
República Eslováquia	2009	2016
Suécia	2000	2002

Suíça	2005	2017
Turquia	2006	2017

Fonte: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT²⁰⁷⁶

²⁰⁷⁶ A tabela foi elaborada pela autora deste trabalho utilizando os dados disponibilizados pela ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT na sua plataforma de dados estatísticos no campo “*Environmental policy*” – “*Renewable energy feed-in tariffs*”, contabilizando todos os países que apresentavam algum dado financeiro para *solar PV*. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Renewable energy feed-in tariffs*. Disponível em: <https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=RE_FIT#>. Acesso em: 10 nov. 2019.

Apêndice 5 – Quadro evolutivo do marco regulatório espanhol

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<i>Ley 82/1980</i>	30 de dezembro de 1980	Lei sobre Conservação da Energia	
<i>Real Decreto 2366/1994</i>	9 de dezembro de 1994	Regulamento da <i>Ley 82/1980</i> que introduziu, entre outros aspectos, a expressão ‘ regime especial’ e criou o <i>Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica (RIPRE)</i>	
<i>Ley 40/94</i>	30 de dezembro de 1994	Lei que regulou o Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) e consolidou o conceito de regime especial	

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<i>Ley 54/1997</i>	27 de novembro de 1997	Lei do Setor Elétrico: implementou a diferenciação entre os regimes de remuneração ordinário e especial para geração de energia elétrica	
<i>Real Decreto 2818/1998</i>	23 de dezembro de 1998	Regulamento da <i>Ley 54/1997</i> . Introduziu os requisitos e procedimentos para qualificação dos investidores ao regime especial, assim como estabeleceu um prêmio para aquelas instalações com capacidade maior que 50MW que utilizassem fontes renováveis como energia primária não consumíveis e não hidráulicas, biomassa, biocombustíveis ou resíduos agrícolas, agropecuária ou de serviços	incerteza jurídica gerada aos investidores em energia renovável já que o seu artigo 32 estabelecia a possibilidade de revisão do prêmio a cada quatro anos
<i>Real Decreto-ley 6/2000</i>	23 de junho de 2000	Criou uma obrigação para determinadas instalações submetidas ao regime especial a realizar ofertas econômicas ao operador de mercado para cada período de programação, assim como reverter seu excedente de energia elétrica com direito a prêmio, ampliando as instalações que poderiam vender a eletricidade diretamente no mercado	

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<i>Real Decreto</i> 436/2004	12 de março de 2004	Estabeleceu a metodologia para a atualização e sistematização do regime jurídico e econômico da atividade de produção da energia elétrica no regime especial.	
<i>Real Decreto</i> 661/2007	25 de maio de 2007	Introduziu o sistema de remuneração do regime especial a partir de duas opções (i) tarifa regulada (<i>feed in tariff</i>); (ii) tarifa prêmio: tarifa regulada com prêmio (<i>feed in tariff premium</i>)	Marco para atração de investimentos e desenvolvimento da energia renovável na Espanha
<i>Real Decreto</i> 1578/2008	26 de setembro de 2008	Estabeleceu o sistema de remuneração para instalações de energia solar fotovoltaica posteriores à data limite de manutenção da remuneração prevista no RD 661/2007. Criou-se o registro de pré-atribuição de remuneração (<i>registro de preasignación de retribución</i>) que servia para saber antecipadamente a potência fotovoltaica a ser instalada	Destaca o alcance de 85% do objetivo de capacidade de instalações estimado para o ano de 2010

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<i>Real Decreto-ley</i> 06/2009	30 de abril de 2009	Regulou-se o mecanismo de registro de pré-atribuição de remuneração para o regime especial	Categórico no que se refere à inaplicabilidade dos seus dispositivos às instalações já em funcionamento
<i>Real Decreto</i> 1565/2010	19 de novembro de 2010	Modificou o sistema remuneratório estabelecido pelo Real Decreto 661/2007, eliminando o direito de receber a tarifa regulada a partir do 26º ano, data em que as plantas passavam a receber a tarifa vigente no mercado	Governo espanhol reconheceu a evolução tecnológica vertiginosa no setor de energia solar e, com isso, 25% da eletricidade produzida já seria proveniente de fontes de energia renovável
<i>Real Decreto-ley</i> 14/2010	23 de dezembro de 2010	Estabeleceu medidas de urgência para solucionar o déficit tarifário do setor elétrico, ampliou o prazo para vigorar o sistema remuneratório para 28 anos e determinou limites anuais de horas durante as quais as instalações poderiam gerar eletricidade beneficiando-se do regime de remuneração especial sendo que a produção excedente deveria se sujeitar ao preço de mercado. Além disso, fixou-se um pedágio de acesso de 0,5 Euros/MWh para financiar os investimentos necessários às redes de transmissão e distribuição de eletricidade	No preâmbulo deste decreto, o legislador já reconhece a situação de desequilíbrio entre oferta e demanda pela qual passava o setor elétrico. O impacto mais significativo destas alterações se refere à aplicabilidade retroativa às plantas já existentes, o que impacta diretamente os investidores e a confiança acerca da estabilidade regulatória.

