



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pedro Mendonça Cavalcante

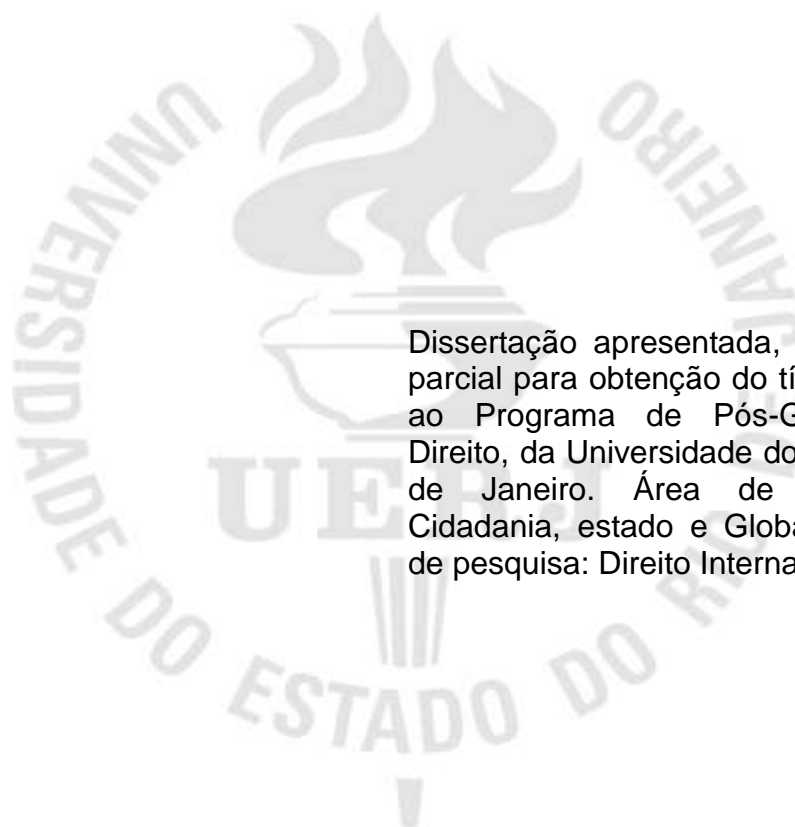
**Direito internacional dos investimentos e a exploração de  
petróleo por meios não convencionais**

Rio de Janeiro

2012

Pedro Mendonça Cavalcante

**Direito internacional dos Investimentos e a exploração de petróleo  
por meios não convencionais**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, 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.<sup>a</sup> Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Rio de Janeiro

2012

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

C376

Cavalcante, Pedro Mendonça

Direito internacional dos investimentos e a exploração de petróleo  
por meios não convencionais / Pedro Mendonça Cavalcante. - 2012.  
135 f.

Orientador: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1.Direito internacional público -Teses. 2. Direito internacional  
privado - Teses. 3. Direito comparado – Teses. I.Ribeiro, Marilda Rosado de.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.63

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

---

Assinatura

---

Data

Pedro Mendonça Cavalcante

**Direito internacional dos investimentos e a exploração de petróleo  
por meios não convencionais**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, 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 27 de agosto de 2012.

Banca Examinadora:

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro (Orientadora)  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Gustavo Sénéchal de Goffredo  
Faculdade de Direito - UERJ

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Nadia de Araujo  
Pontifícia Universidade Católica - RJ

Rio de Janeiro

2012

## DEDICATÓRIA

À minha mãe, que nos faz falta.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe, Thays Pessotto de Mendonça, que me deu força para buscar meus sonhos. À minha esposa, Teresa, que me aguentou durante os trabalhos da dissertação e do Rio Branco. Sua paciência e seu amor são essenciais para minhas conquistas.

Aos meus avós, que tanto me ajudaram.

À Professora Marilda Rosado, que apostou em mim e me apoiou em todas as minhas iniciativas.

Ao Instituto Rio Branco, que me deu apoio para terminar essa dissertação. Às divisões do MRE que me apoiaram com material e com discussões sobre os temas contidos nesse trabalho.

Aos servidores do MDIC, ANP, DNPM, que me forneceram material e exaustivas explicações sobre a legislação e a prática brasileira sobre investimentos e sobre o xisto betuminoso.

Às professoras Nadia de Araujo, que me orientou para o Direito Internacional, e Daniela Vargas, que me sugeriu o tema do Direito Internacional dos Investimentos.

Ao Instituto Nacional do Óleo e Gás, que me ofereceu bolsa de estudos para realizar esta dissertação.

Ao Professor Gustavo Sénéchal, que me incentivou a seguir a carreira diplomática.

Aos colegas Eduardo Rente e Carolina Azevedo, que me ajudaram a terminar minha dissertação mesmo no Planalto Central.

Deus disse: *Faça-se a luz!* E a luz foi feita.

*Gênesis, 1*

**RESUMO**

CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *Direito Internacional dos Investimentos e a Exploração de Petróleo por meios não convencionais*. 2012. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

A presente dissertação analisa a exploração de *oil shale* no Brasil e nos Estados Unidos da América. Esse material consiste em interessante nicho estratégico para garantir a autossuficiência do Brasil em termos energéticos no futuro, considerando o tamanho das reservas brasileiras desse tipo de minério, além de ser uma possível fonte de desenvolvimento tecnológico que pode colocar o país em posição de destaque no cenário internacional. A pesquisa científica sobre fontes alternativas de petróleo pode garantir vantagens tecnológicas importantes para o país, especialmente em um setor tão competitivo quanto o da energia.

O setor energético tem um complicador importante: sua internacionalização. Há grande integração dos fluxos internacionais de produção, exploração e refino de petróleo, além de interesse de empresas estrangeiras em investir no setor energético brasileiro. Isso cria questionamentos sobre quais os setores devem ser abertos para participação estrangeira e quais devem ser de atuação exclusivamente nacional. Esses questionamentos merecem análise aprofundada sobre a ótica do Direito Internacional dos Investimentos, especialmente da literatura sobre investimentos no setor energético, para averiguar a pertinência de investimentos estrangeiros nesse estratégico setor da economia.

Palavras-chave: Direito Internacional Público. Direito Internacional Econômico.

Direito Internacional Privado. Direito dos Investimentos. Direito Comparado.



## ABSTRACT

CAVALCANTE, Pedro Mendonça. *International Law on Investments and Oil Exploration by non- conventional means*. 2012. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012.

This dissertation analyzes *oil shale* exploration in Brazil and in the United States of America. Shale constitutes an interesting strategic niche to guarantee Brazilian energetic self-sufficiency in the future, considering Brazil's reserves of this mineral. It is also a possible source of technological development that can put Brazil in the forefront of the international arena. The scientific research over alternative sources of oil might create important technological advantages to this country, in a strategic sector such as energy.

The energy sector has its internationalization as a complicating factor. There is great integration of international flows of production, exploration and refining of oil. There is also great interest of foreign companies in investing in the Brazilian energy sector. That creates questions on which sectors of the economy should be opened for foreign investment, and which ones should be directed for national exploration. These questions deserve a thorough analysis in light of the International Investment Law and *lex petrolea*, to ascertain the pertinence of international investments in this sector of the economy.

Keywords: Public International Law. International Economic Law. Private International Law. Investment Law. Comparative Law.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
APPI	Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos
BIT	Bilateral Investment Treaty
CNP	Conselho Nacional do Petróleo
DNPM	Departamento Nacional de Pesquisas Minerais
FCN	Friendship, Commerce and Navigation Agreements
FMI	Fundo Monetário Internacional
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
MAI	Multilateral Agreement on Investment
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –
OIC	Organização Internacional do Comércio
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S/A
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development –

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>1</b>	<b>DEFINIÇÃO DE INVESTIMENTO E INVESTIDOR.....</b>	<b>16</b>
1.1	<b>O Direito Internacional dos Investimentos.....</b>	<b>16</b>
1.2	<b>Fontes do Direito Internacional dos Investimentos.....</b>	<b>20</b>
1.3	<b>Definições de Investimentos Estrangeiros no Direito Brasileiro... </b>	<b>31</b>
1.4	<b>Definições de investimento no Direito Internacional.....</b>	<b>36</b>
1.4.1	<u>Investidor - Pessoas Naturais.....</u>	<b>40</b>
1.4.2	<u>Investidor Pessoa Jurídica.....</u>	<b>43</b>
<b>2</b>	<b>HISTÓRICO E ATUALIDADES DO INVESTIMENTO</b>	
	<b>INTERNACIONAL.....</b>	<b>45</b>
2.1	<b>Histórico do Direito dos Investimentos.....</b>	<b>49</b>
<b>3</b>	<b>PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS</b>	
	<b>INVESTIMENTOS.....</b>	<b>57</b>
3.1	<b>Admissão e Estabelecimento.....</b>	<b>57</b>
3.2	<b>Expropriação.....</b>	<b>59</b>
3.3	<b>Tratamento justo e equitativo.....</b>	<b>62</b>
3.4	<b>Tratamento Nacional.....</b>	<b>66</b>
3.5	<b>Nação Mais Favorecida.....</b>	<b>68</b>
3.6	<b>Transferência de Fundos.....</b>	<b>70</b>
3.7	<b>Solução de Controvérsias de Investimentos.....</b>	<b>73</b>
<b>4</b>	<b>INVESTIMENTOS NA EXPLORAÇÃO NÃO CONVENCIONAL DE</b>	
	<b>PETRÓLEO – O CASO DO XISTO.....</b>	<b>77</b>
4.1	<b>O Direito Internacional dos Investimentos e</b>	
	<b>O Direito Energético.....</b>	<b>77</b>
4.2	<b>O Xisto.....</b>	<b>89</b>
4.3	<b>O Xisto no Brasil .....</b>	<b>105</b>
4.3.1	<u>Histórico do Tratamento Normativo do Xisto no Brasil.....</u>	<b>109</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>117</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>121</b>