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<i>Real Decreto-ley 1/2012</i>	27 de janeiro de 2012	Implementou novo regime de remuneração adaptado ao cenário económico vigente, suspendeu o procedimento administrativo de registro <i>pre-assignación</i> e revogou a aplicabilidade do regime especial às novas instalações de geração de energia elétrica a partir de fontes de energia renováveis que não estivessem sido registradas até aquele momento	No preâmbulo deste decreto, o legislador reconhece a situação de desequilíbrio entre os custos de produção e o valor dos prêmios. Elimina incentivos para a construção de novas instalações
<i>Ley 15/2012</i>	27 de dezembro de 2012	Adotou medidas fiscais para a sustentabilidade energética e impôs imposto de 7% sobre a geração de energia elétrica	
<i>Real Decreto-ley 2/2013</i>	1 de fevereiro de 2013	Modificou o regime de remuneração do <i>Real Decreto 661/2007</i> e estabeleceu que (i) a cessão de electricidade ao sistema de rede recebendo, em contrapartida, uma tarifa regulada; ou (ii) venda da energia elétrica no mercado de energia elétrica, sem o benefício do prêmio	

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<i>Real Decreto-ley</i> 9/2013	12 julho de 2013	Revogou totalmente o Real Decreto 661/2007 e adotou novo regime de remuneração	Promoveu alterações relevantes ao revogar o regime especial e anunciar um novo regime de remuneração
<i>Ley</i> 24/2013	26 de dezembro de 2013	Nova Lei do Setor Elétrico que revogou a <i>Ley</i> 54/1997 e introduziu modificações substanciais no regime jurídico aplicável à energia renovável. Eliminou os regimes ordinário e especial, excluindo por completo a possibilidade de garantia de compra da energia produzida a uma tarifa regulada e aplicando retroativamente a nova política tarifária.	O mecanismo de remuneração que passou a vigorar se baseia nos custos do investimento e manutenção das instalações, o que dificilmente pode ser calculado e previsto pelo legislador
<i>Real Decreto</i> 413/2014	06 de junho de 2014	Regulamentou a LSE de 2013	Quase todos seus dispositivos careciam de aplicabilidade imediata

Ato normativo	Data de publicação	Descrição da principal alteração	Comentários
<p>Ordem Ministerial IET/1045/2014</p>	<p>16 de junho de 2014</p>	<p>Eliminou por completo o regime de remuneração previsto no RD 661/2007 e aprovou os parâmetros para remuneração aplicáveis às instalações tipo com fundamento nos custos de operação e investimento e as características de uma instalação hipoteticamente eficiente, com remuneração limitada a 25 anos. Fixou uma tarifa de 7.398% baseada no custo</p>	<p>Ato normativo aplicável às plantas existentes construídas e financiadas de acordo com os princípios do regime do RD 661/2007</p>
<p><i>Real Decreto-ley</i> 17/2019</p>	<p>22 de novembro de 2019</p>	<p>Manutenção da “rentabilidade razoável” com taxa de 7,398% durante todo período de 2020-2031 (segundo período regulatório)</p>	<p>Para tanto, pressupõe-se a renúncia das arbitragens internacionais de investimentos</p>