## INTRODUÇÃO

A regulação do investimento estrangeiro é um ponto bastante sensível de qualquer ordenamento jurídico. Essa sensibilidade decorre da maneira como o país concebe sua economia, ou ainda dos limites de sua ação soberana. O tratamento dado aos investidores estrangeiros define a posição de um país na economia globalizada, pois oferece indícios do tipo de inserção que o Estado pretende ter na economia internacional. Estados refratários ao investimento estrangeiro tendem a se isolar do concerto das nações, enquanto aqueles mais abertos buscam se inserir globalmente de maneira mais benéfica.

Em relação ao investimento estrangeiro, os Estados criam diferentes regras para identificar os setores em que o investimento é bem vindo e onde ele é vedado. Mesmo as economias mais abertas ao capital estrangeiro tendem a possuir alguma restrição ao investimento internacional, geralmente vinculada à segurança internacional e a algum setor econômico politicamente sensível. O setor energético é um exemplo desse tipo de restrição, pois mesmo no Brasil, país em que há largo histórico de investimentos estrangeiros, o setor já foi monopólio estatal.

A internacionalização do setor energético é um elemento complicador para sua regulação. A exploração e o comércio de energia frequentemente atravessam fronteiras<sup>1</sup>, enfrentando situações em que há mais de um ordenamento jurídico conectado à exploração de recursos naturais energéticos.<sup>2</sup> Há grande integração dos fluxos internacionais de produção, exploração e refino de petróleo, além de interesse de empresas estrangeiras em investir no setor energético além de suas fronteiras.

Essa internacionalização cria questionamentos sobre quais os setores devem ser abertos para participação estrangeira e quais devem ser de atuação exclusivamente nacional. Esses questionamentos merecem análise aprofundada sobre a ótica do Direito Internacional dos Investimentos, especialmente da literatura sobre investimentos no setor energético.

O regime do capital estrangeiro no Brasil é matéria de grande repercussão na história e no ordenamento jurídico brasileiro. É impossível pensar a evolução do desenvolvimento do país sem levar em conta a influência das transferências internacionais de capital<sup>3</sup>. Essa longa

---

<sup>1</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord). *Estudos em Homenagem ao Prof. Celso R. D. de A. Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>2</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e prática Brasileira*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 377.

<sup>3</sup> PRADO Jr., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo, Editora. Brasiliense, 23ª edição, 1994; FURTADO, Celso. *FORMAÇÃO ECONÓMICA DO BRASIL*. São Paulo: Editora Nacional, 1987 .

história, que se inicia com os investimentos produtivos portugueses no cultivo do açúcar ainda no século XVI, deixou reflexos na cultura brasileira que ainda podem ser percebidos na atualidade.

O debate no século XX entre nacionalistas e os chamados entreguistas<sup>4</sup> evidencia o estado de espírito da população do país em relação ao capital estrangeiro. O investidor internacional, muitas vezes percebido como um explorador do sofrimento das camadas mais pobres é recebido com desconfiança em momentos de prosperidade econômica, apesar de ser acolhido de braços abertos em conjunturas de crise. Esse tratamento pendular dado ao investidor<sup>5</sup>, ora positivo, ora negativo, tem reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, que se mostra inconsistente na regulação do capital estrangeiro no país.

O século XXI traz um elemento complicador para o debate entre os defensores e os questionadores do capital estrangeiro. Por muitos anos, o Brasil foi um receptor voraz da poupança de países superavitários, e com isso o país financiou seu desenvolvimento. O projeto industrial brasileiro, assentado no tripé de capitais, estatal, privado estrangeiro e privado nacional<sup>6</sup>, já na década de 1970 demonstrava visíveis sinais de sucesso, em período conhecido como Milagre Econômico brasileiro.<sup>7</sup> Esse milagre não teria sido possível sem a participação de capital e tecnologia estrangeiros.

Há incremento do volume de investimento estrangeiro direcionado ao Brasil nas últimas duas décadas. O Brasil passa a ser um dos maiores destinos de capital estrangeiro, realidade ainda nova para um país que, até recentemente, esforçava-se para atrair empresas estrangeiras. Esse aumento substancial de ingresso de capitais estrangeiros tem como consequência a necessidade de melhor entendermos o fenômeno do investimento internacional e como regular essa fonte de capital.

O sucesso da industrialização brasileira, que não devemos esquecer ser ainda recente se comparada com Estados com economias maduras<sup>8</sup>, passa por profundas transformações no

---

<sup>4</sup> CEDEPEN. *Uma Nova Forma de entreguismo: A Solução Vargas para o Petróleo*. Centro de Estudos e Defesa do Petróleo e da Economia Nacional, 1952; MIRANDA, Maria Augusta Tibiriçá. *O Petróleo É Nosso: a luta contra o 'entreguismo', pelo monopólio estatal.*, Petrópolis: Editora Vozes, 1983, p. 181.

<sup>5</sup> D. FINON, *From Energy Security to Environmental Protection: Understanding Swings in the Energy Policy Pendulum*, *Energy Studies Review* (Vol. 6, No. 1, 1994), pp. 1-15 (quot. p. 8). Ver também: J. LICHTBLAUchtblau, *Oil Imports and National Security: Is There Still a Connection*, *The Energy Journal* (Vol 15, Special Issue, 1994), pp. 339-46; KRONKE, Herbert. *Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: 'Rules' at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws*. *Uniform Law Review* 2004-3, pp. 467-477.

<sup>6</sup> BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento Econômico Brasileiro 1930-1964: o Ciclo Ideológico do Desenvolvimento* Editora Contraponto, 2000.

<sup>7</sup> CHANG, Ha-Joon. *Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica* São Paulo: Editora UNESP, 2004.

<sup>8</sup> THE ECONOMIST *Brasil Takes Off - Relatório especial*, Londres, 14 de Novembro de 2009.

início do século XXI. A internacionalização da economia brasileira evidencia que as fronteiras nacionais não são mais o limite de atuação de empresas, e que o projeto desenvolvimentista autarquizante, voltado para o mercado interno do Brasil, não mais corresponde à realidade de uma economia que transborda sobre a América Latina e o resto do mundo.

Atualmente, o Brasil já alcança níveis de investimento de empresas brasileiras no exterior equivalentes aos investimentos de empresas estrangeiras em nosso território<sup>9</sup>. Com isso, o Brasil passa a ser alvo das mesmas apreensões que outrora foram direcionadas ao capital estrangeiro em território nacional. Nos países de nosso entorno, o capital Brasil pode sofrer algumas restrições de cunho político<sup>10</sup>. O Brasil deve reforçar a imagem positiva de seus investimentos produtivos no exterior e consolidar a percepção de que esses investimentos são realizados em prol do desenvolvimento conjunto da América Latina.<sup>11</sup>

O investimento brasileiro no exterior tem grande importância para a política externa brasileira. O Ministro José Raphael Lopes Mendes de Azeredo afirma que:

O investimento produtivo na região (América do Sul) conta com o apoio do Governo Brasileiro, que nele vê um instrumento para a consecução de objetivos da política externa, sobretudo no contexto da integração física e econômica. O apoio pode ser categorizado em três planos: político direto, através de apoio diplomático (por meio de gestões e iniciativas tendentes a facilitar a realização ou consolidação de investimentos); econômico direto, com a concessão de créditos para a realização de aquisições ou de obras de infraestrutura em países da região, aprovados pelo Comitê de Financiamento e Garantia das Exportações (COFIG) e canalizados através do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); e econômico indireto, através de mecanismos de créditos internos para o aumento ou diversificação da produção industrial no Brasil, e de ações de promoção das exportações, através da Agência de Promoção das Exportações (APEX), da Agência de Desenvolvimento Industrial (ABDI) e do próprio Itamaraty.<sup>12</sup>

Para divulgarmos os benefícios do investimento brasileiro, no entanto, é necessário que melhor compreendamos o capital estrangeiro que ingressa no Brasil. Como poderemos comprovar aos nossos povos irmãos que a presença de empresas brasileiras em seus territórios leva ao desenvolvimento conjunto, se temos sérias desconfiças quando estrangeiros aportam em nossas praias, especialmente no setor energético?