Apêndice 6 – Arbitragens Internacionais de Investimentos em Energia Renovável

Caso	Requerente	Nacionalidade	Estado	Data Registro	Acordo Internacional	Status
PCA 2012-14	The PV Investors	Variados	Espanha	novembro de 2011	ECT	Concluído
SCC 062/2012	Charanne B.V.	Holandês	Espanha	07 de maio 2012	ECT	Concluído
	Construction Investments S.A.R.L.	Luxemburgo				
PCA 2014-19	WA Investments-Europa Nova Limited	Chipre	Chéquia	maio de 2013	ECT & BIT Chipre - Chéquia (2001)	Concluído
PCA 2014-22	I.C.W. Europe Investments Limited	Grã-Bretanha	Chéquia	8 de maio de 2013	ECT & BIT Chéquia-Eslováquia e Reino Unido e Irlanda (1990)	Concluído
PCA 2014-01	Antaris GmbH Michael Göde	Alemanha	Chéquia	8 de maio de 2013	ECT & BIT Chéquia-Eslováquia-Alemanha (1990)	Concluído
PCA 2013-35	G.I.H.G. Limited, Natland Group Limited e outros	Chipre	Chéquia	8 de maio de 2013	ECT & BIT Chipre - Chéquia (2001)	Pendente
	Natland Investment Group NV	Holanda			ECT & BIT Chéquia-Holanda(1991)	
	Radiance Energy Holding S.A.R.L.	Luxemburgo			ECT & BIT BLEU - Chéquia (1989)	
PCA 2014-21	Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH	Alemanha	Chéquia	8 de maio de 2013	ECT BIT Chéquia-Eslováquia - Alemanha (1990)	Concluído

Caso	Requerente	Nacionalidade	Estado	Data Registro	Acordo Internacional	Status
PCA 2014-20	Voltaic Network GmbH	Alemanha	Chéquia	8 de maio de 2013	ECT & BIT Chéquia-Eslováquia - Alemanha (1990)	Concluído
PCA 2014-03	Mr. Jürgen Wirtgen e outros	Alemanha	Chéquia	24 de junho de 2013	BIT Chéquia-Alemanha (1990)	Concluído
SCC 094/2013	CSP Equity Investment Sarl	Luxemburgo	Espanha	Junho de 2013	ECT	Pendente
SCC 153/2013	Isolux Infrastructure Netherlands, B.V.	Holanda	Espanha	3 de outubro de 2013	ECT	Concluído
ICSID ARB/13/30	RREEF Infrastructure (G.P.) Limited	Grã-Bretanha	Espanha	22 de outubro de 2013	ECT	Concluído
	RREEF Pan-European Infrastructure Two Lux S.à r.l.	Luxemburgo				
ICSID ARB/13/31	Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l.	Luxemburgo	Espanha	22 de novembro de 2013	ECT	Concluído
	Antin Energia Termosolar B.V.	Holanda				
ICSID ARB/13/36	EISER Infrastructure Limited	Grã-Bretanha	Espanha	23 de dezembro de 2013	ECT	Concluído
	Energia Solar Luxembourg S.à r.l.	Luxemburgo				
ICSID ARB/14/1	Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A.	Holanda	Espanha	11 de fevereiro de 2014	ECT	Concluído
ICSID ARB/14/3	Blusun S.A. Jean-Pierre Lecorcier	Bélgica França	Itália	21 de fevereiro de 2014	ECT	Concluído
	Michael Stein	Alemanha				

Caso	Requerente	Nacionalidade	Estado	Data Registro	Acordo Internacional	Status
ICSID ARB/14/11	NextEra Energy Global Holdings B.V.	Holanda	Espanha	23 de maio de 2014	ECT	Concluído
ICSID ARB/14/12	InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited	Grã-Bretanha	Espanha	3 de junho de 2014	ECT	Concluído
ICSID ARB/14/18	RENERGY S.à.r.l.	Luxemburgo	Espanha	01 de agosto de 2014	ECT	Pendente
ICSID ARB/14/34	RWE Innogy Aersa S.A.U.	Espanha	Espanha	23 de dezembro de 2014	ECT	Concluído
	RWE Innogy GmbH	Alemanha				
ICSID ARB/15/1	Stadtwerke München GmbH e outros	Alemanha	Espanha	07 de janeiro de 2015	ECT	Concluído
ICSID ARB/15/4	STEAG GmbH	Alemanha	Espanha	21 de janeiro de 2015	ECT	Pendente
SCC 036/2015	Alten Renewable Energy Developments BV	Holanda	Espanha	março de 2015	ECT	Pendente
SCC 2015/150	Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L. e outros	Luxemburgo, Itália e Dinamarca	Espanha	2015	ECT	Concluído
SCC 2015/158	CEF Energia BV	Holanda	Itália	2015	ECT	Concluído
ICSID ARB/15/15	9REN Holding S.a.r.l	Luxemburgo	Espanha	21 de abril de 2015	ECT	Concluído
ICSID ARB/15/16	BayWa r.e. Asset Holding GmbH BayWa r.e. renewable energy GmbH	Alemanha	Espanha	8 de maio de 2015	ECT	Concluído
SCC 2015/095	Greentech Energy Systems A/S e outros	Dinamarca, Luxemburgo	Itália	07 de julho de 2015	ECT	Concluído