A internacionalização de empresas energéticas brasileiras, em especial a Petrobras, mas

---

<sup>9</sup> FARAH, Alessandra. Rua Oscar Freire ganha nova cara nas mãos da incorporadora F. Reud. In: *Brasil Econômico*, edição de terça-feira, 26 out.2010, p. 1

<sup>10</sup> WEINTRAUB, Sidney. *Bolivia's Natural Gas Nationalization* Issues in International Political Economy Center for Strategic and International Studies, May 2006, Number 77, Washington DC, Disponível em: <http://csis.org/files/media/csis/pubs/issues200605.pdf> . Acesso em: 22 out. 2010.

<sup>11</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. “Não podemos ser uma ilha de prosperidade cercada por um mar de pobreza e injustiça social” Entrevista do Presidente Luís Inácio Lula da Silva. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0107201009.htm>. Acesso em: 24 out. 2010

<sup>12</sup> De AZEREDO, José Raphael Lopes Mendes. *O Investimento Brasileiro na Argentina no Século 21 – Desafios para a Atuação Diplomática Brasileira*. Brasília, FUNAG, Tese de CAE, 2009, p. 29.

também de outras empresas como a HRT Participações, MMX e OGX, coloca novos desafios para essas empresas em relação aos aspectos jurídicos e tecnológicos de suas atuações. Empresas brasileiras não mais têm que analisar apenas o mercado nacional para definir suas estratégias de produção, mas também devem pesquisar outros países como fontes de recursos e de experiências normativas.

Com base nessa nova realidade, os ordenamentos jurídicos dos países sede dos investimentos brasileiros também devem ser levados em consideração nos estudos para adequadamente assessorar essas empresas em decisões sobre mineração e exploração de hidrocarbonetos em outros países. Essa atitude envolve uma mudança de paradigma para a assessoria jurídica de empresas brasileiras, que antes tinha que lidar apenas com o ordenamento jurídico nacional.

O Direito Internacional dos Investimentos pode ser dividido em diversos setores, relacionados às atividades econômicas que são objeto de investimento estrangeiro. Cada atividade econômica tem seu próprio conjunto de práticas, de contratos e particularidades que as distinguem das demais. Dentre essa miríade de atividades econômicas, foi escolhido como estudo de caso para este trabalho o setor de energia e, dentro dele, a exploração não convencional de petróleo.

O estudo das normas aplicáveis à atividade transnacional é essencial para a avaliação econômica dos riscos envolvendo os investimentos estrangeiros. O Direito Comparado é ferramenta fundamental tanto para aumentar a segurança desses investimentos, quanto para extrair experiências de outros países que possam auxiliar no desenvolvimento e na criação das normas no Brasil. O estudo do Direito Comparado, no âmbito do Direito Internacional dos Investimentos e do Direito Energético, tem como objetivo aperfeiçoar o Direito interno ou internacional, favorecendo a uniformização ou unificação de diferentes famílias jurídicas e permitindo maior compreensão entre os povos<sup>13</sup>.

Essa compreensão recíproca é de especial importância quando se começa a explorar recursos energéticos em territórios de Estados estrangeiros. A exploração de recursos energéticos pode ferir sensibilidades das populações locais, e isso se torna especialmente complexo quando consideramos a dependência mundial de fontes de energia não renováveis, como o petróleo.

A procura de novos campos de exploração desse precioso recurso é rotina em todos os países. Recentes descobertas de novas áreas de extração de petróleo, como os campos *offshore*

---

<sup>13</sup> SACCO, Rodolfo. *La Comparaison Juridique au Service de La Connaissance du Droit*. Collection Études Juridiques Comparatives, dirigé par André Tunc, Ed. Economica 1991, p.5.

do pré-sal brasileiro, no entanto, não são suficientes para eliminar o interesse estratégico e econômico de se buscar novas maneiras de produzir petróleo e seus derivados. Uma dessas alternativas é o chamado folhelho betuminoso, também conhecido como xisto betuminoso.

O *xisto betuminoso*, *oil shale* em inglês, é minério do qual petróleo ou gás podem ser extraído por meios industriais. Consiste em alternativa ao escasseante recurso do petróleo convencional, com estimativas que colocam o volume de hidrocarbonetos recuperável pela transformação industrial do *oil shale* em o equivalente a cerca de três trilhões de barris equivalentes de petróleo<sup>14</sup>. Apesar da denominação mais correta ser folhelho betuminoso ou folhelho pirobetuminoso, no Brasil, foi consolidado historicamente o termo xisto para a designação desse material pelos agentes regulatórios e pelo mercado. Para Carmen Watanabe:

Na literatura pesquisada foi encontrada com frequência a utilização do termo xisto em substituição ao folhelho pirobetuminoso como se fossem sinônimos. Geólogos como Righesso *et. al.* (1964) definem o xisto como uma rocha metamórfica de origem sedimentar, de estrutura foliácea e de lâminas muito delgadas, no entanto, a denominação “xisto” passou a ser utilizada para todas as rochas oleíferas, mesmo quando se tem conhecimento de que, de acordo com a nomenclatura geológica, está incorreto. O termo mais adequado para classificar qualquer rocha oleífera seria folhelho. Contudo, até mesmo a PETROBRAS/SIX, responsável pela extração e refino desse mineral, recebeu a denominação de Unidade de Negócios da Industrialização do Xisto.<sup>15</sup>

Os países com maiores reservas comprovadas de xisto betuminoso no mundo são Estados Unidos, China, Índia, Brasil e Jordânia. Novos depósitos desse material, contudo, são descobertos regularmente, alterando o ranking de maiores reservas de xisto mundiais<sup>16</sup>.

No primeiro capítulo, a disciplina do Direito Internacional dos Investimentos é conceituada, com análise de suas fontes. As definições chave desse ramo do Direito são trabalhadas, como definição de investimento e investidor. É apresentada também a discussão sobre o conflito ideológico presente dentro da disciplina, que coloca em oposição Estados desenvolvidos e em desenvolvimento.

No segundo capítulo, o histórico do Direito Internacional dos Investimentos é apresentado, desde o século XIX até os dias atuais. Os principais instrumentos da disciplina são apresentados, como a Convenção de Washington e os Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos.

<sup>14</sup> WORLD ENERGY COUNCIL, 2007 *Survey of Energy Resources*. Disponível em: [http://ny.whlib.ac.cn/pdf/Survey\\_of\\_Energy\\_Resources\\_2007.pdf](http://ny.whlib.ac.cn/pdf/Survey_of_Energy_Resources_2007.pdf)  
Acesso em: 23 out.2011.

<sup>15</sup> WATANABE, Carmen Ballão. *Impactos Ambientais da Mineração do Folhelho Pirobetuminoso nos Meios Físico e Antrópico em São Mateus do Sul, Paraná*. (2010), Tese (Doutorado em Geociências e Meio Ambiente) - Instituto de Geociências e Ciências Exatas.

<sup>16</sup> DYNI, J.R. 2006 *Geology and resources of some world oil-shale deposits: U.S. Geological Survey Scientific Investigations Report 2005-5294*. Disponível em: [http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294\\_508.pdf](http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294_508.pdf)  
Acesso em: 17 maio.2012.



No terceiro capítulo, os chamados princípios do Direito Internacional dos Investimentos são discutidos. Eles são o direito de admissão e estabelecimento de investimentos estrangeiros, a expropriação de bens de propriedade de investimentos, o tratamento justo e equitativo, o princípio do tratamento nacional, o princípio da nação mais favorecida, a transferência de fundos e a solução de controvérsias de investimentos.

No quarto e último capítulo, estuda-se o caso da exploração não convencional de petróleo. Parte-se da premissa de análise do setor energético sob a perspectiva de um investidor estrangeiro, tentando responder a pergunta de como seria um investimento no setor de exploração não convencional de petróleo, no Brasil e nos EUA? As ligações entre o Direito Internacional dos Investimentos e o Direito Energético são apresentadas, além da importância das fontes não convencionais de petróleo para um mundo ainda dependente desse recurso natural. Por fim, analisa-se a situação jurídica do xisto no Brasil e nos EUA.

## 1. DEFINIÇÃO DE INVESTIMENTO E INVESTIDOR

### 1.1 O Direito Internacional dos Investimentos

O Direito Internacional dos Investimentos possui certa autonomia do Direito Internacional Público por possuir conjunto próprio de princípios<sup>17</sup>. Também é uma das áreas com a evolução mais rápida e mais contenciosa do Direito Internacional<sup>18</sup>. Autores como Celso de Albuquerque Mello o inserem dentro do chamado Direito Internacional Econômico<sup>19</sup>, o que facilita a explicação sobre a grande interface entre essa disciplina e os estudos econômicos.