Caso	Requerente	Nacionalidade	Estado	Data Registro	Acordo Internacional	Status
SCC 2015/063	Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR	Luxemburgo	Espanha	08 de maio de 2015	ECT	Concluído
ARB/15/20	Cube Energy S.C.A. Cube Infrastructure Fund SICAV e outros	Luxemburgo, França	Espanha	01 de junho de 2015	ECT	Concluído
ARB/15/23	Mathias Kruck e outros	Alemanha	Espanha	04 de junho de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/25	KS Invest GmbH TLS Invest GmbH	Alemanha	Espanha	04 de junho de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/27	JGC Corporation	Japão	Espanha	22 de junho de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/28	Costruzioni S.r.l. Francesco Becchetti Hydro S.r.l. e outros	Itália	Albânia	29 de junho de 2015	BIT Albania- Itália 1991	Concluído
ARB/15/34	Cavalum SGPS, S.A.	Portugal	Espanha	04 de agosto de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/35	E.ON Finanzanlagen GmbH e outros	Alemanha	Espanha	10 de agosto de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/36	OperaFund Eco- Invest SICAV PLC e outros	Malta, Suíça	Espanha	11 de agosto de 2015	ECT	Concluído
ARB/15/37	Silver Ridge Power BV	Holanda	Itália	11 de agosto de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/38	SolEs Badajoz GmbH	Alemanha	Espanha	24 de agosto de 2015	ECT	Concluído
ARB/15/40	Belenergia S.A.	Luxemburgo	Itália	22 de setembro de 2015	ECT	Concluído
ARB/15/42	Hydro Energy 1 S.à r.l. e outros	Luxemburgo, Suécia	Espanha	19 de outubro de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/44	Watkins Holdings S.à r.l. e outros	Espanha, Holanda e Luxemburgo	Espanha	04 de novembro de 2015	ECT	Concluído

Caso	Requerente	Nacionalidade	Estado	Data Registro	Acordo Internacional	Status
ARB/15/45	HSH Nordbank AG Landesbank e outros	Alemanha	Espanha	12 de novembro de 2015	ECT	Pendente
ARB/15/50	Eskosol S.p.A. in liquidazione	Itália	Itália	22 de dezembro de 2015	ECT	Pendente
132/2016	Sun Reserve Luxco Holdings SRL	Luxemburgo	Itália	2016	ECT	Pendente
135/2016	Green Power K/S and Obton A/S	Dinamarca	Espanha	2016	ECT	Pendente
ARB/16/4	Eurus Energy Holdings Corporation	Japão	Espanha	01 de março de 2016	ECT	Pendente
ARB/16/5	ESPF Beteiligungs GmbH e outros	Alemanha, Áustria	Itália	08 de março de 2016	ECT	Pendente
ARB/16/17	Redmill Holdings Ltd e outros	Grã-Bretanha, Alemanha e Espanha	Espanha	28 de junho de 2016	ECT	Pendente
ARB/16/18	Infracapital F1 S.à r.l. e outros	Luxemburgo, Holanda	Espanha	29 de junho de 2016	ECT	Pendente
ARB/16/27	Cordoba Beheer B.V e outros	Holanda, Espanha	Espanha	12 de agosto de 2016	ECT	Pendente
ARB/16/39	VC Holding II S.à.r.l. e outros	Alemanha, Luxemburgo e Grã-Bretanha	Itália	06 de dezembro de 2016	ECT	Pendente
ARB/17/15	Portigon AG	Alemanha	Espanha	22 de maio de 2017	ECT	Pendente
SCC 2017/060	FREIF Eurowind	Grã-Bretanha	Espanha	indisponível	ECT	Pendente
Não há registro	EDF Energies Nouvelles S.A.	França	Espanha	Janeiro, 2016	ECT	Pendente
ARB/17/41	DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG e outros	Alemanha, Suíça	Espanha	31 de outubro de 2017	ECT	Pendente
SCC 2017/194	Triodos SICAV II	Luxemburgo	Espanha	21 de dezembro de 2017	ECT	Pendente
ARB/18/1	ACF Renewable Energy Limited	Malta	Bulgária	14 de fevereiro de 2018	ECT	Pendente