Podemos observar desenvolvimento autônomo de um regime de proteção dos investimentos internacionais<sup>20</sup>, conforme foi discutido no capítulo anterior. O surgimento de sistemas normativos especializados, regulando diversos subtemas do Direito Internacional, deve-se ao fenômeno chamado de fragmentação do Direito Internacional. O Direito Internacional dos Investimentos é, em si, exemplo do fenômeno da fragmentação do Direito Internacional, descrita por Koskenniemi:

The fragmentation of the international social world has attained legal significance especially as it has been accompanied by the emergence of specialized and (relatively) autonomous rules or rule-complexes, legal institutions and spheres of legal practice. What once appeared to be governed by “general international law” has become the field of operation for such specialist systems as “trade law”, “human rights law”, “environmental law”, “law of the sea”, “European law” and even such exotic and highly specialized knowledges as “investment law” or “international refugee law” etc. - each possessing their own principles and institutions.<sup>21</sup>

Nguyen Quoc Dinh discorre sobre essa fragmentação:

Esta expansão dos domínios do Direito Internacional foi também identificada como uma verdadeira “explosão normativa” e que se torna oportuno dividir o direito internacional num certo número de ramos, para não dizer de disciplinas autônomas: ao direito da guerra e da neutralidade, ao direito do mar, ao direito aéreo, ao direito

<sup>17</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008, p.7.

<sup>18</sup> AAKEN, Anne van., *Fragmentation of International Law: The cause of International Investment Protection*. Finnish Yearbook of International Law, 2008, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2008-1, p.1.

<sup>19</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 125.

<sup>20</sup> KRASNER, Stephen D. 1982. Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. *International Organization* 36/2 (Spring). Reprinted in Stephen D. Krasner, ed., *International Regimes*, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ASSEMBLEIA GERAL, COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, A/CN.4/L.682 13 de Abril de 2006, *Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*, p.11.

diplomático e consular, ao direito dos tratados (sectores tradicionais) é necessário acrescentar temas inteira ou parcialmente inéditos: direito do espaço, protecção dos direitos do homem, direito económico internacional, direito internacional do desenvolvimento, direito administrativo internacional, direito das organizações internacionais, direito do ambiente, direito da cooperação científica e técnica, etc.<sup>22</sup>

Dentre esses novos regimes normativos, dois são de especial importância para esta dissertação. O primeiro é o Direito Internacional dos Investimentos, e o segundo consiste em uma subdivisão do Direito dos Investimentos, que é o conjunto de normas que regulam a exploração transnacional de petróleo. Peter Cameron aproxima os dois campos de estudos, afirmando:

The *long term* and *capital intensive* character of investments in the international oil and gas or petroleum industry underlines the vulnerability of the foreign investor to unilateral alteration of the petroleum contract by the host government at some moment in the life of the contract. The provision of a guarantee for stability in the contract itself is one way of mitigating that risk.<sup>23</sup>

A economia e o Direito se influenciam mutuamente, mas são raras as situações em que essas duas disciplinas são conjuntamente estudadas na academia<sup>24</sup>. Na investigação sobre o investimento internacional, os ensinamentos da economia são essenciais para formar entendimento mais aprofundado sobre como ocorre a internacionalização de empresas. Devemos esperar que o Direito também pudesse contribuir para esse debate de maneira mais incisiva.

A ciência econômica traz ao Direito, conceitos importantes na hora de diferenciar os tipos de investimento estrangeiro. Os Professores Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer usam a economia para trabalhar a noção de investimentos, trazendo os seguintes critérios como essenciais para uma transferência internacional de capital ser considerada investimento: (i) transferência de fundos; (ii) projeto de longo prazo; (iii) propósito de renda regular; (iv) participação do transferidor dos recursos, em alguma medida, da gestão do negócio; e a existência de (v) Risco do negócio<sup>25</sup>.

Os autores estabelecem tais critérios para diferenciar o investimento do que eles

<sup>22</sup> DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PILLET, Alain. *Direito Internacional Público*, (4a. Ed.): Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, ESA. Tradução Edição da Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1999, p. 65.

<sup>23</sup> CAMERON, Peter. *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN) FINAL REPORT 5 de Julho de 2006. Disponível em [http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc\\_log/2006-07-05\\_aipn\\_stabilization-cameron\\_final.pdf](http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf) Acesso em: 31 julho. 2012.

<sup>24</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Disponível em: [https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro.pdf](https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf). Acesso em: 13 agosto.2012.

<sup>25</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008.

chamam de investimento de portfólio, em que o transferidor de capital não tem poder de gerência na empresa que recebe os recursos. Em muitos casos isso é o que acontece nas aplicações em bolsa de valores, em que o detentor de ações não tem praticamente nenhuma influência na condução do negócio da empresa.

O critério da regularidade aparece para diferenciar o investimento da compra e venda, pois o primeiro não se extingue com o pagamento. O Investimento estrangeiro é, por natureza, de longo prazo, enquanto a compra e venda se resolve imediatamente mediante o pagamento do preço da coisa.

Outro autor que pega emprestado ferramentas de análise econômicas para enfrentar o problema do investimento estrangeiro é John W. Head, em seu livro *Global Business Law*<sup>26</sup>. Como podemos observar no Quadro 1, o autor estabelece diferenças entre os tipos de atuação internacional de empresas, mas essas diferenças são econômicas, não jurídicas. Isso, no entanto, não impede que elas tenham poder de explicação sobre a miríade de maneiras de atuação internacional de empresas. Cada tipo de negócio terá implicações jurídicas próprias, que serão objeto de análise e de trabalho dos advogados que assessoram tais empreendimentos.

Quadro 1

	Onde Ocorre a produção?		Quem controla as vendas no Exterior?		Quem controla os meios de produção?	
	Origem	Fora	Origem	Fora	Origem	Fora
<b>Exportação</b>						
- Direita	X		x		x	
- Com agente de vendas	X		x	x	x	
- Com distribuidor	X			x	x	
Licenciamento de marca		X		x	x	x
IDE		X	x	x	x	x

Quadro retirado de HEAD, John W. *Global Business Law – Principles and Practice of International Commerce and Investment*, Durham, Carolina Academic Press. p. 7.

O primeiro estágio de internacionalização descrito por John Head é a simples exportação, que contém em si alguns riscos importantes, como os problemas relativos ao Direito do Comércio Internacional. Uma pequena empresa muitas vezes não possui a estrutura necessária para analisar mercados estrangeiros, ou arcar com os custos de remessa. No entanto, o controle sobre a comercialização e a produção é completo quando o empresário meramente envia produtos que poderiam ser comercializados no mercado interno para o mercado

<sup>26</sup> HEAD, John W. *Global Business Law – Principles and Practice of International Commerce and Investment*, Durham, Carolina Academic Press. p. 7.

internacional.

O Ministro José Raphael Lopes Mendes de Avedo lembra que:

a internacionalização da empresa (é) [...] um processo amplo e gradual, que teria início já a partir da decisão de iniciar atividades de comércio exterior de baixo comprometimento com ações futuras. Por essa visão, mesmo uma empresa que realiza exportações ocasionais poderia ser considerada firma internacionalizada.<sup>27</sup>

O segundo estágio de internacionalização já envolve maior estruturação da empresa que deseja se internacionalizar, pois requer o estabelecimento de representante comercial, um agente de vendas no território do país para o qual se pretende exportar. Esse preposto da empresa passa a ter algum controle sobre a comercialização dos produtos, embora a área produtiva continue no país sede da empresa. Esse nível de internacionalização é bastante comum, em que busca diminuir as incertezas de vender em mercado estrangeiro, ao manter representantes mais familiarizados com o mercado local estrangeiro.

O terceiro estágio de internacionalização proposto por Head envolve a contratação de distribuidor local para escoar a produção realizada no país sede. Com esse tipo de negócio, a empresa perde o controle da comercialização de seus produtos no território estrangeiro, mas o faz porque delega as decisões de venda para empresa especializada. Podemos usar como exemplo desse modelo de internacionalização os contratos de distribuição de roupas ou bebidas.

O quarto estágio já envolve produção no estrangeiro, mas não em instalações próprias da empresa sede. A empresa licencia sua marca para esta ser utilizada em bens produzidos no país para o qual a empresa sede pretende se expandir. Esse é, por exemplo, o caso da expansão internacional de uma das empresas mais emblemáticas do novo processo de desenvolvimento brasileiro além das fronteiras nacionais, a Natura. Para competir no mercado mexicano, a empresa de cosméticos brasileira Natura realizou contrato de licenciamento de marca com empresa mexicana, que produzirá localmente utilizando a marca brasileira<sup>28</sup>.

O quinto e último estágio de internacionalização de empresas, proposto por John Head, é o investimento direto estrangeiro, em que uma unidade produtiva, sob controle da empresa sede, é estabelecida em outro país. É o caso de empresas brasileiras como a Embraer, em

---

<sup>27</sup> De AZEREDO, José Raphael Lopes Mendes. *O Investimento Brasileiro na Argentina no Século 21 – Desafios para a Atuação Diplomática Brasileira*. Brasília, FUNAG, Tese de CAE, 2009, p. 9.

<sup>28</sup> PEREIRA, Viviane. Natura amplia logística e produção para crescer no Brasil e AL. *Jornal Folha de São Paulo*, (2010) Disponível em :<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/821124-natura-amplia-logistica-e-producao-para-crescer-nobrasil-e-al.shtml>. Acesso em: 2 nov. 2010.