Caso	Requerente	Nacionalidade	Estado	Data Registro	Acordo Internacional	Status
ARB/18/19	LSG Building Solutions GmbH e outros	Áustria, Alemanha, Holanda, Romênia, Chipre	Romênia	12 de junho de 2018	ECT	Pendente
ARB/18/20	Veolia Propreté SAS	França	Itália	20 de junho de 2018	ECT	Pendente
ARB/18/25	Itochu Corporation	Japão	Espanha	13 de julho de 2018	ECT	Pendente
ARB/18/39	KLS Energy Lanka Sdn. Bhd	Malásia	Sri Lanka	24 de outubro de 2018	BIT Malásia - Sri Lanka 1982	Pendente
ARB/18/42	EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) e outros	Suíça, Espanha	Espanha	8 de novembro de 2018	ECT	Pendente
ARB/18/45	European Solar Farms A/S	Dinamarca	Espanha	21 de dezembro de 2018	ECT	Pendente
ARB/19/4	Canepa Green Energy Opportunities I, S.á r.l. e outros	Luxemburgo	Espanha	25 de fevereiro de 2019	ECT	Pendente
ARB/19/23	Saptec, S.A.	Bélgica	Espanha	06 de agosto de 2019	ECT	Pendente
ARB/19/30	VM Solar Jerez GmbH e outros	Alemanha	Espanha	04 de outubro de 2019	ECT	Pendente

Apêndice 7 – Laudos Arbitrais com informações sobre os investimentos

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
SCC nº 062/2012 Charanne B.V. and Construction Investments S.à. r.L. v. Espanha	T-Solar: Atividade de geração de energia elétrica por fotovoltaicas (T-solar era proprietária de 34 instalações de geração de energia elétrica em regime especial com tecnologia solar fotovoltaica)	fevereiro e dezembro de 2009	Artigo 13 Artigo 10(1) Artigo 10(12)	Concluído	21 de janeiro 2016	€17.800.000	Sem Condenação
SCC nº 153/2013 Isolux Infrastructure Netherlands, B.V. v. Espanha	34 plantas fotovoltaicas através da participação na T-Solar Global, S.A., T-Solar Global Operating Assets, S.L. e Tuin Zonne Origen, S.L.U. ("TZO")	setembro e outubro de 2012	Artigo 10 Artigo 13	Concluído	12 de julho de 2016	€68.900.000	Sem Condenação

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
ICSID nº ARB/13/36 EISER Infrastructure Limited AND Energia Solar Luxembourg S.à. r.L. v. Espanha	3 plantas CSP (total 149,7 MW) - ASTE 1a e ASTE 1b e ASTEXOL	2007	Artigo 10 Artigo 13	Concluído Procedimento para anulação solicitado pela Espanha em 28 de junho de 2017	4 de maio de 2017	€196.000.000	€128.000.000
SCC nº 063/2015 Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Espanha	8 plantas fotovoltaicas. A empresa tinha investimentos na Novenergia Spain desde 3 julho de 2007	13 de setembro 2007	Artigo 10 Artigo 13	Concluído Procedimento para suspensão solicitado pela Espanha no Tribunal de Apelação Svea	15 de fevereiro de 2018	€61.300.000	€53.000.000

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
ICSID nº ARB/14/1 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha	3 plantas CSP (Gemasolar em 2008, Arcosol e Termesol, ambos em 2009)	Novembro de 2008 e julho de 2009	Artigo 10	Concluído Procedimento para Aulação do Laudo iniciado pela Espanha em 04 de abril de 2019	16 de maio de 2018	€165.000.000	€165.000.000
ICSID nº ARB/13/31 Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha	2 plantas CSP (Andasol 1 e Andasol 2)	31 de agosto de 2011	Artigo 10	Concluído Procedimento para Anulação solicitado pela Espanha em 23 de maio de 2019	15 de junho de 2018	€139.500.000	€112.000.000

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
SCC nº 150/2015 Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 1 S. Á.R.L. v. Espanha	3 plantas fotovoltaicas: (i) Madridejos (8 MW) (ii) La Castilleja (9.8 MW); (iii) Fotocampillos (1.8MW)	(i) Madridejos (01 de maio de 2009) (ii) La Castilleja (março de 2010); (iii) Fotocampillos (maio de 2010)	Artigo 10 Artigo 13	Concluído Petição da Requerente perante a Suprema Corte de NY requerendo confirmação do laudo arbitral com fundamento na Convenção NY de 1958	14 de novembro de 2018	€58.200.000	€139.000.000
ICSID nº ARB/13/30 RREEF Infrastructure (G.P.) Limited v. Espanha	Plantas eólicas e 3 plantas CSP (Andasol Plants e Arenales Plant - 49,9 MW)	junho de 2011 (Andasol) e julho de 2011 (Projeto Arenales)	Artigo 10	Concluído	11 de dezembro de 2019	€441.000.000	€59.600.000

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
ICSID nº ARB/14/11 NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Espanha	2 plantas CSP (Termosol I e Termosol II)	2007	Artigo 10	Concluído para Anulação solicitado pela Espanha em 02 de outubro de 2019	31 de maio de 2019	€398.400.000	€290.600.000
ICSID nº ARB/15/51 9REN Holding S.a.r.l. v. Espanha	Ações da Gamesa Solar que detinha 8 projetos fotovoltaicas (El Soldado, El Paso, La Gineta II, Siruela, Alcaudete, Gibralcón, Yecla, Formiñena). Os danos foram causados a 8 plantas Solaica	2008 a 2011	Artigo 10 Artigo 13	Concluído para retificação do Laudo Arbitral registrado em 17 de julho de 2019	31 de maio de 2019	€41.760.000	€52.200.000

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
ICSID nº ARB/15/20 Cube Energy S.C.A. Cube Infrastructure Fund SICAV Cube Infrastructure Managers S.A. v. Espanha	3 plantas fotovoltaicas (Puente Génave, Écija and San Martín de Pusa) e 16 pequenas usinas hidrelétricas	Abril e junho de 2008 (PV); junho de 2011 (hidro) junho de 2012 (hidro)	Artigo 10 Artigo 13	Concluído para Anulação solicitado pela Espanha em 19 de novembro de 2019	15 de julho de 2019	€74.800.000	€33.700.000
ICSID nº ARB/15/38 SolEs Badajoz GmbH v. Espanha	2 plantas fotovoltaicas (Badajoz I e Badajoz II)	março de 2010	Artigo 10 Artigo 13	Concluído para Retificação solicitado pela Espanha em 16 setembro de 2019	31 de julho de 2019	€81.800.000	€40.980.000

Caso	Investimento	Data do Investimento	Alegada Violação	Status	Decisão Arbitral	Valor demandado	Condenação
ICSID nº ARB/15/36 OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha	5 instalações fotovoltaicas: (1) ações em SPV's proprietárias de instalações fotovoltaicas em Espanha (2) empréstimos participativos concedidos a estas SPV. Os investimentos foram realizados através (1) Paso-Palma Sol Gestión de Proyectos, S.L. (" Paso-Palma Sol"), e (2) 124 subsidiarias operativas de propriedade de Paso-Palma Sol proprietárias de instalações fotovoltaicas	Entre julho de 2008 e julho de 2009	Artigo 10	Concluído para retificação solicitado pela Espanha em 10 de outubro de 2019	06 de setembro de 2019	€29.300.000	€40.100.000
ICSID nº ARB/15/1 Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others	Construção e operação da Andasol 3 Plant - CSP	28 de outubro de 2009	Artigo 10	Concluído	02 de dezembro de 2019	Sem condenação	€345.000.000

Apêndice 8 – Resumo Laudos Arbitrais - Tratamento Justo e Equitativo

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
SCC nº 062/2012 Charanne B.V. / Construction Investments S.A.R.L. v. Espanha	Holanda Luxemburgo	Artigo 10 Artigo 13	Alexis Moure Guido Santiago Tawil Claus von Wobeser	28 de abril de 2011	21 de janeiro de 2016 Sem condenação, com voto dissidente do Guido Santiago Tawil	- Não houve comprometimento específico da Espanha com os investidores; - Não houve violação à legítima expectativa do investidor com relação à estabilidade regulatória ²⁰⁷⁷ - investidores não podem ter a expectativa de que o marco regulatório permaneceria imutável durante toda a vida útil das suas plantas
SCC nº 153/2013 Isolux Infrastructur e Netherlands, B.V. v. Espanha	Holanda	Artigo 10 (1) e Artigo 13 do ECT	Sr. Yves Derains Prof. Guido Santiago Tawil Sr. Claus Von Wobeser	03 de outubro de 2013	12 de julho de 2016 Sem condenação, com voto dissidente do Guido Santiago Tawil	- Não houve violação à legítima expectativa em virtude de conhecimentos específicos prévios ao investimento da instabilidade do marco legal por parte da requerente; - o investidor, quando realizou seu investimento já em 2012, poderia ter antecipado uma evolução desfavorável quanto ao marco regulatório espanhol.