Portugal<sup>29</sup>, e a Marcopolo, na Índia<sup>30</sup>. Esse é o investimento direto estrangeiro clássico.

Marilda Rosado ressalta que as transnacionais, empresas que conduzem seus negócios em mais de uma jurisdição e que estão classificadas no quinto estágio de Head, muitas vezes também são empresas com personalidade jurídica constituída no Estado receptor do investimento, conferindo a essas empresas uma natureza dupla, em que “Uma subsidiária local de uma corporação transnacional é tanto uma empresa nacional, estabelecida e regida sob a lei do país hospedeiro, quanto uma sub-unidade de um sistema centralizado global.”<sup>31</sup>

A lição mais importante que podemos tirar do quadro de John Head não é diferenciar os tipos de internacionalização de empresas, mas o fato de que há enorme área cinzenta entre as diferentes classificações. O Direito, campo do saber que utiliza definições precisas e, muitas vezes, com origens na Antiguidade, tem hoje um desafio na definição de investimento estrangeiro. O licenciamento de marca constitui um investimento? E a instalação de representante comercial? Qual é a porcentagem de capital social que um investidor deve ter para ele poder ter influência na gerência da empresa?

## 1.2 Fontes do Direito Internacional dos Investimentos

O Direito Internacional dos Investimentos possui como sua fonte principal de dois conjuntos de regras, o Direito Interno, tanto dos Estados que recebem o investimento quanto dos Estados que o enviam, e o Direito Internacional. De um lado estão as regras sobre formação e liquidação de investimentos, sejam eles feitos por nacionais em solo estrangeiro ou por estrangeiros em território nacional, do outro lado estão as regras para o tratamento, proteção e garantia desses investimentos – regras que pode ter sua origem no Direito Interno ou no Direito Internacional.<sup>32</sup>

Essas duas fontes se diferem pela vontade expressada na norma que regula o investimento estrangeiro. Celso Mello nos lembra que o Direito Interno “é o resultado da

<sup>29</sup> Reportagem intitulada: *Fábrica da Embraer em Portugal focará em jatos executivos*, publicado em 25/07/2009. Disponível em: [http://www.mundolusiada.com.br/ECONOMIA/econ428\\_ago09.htm](http://www.mundolusiada.com.br/ECONOMIA/econ428_ago09.htm). Acesso em: 2 nov. 2010.

<sup>30</sup> HAHN, Sandra. *Fábrica da Marcopolo na Índia começa a dar lucro*. (2009) *Jornal O Estadão de São Paulo*. Disponível em: [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091118/not\\_imp468080,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091118/not_imp468080,0.php). Acesso em: 2 nov. 2010.

<sup>31</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord). *Estudos em Homenagem ao Prof. Celso R. D. de A. Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>32</sup> JUILLARD, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*. Hague Academy of International Law, p. 123.

vontade de um Estado, enquanto o DI tem como fonte a vontade coletiva dos Estados, que se manifesta expressamente nos tratados-leis e tacitamente no costume internacional.”<sup>33</sup>

No Direito Interno, a legislação ou regulamentação do investimento consiste em todas as medidas de caráter unilateral que estão à disposição dos Estados para fixar regras de constituição e liquidação de investimentos de nacionais no exterior, ou de estrangeiros em território nacional, e as condições de tratamento e de proteção de investimentos estrangeiros em território nacional. Portanto, pode haver um conflito próprio do Direito Internacional Privado entre o ordenamento do país de origem do investimento e a legislação do país sede do investimento.<sup>34</sup>

Celso Mello define fontes do Direito como:

O conceito de fonte nem sempre tem sido dado de maneira clara no DI. Alguns autores, como já vimos (Kelsen), confundem a noção de fonte com fundamento. O fundamento, como explicamos, é de onde o Direito tira a sua obrigatoriedade. Fontes do DI constituem os modos pelos quais o Direito se manifesta, isto é, as maneiras pelas quais surge a norma jurídica. É, como diz Aréchaga, “os modos formais de constatação do DI”. “São fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a idoneidade ou a capacidade de produzir norma jurídica” (Norberto Bobbio, *Il Positivismo Giuridico*, 1979). Nós não pretendemos com isto negar a existência das denominadas fontes materiais, isto é, os elementos histórico, social e econômico. Sustentamos é que interessam diretamente ao estudo do direito positivo somente as fontes formais.<sup>35</sup>

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça é o texto mais importante para a definição das fontes do Direito Internacional. Em seu famoso artigo 38, o Estatuto da Corte lista as “maneiras pelas quais o Direito Internacional se manifesta”.

Art. 38

1 — A Corte, cuja função é decidir de acordo com o Direito Internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes.
- b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d) sob ressalva da disposição ao art. 59,<sup>3</sup> as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.

2 — A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão “ex aequo et bono”, se as partes com isto concordarem.

Os tratados são a fonte mais importante do Direito dos Investimentos. No plano bilateral, o Direito Internacional dos Investimentos teve grande evolução durante a segunda metade do

<sup>33</sup> MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direito Internacional Público* - 15 Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004 Volume 1 p. 115.

<sup>34</sup> JUILLARD, Patrick. *L'évolution des sources du droit des investissements*. Hague Academy of International Law, p. 123.

<sup>35</sup> MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direito Internacional Público* - 15 Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004. Volume 1 p. 190.

Século XX. Com início ainda na década de 1950, o primeiro Tratado Bilateral de Investimento (é prática utilizar a sigla em inglês *BIT – Bilateral Investment Treaty* para se referir a esse tipo de acordo internacional) entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão<sup>36</sup> inaugurou o tratamento moderno dos investimentos internacionais. Em português, esses tratados têm sido classificados como Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos (APPIs). Esses tratados, que têm como objetivo diminuir os riscos políticos dos investimentos internacionais, têm sido a base jurídica de muitos investimentos estrangeiros no mundo. O Brasil já assinou 14 tratados desse modelo, mas não ratificou nenhum e todos foram retirados do procedimento de aprovação parlamentar.<sup>37</sup>

O Ministro Sérgio Barreiros explica o conteúdo desse tipo de acordo, além de criticar a denominação desses tratados:

Os Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, concebidos por países exportadores de capitais, em que pese a menção à “promoção”, têm por objetivo, com efeito, sobretudo a proteção aos investimentos estrangeiros. Esses instrumentos buscam limitar o poder do Estado receptor nas questões afetas ao tratamento dos investimentos estrangeiros e evitar os chamados riscos “não comerciais”, ou políticos, por meio de dispositivos que asseguram ao investidor tratamento justo e equitativo, livre gestão e operação, além de livre transferência do capital investido, seus rendimentos e outras quantias associadas ao investimento. Ainda, eles impõem condições à adoção de medidas de nacionalização e desapropriação e, quando as admitem, obrigam ao pagamento de indenização imediata, justa e adequada; e estabelecem mecanismos de solução de controvérsias entre o investidor e o Estado receptor do investimento, inclusive fora do âmbito da jurisdição local.<sup>38</sup>

No plano plurilateral, a Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 1965, mais conhecida como Convenção de Washington, buscou instituir regime internacional de proteção de investimentos estrangeiros e de solução de controvérsias entre investidores e Estados Hospedeiros.

O Ministro Flavio Marega lembra que a Convenção foi elaborada, partido da premissa que:

Os investimentos internacionais estimulariam o fluxo de capital e de tecnologia, especialmente em direção aos países em desenvolvimento, (e que) o Banco Mundial tomou a iniciativa de criar, em seu âmbito, instância destinada à conciliação e à resolução de conflitos entre investidores e Estados receptores de investimentos.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> SALACUSE, J. and SULLIVAN, N.: 2004, *Do BITs really work? an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, Harvard International Law Journal 46(1) 2005, p.4.

<sup>37</sup> IIA MONITOR No. 3 (2006) International Investment Agreements *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)* UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006 p. 3.

<sup>38</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, p.12.

<sup>39</sup> MAREGA, Flavio. *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*. Brasília : IRBr, 2005. CAE, tese, p. 31.



Sornarajah comenta sobre o procedimento arbitral da CIRCI (ou ICSID em inglês):

ICSID, as indicated above is a specialist organisation tasked with the settlement of investment disputes and, unlike other arbitral tribunals, operates on the basis of an international convention. Its juridical status is as an international institution, whereas other arbitral tribunals are either private bodies, creatures of single sovereigns or of the immediate parties to a dispute as in the case of *ad hoc* tribunals.<sup>40</sup>

A Convenção de Washington tem, como objetivo geral, oferecer:

i) a possibilidade de um particular sem personalidade jurídica internacional, o investidor estrangeiro, poder demandar na esfera do direito internacional um Estado soberano e com ele manter uma controvérsia diretamente; ii) a obrigatoriedade da submissão à arbitragem internacional por parte do Estado, quando o demandante é um particular; iii) a desnacionalização da lei aplicável aos aspectos procedimentais e, de certa forma, da lei aplicável à matéria objeto da controvérsia; iv) a obrigação de proceder à execução das sentenças arbitrais proferidas no âmbito da CIRCI como se sentenças nacionais fossem.<sup>41</sup>

A discussão sobre princípios gerais do Direito, bastante explorada no Direito Interno<sup>42</sup>, também é relevante para o Direito Internacional. A menção aos princípios no Direito Internacional como fonte de Direito Internacional ocorre no famoso artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional da Justiça, que afirma:

Art. 38

1. O Tribunal, cuja função é decidir em conformidade com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

[...]

c. *Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;*<sup>43</sup>(grifo nosso)

Malcolm Shaw discute o conceito de princípios gerais do Direito em Direito Internacional, estabelecendo dois grandes paradigmas: o do Direito Natural e o do Direito Positivo:

There are various opinions as to what the general principles of law concept is intended to refer. Some writers regard it as an affirmation of Natural Law concepts, which are deemed to underlie the system of international law and constitute the method for testing the validity of the positive (i.e. man-made) rules. Other writers, particularly positivists, treat it as a sub-heading under treaty and customary law and incapable of adding anything new to international law unless it reflects the consent of states.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p.430.