²⁰⁷⁷ Deve-se ressaltar que este laudo arbitral excluiu da sua análise as normativas emitidas pelo governo da Espanha em 2013 por solicitação dos próprios requerentes, compreendendo a análise sobre o conjunto normativo de 2010. INVESTMENT TREATY ARBITRATION. *Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain*. Disponível em: <<https://www.italaw.com/cases/2082>>. Acesso em: 06 set. 2019. Unofficial English Translation by Mena Chambers, §481 e §483.

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
ICSID nº ARB/13/36 EISER Infrastructure Limited AND Energia Solar Luxembourg S.à.r.L. v. Espanha	Grã-Bretanha Luxemburgo	Artigo 10 Artigo 13	John R. CROOK Stanimir A. ALEXANDROV Campbell Alan MCLACHLAN	23 de dezembro de 2013	4 de maio de 2017 Procedimento para Anulação solicitado pela Espanha em 28 de junho de 2017	- o investidor não poderia ter a expectativa que o marco regulatório seria alterado de tal modo que afetasse tão substancialmente o seu investimento; - garantia de estabilidade estabelecida no artigo 10(1) do ECT não é equivalente à imutabilidade da legislação, mas sim determina que o quadro regulatório não será radicalmente alterado
SCC nº 063/2015 Novenergia II - Energy & Environment (SCA), SICAR v. Espanha	Luxemburgo	Artigo 10 Artigo 13	Mr. Johan Sidklev Professor Antonio Crivellaro Juez Bernardo Sepúlveda-Amor	08 de maio de 2015	15 de fevereiro de 2018 Espanha requereu a suspensão do laudo arbitral no Tribunal de Apelação Svea	- declarações na regulação e em outros documentos emitidos pelo governo como “ <i>The Sun Can be All Yours</i> ” criou a expectativa legítima de que não haveria uma mudança radical e fundamental no regime do RD 661/2007; - nenhum tipo de <i>due diligence</i> que fosse realizada pelo investidor teria revelado o nível de mudanças que foram implementadas com relação ao regime de remuneração especial

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
ICSID nº ARB/14/1 Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Espanha	Holanda	Artigo 10	John BEECHEY Gary B. BORN Brigitte STERN	11 de fevereiro de 2014	16 de maio de 2018 Procedimento para Anulação do Laudo iniciado pela Espanha em 04 de abril de 2019	- o investidor tinha expectativa legítima de se beneficiar do regime de remuneração especial e que o mesmo permaneceria inalterado; - compromisso específico (i) na regulação; (ii) nas resoluções emitidas para os próprios investidores; e (iii) RAIPRE; - não era possível que os investidores pudessem prever que o RD 661/2007 seria substancialmente modificado
ICSID nº ARB/13/31 Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. v. Espanha	Holanda Luxemburgo	Artigo 10	Eduardo ZULETA Francisco ORREGO VICUÑA J. Christopher THOMAS	22 de novembro de 2013	15 de junho de 2018 Procedimento para Anulação solicitado pela Espanha em 23 de maio de 2019	- precisão e detalhe dos decretos reais, especialmente em relação ao tratamento que seria concedido por um período de tempo definido, levou à legítima expectativa dos investidores; - compromisso com a estabilidade constava na regulação; - por mais que o marco regulatório não seja considerado imutável, quaisquer mudanças devem ser consistentes com as garantias de estabilidade estabelecida pelo Estado e garantido pelo ECT

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
SCC nº 150/2015 Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 1 S. A.R.L. v. Espanha	Luxemburgo Itália Dinamarca	Artigo 10 Artigo 13	Michael J Moser Klaus M. Sachs Raul Emilio Vinuesa	2015	14 de novembro de 2018 Petição da Requerente perante a Suprema Corte de NY requerendo confirmação do laudo arbitral com fundamento na Convenção	- investidor diligente não poderia prever que o marco regulatório seria fundamental e abruptamente alterado de modo que privasse o investidor de parte significativa da sua receita; - o propósito do ECT é assegurar que o marco regulatório nacional seja estável, transparente e alinhado com os padrões internacionais legais
ICSID nº ARB/13/30 RREEF Infrastructure (G.P.) Limited v. Espanha	Grã-Bretanha Luxemburgo	Artigo 10	Alain PELLET Robert VOLTERRA Pedro NIKKEN	22 de outubro de 2013	11 de dezembro de 2019	- as novas alterações legislativas possuíam efeito retroativo sobre a remuneração passada dos acionistas e, por isso, violariam a expectativa legítima do investidor quanto à estabilidade do marco regulatório; -havia compromisso específico na regulação e comprometimento com a rentabilidade razoável; a Espanha não violou o princípio da estabilidade e previsibilidade, exceto com relação à aplicabilidade retroativa das alterações legislativas