<sup>41</sup> MAREGA, Flavio. *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*. Brasília : IRBr, 2005. CAE, tese, p. 31.

<sup>42</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2009. 195 p.; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.; BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

<sup>43</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, ESTATUTO. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER\\_II](http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II). Acesso em: 9 julh. 2012.

<sup>44</sup> SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge University Press, 6ª Edição, p. 99.

Cláudia Perrone-Moisés ressalta que: “Os princípios são proposições normativas que encerram grandes tendências do direito positivo e funcionam como pautas orientadoras”<sup>45</sup> Sob essa visão, os princípios de Direito Internacional deveriam ser retirados de normas positivas que indicariam a tendência desse ramo do Direito. No entanto, tal definição leva a um questionamento, associado à necessidade de concordância dos Estados com a criação de uma norma internacional.

O regime internacional de regulação do investimento estrangeiro não é de aplicação universal, pois vários Estados, inclusive o Brasil, não fazem parte desse sistema. Esses Estados, ao não subscreverem à normativa internacional sobre o tema dos investimentos, não podem ser considerados parte da tendência normativa presente nesse regime.

A ausência de texto hierarquicamente superior aos tratados, que oriente sua interpretação, como ocorre com a constituição no Direito Interno, faz com que o entendimento dos princípios pelo Direito Internacional seja diferenciado àquele do Direito Interno. Não há texto positivado que estabeleça claramente os princípios gerais de direito.

A discussão sobre a existência de princípios internacionais que regulam o tratamento do investimento estrangeiro é causa de acalorado debate e merece atenção, especialmente sob a ótica brasileira, de um país receptor de grande quantidade de investimentos estrangeiros. Os “princípios” do Direito Internacional dos Investimentos não poderiam ser considerados princípios gerais do Direito, aplicáveis universalmente. Seriam padrões de tratamento aplicáveis somente aos membros desse regime.

Salacuse e Sullivan posicionam-se sobre o tema, questionando a argumentação de que os chamados princípios do Direito dos Investimentos são princípios gerais do Direito:

*The notion that the principles embodied in BITs could represent "general principles of law" and thus constitute a source of international law has not received extensive consideration by scholars. However, as BITs proliferate, more and more countries incorporate BITs into their domestic legal systems. Thus, there is scope for arguing that BITs manifest certain concepts on the treatment of investors and investments that represent general principles of law.* <sup>46</sup> (grifos nossos)

Para Claudia Perrone-Moisés, o tema dos princípios do Direito Internacional dos Investimentos, assim como qualquer discussão nessa disciplina, é bastante controverso.

*A discussão em torno da existência de princípios gerais aplicáveis aos investimentos estrangeiros, assim como sua identificação, tem sido objeto de debate entre países em desenvolvimento e países desenvolvidos. Sabe-se que, durante as negociações de regras para regular a matéria no âmbito do Código de Conduta das Nações Unidas*

<sup>45</sup> PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 74.

<sup>46</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 *Harvard International Law Journal* 67 Winter, 2005, p. 14.

para empresas transnacionais, uma das diferenças de posição importantes entre os grupos de países dizia respeito à aplicação dos princípios gerais do direito internacional à matéria. Segundo o entendimento dos países em desenvolvimento, o que impedia sua aplicação seria, fundamentalmente, *o fato de que tais princípios não haviam sido aprovados por toda a comunidade internacional*.<sup>47</sup>(grifos nossos)

Pode-se perceber diferença de concepção sobre os chamados princípios de Direito Internacional dos Investimentos entre autores de países importadores e exportadores de capital. Dolzer e Schreuer derivam os princípios de Direito Internacional dos Investimentos de princípio geral do Direito, do princípio da boa fé:

The treaty-based rules on investment have to be understood and interpreted, like all treaties, in the context of the general rules of international law. This includes not only customary law but also general principles of law within the meaning of Article 38(1) lit. c of the ICJ Statute. The latter will acquire importance in the context of investment rules under certain circumstances, especially in the case of lacunae in the text of treaties and in the interpretation of individual terms and phrases.

Among the general principles with a broad scope of application, the requirement to observe the rule of good faith is especially pertinent to the law of foreign investment, and investment tribunals have had recourse to this principle.<sup>48</sup>

A importância do regime internacional de proteção de investimentos é defendida por Celso de Tarso Pereira, que afirma “A permanência de conflitos pendentes entre países e investidores, por falta de um instrumento adequado de solução de controvérsias, opera como um grave entrave ao comércio internacional.”<sup>49</sup>

Hippolyte questiona o discurso que defende o surgimento de princípios gerais de Direito Internacional, que regulariam o Direito Internacional dos Investimentos, alegando que os chamados princípios mascariam interesses de países desenvolvidos atrás de estrutura lógico-jurídica complexa e do temor reverencial de grandes acadêmicos de países desenvolvidos, que dariam legitimidade ao regime de investimentos. A própria burocracia internacional, ligada às arbitragens de investimento, estaria inserida na lógica tendenciosa contrária aos investimentos de países em desenvolvimento.<sup>50</sup>

A segunda parte da alínea c do Artigo 38 (Os princípios gerais de direito, *reconhecidos pelas nações civilizadas*), enseja discussão de grande relevância para o Direito Internacional dos Investimentos. Esse dispositivo pode ser dispensado como relíquia da era em que a

<sup>47</sup> PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 79.

<sup>48</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008, p.5.

<sup>49</sup> PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID)*. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 88.

<sup>50</sup> HIPPOLYTE, Antonius R. Hippolyte, Antonius Rickson, *Third World Perspectives on International Economic Governance: A Theoretical Elucidation of the ‘Regime Bias’ Model in Investor-State Arbitration and its Negative Impact on the Economies of Third World States* 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2080958> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2080958>. Acesso em: 9 agost. 2012.

igualdade jurídica entre os Estados estava ainda em processo de consolidação e em que grande parte do mundo encontrava-se sob o jugo de potências coloniais, ou seja, em momento que havia nações civilizadas e não civilizadas.

Autores de países desenvolvidos, como Schwebel, chegam a afirmar que a existência de grande número de tratados de investimento, que inscrevem diferentes princípios para o tratamento de investimentos estrangeiros, constituiria costume internacional, obrigatório, inclusive, para países que não são signatários desse tipo de tratado.

In view of the immense number of treaties and predominant consistency of their terms, there is room for the view that they have reshaped the body of customary international law in respect of the treatment and taking of foreign investment. ... *Certain core provisions ... by the fact of being prescribed in some 2800 treaties, have seeped into the corpus of customary international law, with the result that they are binding on all states including those not parties to BITs.*<sup>51</sup> (grifos nossos)

No entanto, Patrick Juilliard afirma que: "Il paraît donc très hasardeux d'affirmer que se constitue, actuellement, sur les stipulations des conventions bilatérales, une coutume internationale de portée générale."<sup>52</sup>

José Augusto Fontoura Costa discorda da opinião de que o Direito Internacional dos Investimentos desenvolveu normas costumeiras:

Ausente um conceito jurídico costumeiro de investimento, a proteção do investimento estrangeiro em conformidade com o Direito Internacional consuetudinário deve ser tratada tendo em vista a proteção da propriedade dos estrangeiros. Observe-se que a tendência a situar no campo da proteção à propriedade aquelas questões que, normalmente, em vários Direitos internos, seriam tratados como contratuais, como mostra Fatouros, deve-se ao fato de que o Direito Internacional tem muito mais a dizer a respeito da propriedade do que dos contratos.<sup>53</sup>

No entanto, o autor afirma que existem padrões mínimos de tratamento do investimento estrangeiro, com base no Direito Internacional:

A propriedade do estrangeiro é, em geral, definida como sendo protegida em conformidade com a ordem jurídica do Estado receptor, seguindo a regra da *Lex rei sitae*, com exceções variáveis. Não obstante, somam-se à ordem interna os padrões mínimos, originados do Direito Internacional, os quais lançam seus fundamentos na proteção dos Direitos Humanos, com o respaldo, por exemplo, do art. 17 (2) da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1946, do art. 21 da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, de 1969, e do art. 1º do Protocolo à Convenção Europeia de Direitos Humanos, como lembram Verdross (1978), Jennings e Watts (1996) e Brownlie (1998).<sup>54</sup>

<sup>51</sup> SCHWEBEL, Suffolk. *The Overwhelming Merits of Bilateral Investment Treaties* *Transnational Law Review* 32 (2009), 263

<sup>52</sup> JUILLARD, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements.*, Hague Academy of International Law, p. 123.

<sup>53</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba 2010 p.61.

<sup>54</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba 2010 pp.63-64.

Salacuse e Sullivan também discordam da ideia de que os padrões de tratamento do Direito Internacional dos Investimentos constituem costume internacional vinculante:

For foreign investors and their governments, one of the great deficiencies of customary international law has been its lack of effective and binding mechanisms for the resolution of investment disputes. One aim of the BIT movement has been to remedy this situation.<sup>55</sup>

Nesse sentido, a expressão princípios de Direito Internacional dos Investimentos deve ser entendida como padrões de tratamento, não como princípios gerais de Direito. O conceito princípio é usado por autores da disciplina como sinônimo de padrões mínimos de tratamento. Dois dos maiores nomes da disciplina, Dolzer e Schreuer assim o fazem intercambiavelmente:

*The principle of fair and equitable treatment, for example, while it is emerging as one of the core concepts of international investment protection and is frequently invoked and applied by arbitral tribunals, is characterized by a lack of clarity concerning the principle's normative content and scope. The standard of fair and equitable treatment does not have a precise content that can easily be applied.*<sup>56</sup> (grifos nossos)

Salacuse e Sullivan também utilizam a expressão de padrões de tratamento como sinônimo de princípios do Direito Internacional dos Investimentos:

*The totality of obligations that a host country owes a foreign investor or investment after the investment is made is generally referred to in BITs as the treatment owed to the investor or the investment. BITs stipulate the standard of treatment that a host country must accord to a foreign investment in two respects. They define certain general standards of treatment and also state specific standards for particular matters, such as monetary transfers, the employment of foreign personnel, and the resolution of disputes with the host government. ... One may divide the general standards of treatment of most BITs into six component parts: (1) fair and equitable treatment; (2) the provision of full protection and security; (3) protection from unreasonable or discriminatory measures; (4) treatment no less than that accorded by international law; (5) requirement to respect obligations made to investors and investments; and (6) national and/or most-favored-nation treatment. An individual BIT may provide for some or all of these treatment standards.*<sup>57</sup>

Patrick Julliard, apesar de ser originário de país desenvolvido, questiona a obrigatoriedade universal dos princípios de Direito Internacional:

Mais, pour simplifier l'exposé, on admettra, à titre d'hypothèse, que le droit international des investissements avait déjà atteint sa maturité avant que ne se manifeste l'opposition Nord-Sud sur l'existence et la consistance des principes et règles de protection. *Même si l'on admet cette hypothèse, il n'en reste pas moins vrai*

<sup>55</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *46 Harvard International Law Journal* 67 Winter, 2005, p. 11.

<sup>56</sup> J. BERING/ T. R. BRAUN/ R. A. LORZ/ S. SCHILL/ C. J. TAMS/ C. TIETJE, General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht ILA German Branch / Working Group Heft 105 March 2011, p. 15.

<sup>57</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *46 Harvard International Law Journal* 67 Winter, 2005, p. 9.

*que ces règles ont fait l'objet d'une contestation et d'une récusation par les pays en développement.*<sup>58</sup> (grifos nossos)

Entretanto, Patrick Juilliard questiona a eficácia da recusa dos países em desenvolvimento em reconhecer os princípios do Direito Internacional dos Investimentos:

*Mais l'exclusion du droit international, malgré cette tentative d'affirmation du droit interne, n'a jamais été totale. Les pays en développement ont, certes, contesté et récusé l'existence de principes et règles de droit international, d'origine non conventionnelle, en matière de protection des investissements. Quel est l'effet de cette contestation et de cette récusation ? A supposer que toutes conditions soient réunies pour qu'elles produisent effet, celui-ci ne peut être que limité : il aboutit au cantonnement des principes et règles d'origine non conventionnelle aux seuls rapports entre pays développés ; mais il n'entraîne pas leur éradication.* (grifo nosso)<sup>59</sup>

Muthucumaraswamy Sornarajah, professor da Universidade de Singapura e especialista internacionalmente reconhecido em Direito dos Investimentos afirma:

*"In the area of foreign investments, there is a claim made by capital exporting countries as to the existence of a body of customary international law, which, if it exists, will limit the state's sovereignty to impose restrictions on foreign investors. The body of customary law relates to an area referred to in the texts as state responsibility for the treatment of aliens. This law imposes standards upon states as to the treatment of aliens who are present in their territories. Whether this body of law forms part of customary international law is questionable as its universality has been denied by some authors. It is undeniable, however, that treaties on foreign investment could limit the state's sovereignty to treat the foreign investor in violation of the treaty standards which protect him.*<sup>60</sup> (grifo nosso)

José Fontoura resume a discussão sobre a constituição de costume internacional no âmbito do Direito dos Investimentos da seguinte maneira:

Sornarajah (2004) descreve dois instrumentos de tentativa de imposição de padrões: a afirmação destes em documentos oficiais de países desenvolvidos e a alegação de que os APPRIs, ao se generalizarem, produzem Direito Internacional consuetudinário. Esses argumentos não prosperaram, pois a imposição unilateral seria impensável e as diferenças marcantes entre os textos do diversos APPRIs não permitiriam a generalização de regras a respeito do investimento. Deve-se acrescentar a esses argumentos que a ausência de consenso suficiente, em diversas ocasiões, para a formulação de um sistema multilateral de proteção de investimentos também denota a distância que se guarda até a generalização da aceitação dos padrões apresentados nesses acordos como prova de Direito consuetudinário.<sup>61</sup>

Salacuse e Sullivan também debatem sobre a existência de princípios consuetudinários do Direito Internacional dos Investimentos, que haveriam surgido da prática dos tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos:

<sup>58</sup> JUILLARD, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*. Hague Academy of International Law, p. 37

<sup>59</sup> JUILLARD, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*, Hague Academy of International Law, p. 38

<sup>60</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp.136-137.

<sup>61</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba 2010 p.64.

*Virtually since the beginning of the BIT movement, scholars have debated the extent to which BITs constitute or form customary international law with respect to foreign investment. One argument is that BITs "establish and accept and thus enlarge the force of traditional conceptions" of the law of state responsibility for foreign investment. Others have countered that, despite their prevalence, BITs are *lex specialis*, and have effect only between the parties to the BIT. According to this view, BIT provisions are not sufficiently uniform to establish custom accepted by the international community.* (grifo nosso)

Sobre a criação do costume, Nguyen Quoc Dinh afirma que a regra costumeira surge como resultado de uma necessidade lógica e social e traduz um equilíbrio momentâneo que é assumido pela consciência jurídica coletiva.<sup>62</sup>

O possível desenvolvimento de um costume internacional relacionado à prática dos tratados de investimento necessita comprovação. Sornarajah ainda acrescenta que:

*In order to qualify as customary international law, BITs must have "result[ed] from a general and consistent practice of states followed by them from a sense of legal obligation." The first requirement, "state practice," is likely not difficult to prove, given that the common structure and language of certain BITs provisions, particularly those of more recent vintage, as well as their widespread adoption, arguably reflect a practice "both extensive and virtually uniform." .<sup>63</sup>(grifo nosso)*

Ou seja, o costume ocorreria quando há prática geral e consistente dos Estados, reconhecida como juridicamente obrigatória. A prática reiterada poderia ser comprovada, em tese, pelos mais de 2200 APPIs existentes atualmente.

Nesses tratados há com linguagem razoavelmente padronizada, constituindo obrigações bastante semelhantes aos Estados hospedeiros dos investimentos. O requisito de prática geral e consistente estaria, assim, preenchido. Contudo, para a comprovação da existência de um costume, há ainda segundo requisito, o do reconhecimento geral do costume como legalmente obrigatório. Sobre o preenchimento desse segundo requisito, Salacuse e Sullivan defendem que:

*The second requirement of opinion juris sive necessitates, that the state practice "should have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of legal obligation is involved," could prove to be more problematic to satisfy. Are the principles embodied in the BITs *lex specialis*, constituting specially agreed upon rules between treaty partners? Or have the principles embodied in over 2200 BITs become sufficiently generalized that countries respect them because they recognize that a legal obligation is involved? Certainly as the number of countries involved in BITs increases and the total number of BITs grows, certain BIT provisions, if sufficiently common, approach the status of custom and seem less and less like mere *lex specialis*.<sup>64</sup> (grifos nossos)*

<sup>62</sup> DINH, Nguyen Quoc et. al., *Direito Internacional Público*, FCG, 1999, pp. 292-314.

<sup>63</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp.136-137.

<sup>64</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46. Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005, p. 24.