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
ICSID nº ARB/14/11 NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Espanha	Holanda	Artigo 10	Donald M. MCRAE L. Yves FORTIER Laurence BOISSON DE CHAZOURNES	23 de maio de 2014	31 de maio de 2019 Procedimento para Anulação solicitado pela Espanha em 02 de outubro de 2019	- os investidores tinham a legítima expectativa de que o regime do RD 661/2007 não seria alterado de uma maneira que violasse a segurança jurídica e a viabilidade econômica dos seus investimentos; - não havia compromisso específico
ICSID nº ARB/15/51 9REN Holding S.a.r.l. v. Espanha	Luxemburgo	Artigo 10 Artigo 13	Ian BINNIE David R. HAIGH V.V. VEEDER	21 de abril de 2015	31 de maio de 2019 Procedimento para retificação do Laudo Arbitral registrado em 17 de julho de 2019	-Artigo 44(3) do RD 661/2007 foi considerado como comunicado oficial de garantia aos investidores de estabilidade do regime de <i>feed-in tariff</i> ; - compromisso específico está previsto na regulação; -o investimento foi realizado com a expectativa legítima de que as instalações receberiam a remuneração estabelecida no RD 661/2007 e RD 1578/2008 para toda a eletricidade produzida

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
ICSID nº ARB/15/20 Cube Energy S.C.A. Cube Infrastructure Fund SICAV Cube Infrastructure Managers S.A. v. Espanha	Luxemburgo França	Artigo 10 Artigo 13	Vaughan LOWE James SPIGELMAN Christian TOMUSCHAT	01 de junho de 2015	15 de julho de 2019 Procediment o para Anulação solicitado pela Espanha em 19 de novembro de 2019	- compromisso com a manutenção do regime tarifário no RD 661/2007 e tinha a intenção de garantir a estabilidade regulatória; - compromisso específico está previsto na regulação e comunicado à imprensa; -investidor poderia esperar alterações no marco regulatório espanhol, mas não um completo abandono do regime do RD 661/2007
ICSID nº ARB/15/38 SolEs Badajoz GmbH v. Espanha	Alemanha	Artigo 10 Artigo 13	Joan E. DONOGHUE David A.R. WILLIAMS Giorgio SACERDOTI	24 de agosto de 2015	31 de julho de 2019 Procediment o para Retificação solicitado pela Espanha em 16 setembro de 2019	-Artigo 44(3) determina compromisso com a manutenção do regime tarifário no RD 661/2007 e intenção de garantir a estabilidade regulatória; -compromisso específico está previsto na regulação; -a obrigação de estabilidade compreende a manutenção das características essenciais do quadro regulatório sobre o qual o investidor se fundamentou para realizar o investimentos a longo prazo

Caso	Nacionalidade investidor	Violação alegada	Árbitros	Registro	Laudo Arbitral	Fundamentos Decisão Arbitral
ICSID nº ARB/15/36 OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Espanha	Malta Suíça	Artigo 10	Karl-Heinz BÖCKSTIE GEL August REINISCH Philippe SANDS	11 de agosto de 2015	06 de setembro de 2019 Procedimento para retificação solicitado pela Espanha em 10 de outubro de 2019	- artigo 44(3) do RD 661/2007 representa uma garantia de estabilidade que objetivava criar um ambiente favorável ao investimento no setor de energia renovável. -Os investidores não tinham como prever as alterações substanciais que ocorreriam desde 2010 a 2014; expectativas foram clara e fundamentalmente modificadas pelas alterações introduzidas pela Espanha, violando as condições de estabilidade apostas no RD 661/2007
ICSID nº ARB/15/1 Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH and others	Alemanha	Artigo 10	Jeswald W. SALACUS E Kaj HOBÉR Zachary DOUGLAS	07 de janeiro de 2015	02 de dezembro de 2019 Sem condenação, com voto dissidente do Árbitro Kaj Hobér	- o investidor poderia ter antecipado uma evolução desfavorável quanto ao marco regulatório espanhol; - Espanha envidou todos esforços de boa-fé para manter o seu quadro regulatório estável e, tão somente quando os impactos negativos daquela regulação se demonstraram evidentes, modificou-se o marco regulatório nacional para eliminar tais consequências