As decisões arbitrais sobre investimentos, para muitos autores de países desenvolvidos, confirmariam a criação de precedentes e de expectativas normativas sobre o tema. Stephen Schiller defende o impacto normativo das decisões de tribunais de investimentos:

In ascending order of normative impact on tribunal decision-making, the use of precedent includes the following: (1) precedent as a source of cautious analogizing with earlier decisions; (2) precedent as a means of clarifying treaty provisions; (3) precedent as an abbreviation of reasoning; (4) precedent as a standard-setting device; and (5) precedent as an instrument of system-wide law-making. Finally, precedent is even at play in cases of conflicting decision making in investment treaty arbitration (see 6). *Precedent, in consequence, becomes the basis for those affected by international investment treaties and investment treaty arbitrations to develop normative expectations about the existence of a multilateral international legal order protecting foreign investments.*<sup>65</sup> (grifo nosso)

A argumentação de que o Brasil não está vinculado aos princípios de Direito Internacional dos Investimentos, portanto, tem largo embasamento em doutrina nacional e internacional. A recusa brasileira em participar dos instrumentos do regime de proteção internacional dos investimentos coloca o país ao lado dessa normativa.

Apesar de o Brasil não participar do regime plurilateral de proteção de investimentos e de não ter ratificado tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos, os países com os quais o Brasil negocia provavelmente participam de tal regramento e mantêm os conceitos dessa disciplina em mente quando tratam com o Brasil. Dessa forma, o estudo da disciplina do Direito Internacional dos Investimentos é essencial para dar fundamentos ao negociador brasileiro sobre as concepções de seus contrapartes estrangeiros.

A utilização do termo “princípio” neste trabalho segue a prática internacional e nacional dos autores da disciplina. No entanto, esses princípios não podem ser considerados princípios gerais de direito, conforme estabelecido no art. 38 alínea c. a expressão princípios deve ser entendida como padrão de tratamento oferecido ao investidor pelo regime internacional de proteção aos investimentos.

### 1.3 Definições de Investimentos Estrangeiros no Direito Brasileiro

---

<sup>65</sup>SCHILL, Stephen W. *From Sources to Discourse: Investment Treaty Jurisprudence as the New Custom?* p. 4. Disponível em: [http://www.biiicl.org/files/5630\\_stephan\\_schill.pdf](http://www.biiicl.org/files/5630_stephan_schill.pdf). Acesso em: 8 julh. 2012.



O Direito Brasileiro parece não andar no mesmo passo do Direito Internacional no tocante ao investimento Estrangeiro. A Lei específica que regula a matéria, a Lei 4131 de três de setembro de 1962, é do período da Presidência de João Goulart. O capitalismo brasileiro e a influência dos investimentos estrangeiros na nossa economia são bastante diferentes hoje do que eram no período histórico da elaboração dessa norma.

Também a Lei n.º 4.390, de 29 de Agosto de 1964, regula a matéria, proporcionando um tratamento igualitário ao capital estrangeiro e nacional. O surgimento dessa norma logo após a quebra institucional de 1964 sugere ao observador a preocupação dos governantes do período com o sensível tema do investimento estrangeiro, além de indicar mudança de orientação política em relação ao investimento estrangeiro no Brasil.

Regulamentos complementares com relação a capitais estrangeiros são expedidos pelo Conselho Monetário Nacional e pelo BACEN periodicamente, alterando as formas de registro desse tipo de capital, como por exemplo, na Circular 3491 do BACEN, que Altera o Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI). Esses órgãos receberam atribuição bastante ampla sobre o capital estrangeiro e, devido a políticas de informatização do registro, acompanham cuidadosamente o ingresso de capitais estrangeiros no território nacional.

O BACEN criou e regula sistema de registro declaratório eletrônico de investimentos diretos estrangeiros, regulado pela Circular 3280 de 2005 e pela Resolução 3844, de 23 de março de 2010. De acordo com este sistema, os investimentos estrangeiros diretos no Brasil deverão ser registrados eletronicamente, utilizando o Módulo RDE-IED do Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN)<sup>66</sup>.

O BACEN também é um ator importante para averiguar o volume de investimentos brasileiros no exterior, pois o BACEN fiscaliza a remessa de investimentos para o exterior. Por exemplo, o Banco Central do Brasil, no período de 2001 a 2010, registrou investimentos brasileiros na África no valor de R\$ 1,2 bilhão. Esses números podem estar defasados, pois o Banco de Desenvolvimento Africano (BAD) registrou, até 2009, o total de investimentos brasileiros em mais de US\$ 10 bilhões. Essa discrepância pode ser explicada pela diferença entre a origem dos recursos e a proveniência dos mesmos. O investimento pode ser originário

---

<sup>66</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. BANCO CENTRAL DO BRASIL. BACEN RDE-IED. *Manual do Declarante*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/?RDEIED> .Acesso em: 2 nov. 2010.

do Brasil, mas ter sido enviado ao exterior de algum paraíso fiscal, onde os recursos estavam depositados.<sup>67</sup>

Todos os investimentos de capital, repatriações e remessas de lucros relacionados com capital estrangeiro devidamente registrado com o BACEN podem ser efetuados em qualquer momento sem autorização prévia do BACEN, desde que sujeitos à observância da legislação societária e fiscal aplicável. A inexistência de autorização prévia constitui mudança do sistema existente antes de 1996, quando o registro de capital estrangeiro era autorizativo para a posterior remessa de lucros.

A Lei 4131/1962 conceitua investimento estrangeiro da seguinte forma:

Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Com relação a esse artigo, devemos lembrar os critérios de Rudolf Dolzer e Christoph Schreuer<sup>68</sup>, em que os autores diferem a compra e venda do investimento. Quando o legislador usa o conceito de “capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas”, a parte final desse dispositivo contem a intenção de distinguir o investimento da compra e venda, em que há dispêndio inicial de divisas. Nesse caso há transferência de fundos, não contraprestações como ocorre na compra e venda.

Ainda lembrando o que foi exposto anteriormente, o processo de internacionalização de empresas é muito mais complexo do que a definição de investimento estrangeiro contida na Lei 4131 de 1962. John Head afirma que a empresa moderna pode muito bem fazer investimentos internacionais utilizando licenças de sua propriedade intelectual<sup>69</sup>. A definição do termo bens foi posteriormente alargada na prática internacional com o intuito de abranger marcas registradas, patentes e transferências de tecnologia registradas no INPI, mas não houve revisão

---

<sup>67</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, Subsecretaria-Geral de Cooperação, Cultura e Promoção Comercial, Departamento de Promoção Comercial e Investimentos, Apresentação no Instituto Rio Branco, 7/08/2012.

<sup>68</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008, p.7

<sup>69</sup> HEAD, John W. *Global Business Law – Principles and Practice of International Commerce and Investment*, Durham, Carolina Academic Press. p. 7.

do texto legal brasileiro para prever essa extensão<sup>70</sup>, nem o Brasil ratificou qualquer tratado que incluía a propriedade intelectual em definições de investimento estrangeiro.

O professor da USP José Augusto Fontoura Costa, aponta que o Direito Interno brasileiro nem sempre é unívoco a respeito da definição de investimento<sup>71</sup>. Também afirma o autor que o caráter estrangeiro de um investimento pode seguir a personalidade de seu proprietário – conforme critérios de nacionalidade ou de domicílio – ou da movimentação transfronteiriça de ativos.

O Banco Central do Brasil, que regula a entrada de capital estrangeiro, possuiu sua própria definição de investimento estrangeiro:

[...] as participações, no capital social de empresas no País, pertencentes a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior, integralizadas ou adquiridas na forma da legislação em vigor, bem como o capital destacado de empresas estrangeiras autorizadas a operar no País.<sup>72</sup>

A definição do BACEN sobre investimento não corresponde àquela de doutrinadores estrangeiros, exposta a seguir, que considera investimento apenas as participações societárias que concedem algum grau de controle sobre a empresa ao investidor, conforme será analisado a seguir.

Denis Borges Barbosa estabelece três ângulos de análise para descobrir se um investimento pode ser considerado estrangeiro:

Subjetivo: deve pertencer a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior  
 Objetivo: caracterizado pela entrada no país de (i) bens, máquinas e equipamentos, sem dispêndio inicial de divisas ou de (ii) recursos financeiros ou monetários;  
 Quanto à finalidade: (i) que se destinem à produção de bens físicos; (ii) que se destinem à aplicação em atividades econômicas, no caso de recursos financeiros ou monetários.<sup>73</sup>

Alguns doutrinadores ainda associam o conceito de investimento estrangeiro ao requisito de esse capital ser registrado no BACEN, para Alberto Xavier, o investimento estrangeiro é: “a aquisição do direito a um rendimento, por não residente, em contrapartida a cessão onerosa de recursos provenientes do exterior, registrada no Banco Central do Brasil.”<sup>74</sup>

Por mais que o requisito do registro do capital estrangeiro seja essencial para a transferência posterior de recursos seja sem restrições, não parece oportuno vincular o registro

<sup>70</sup> FREIRE, Tozzini, TEIXEIRA e SILVA Advogados. *Foreign Investment in Brazil*. (2004) Disponível em: [http://www.prac.org/newsletters/Foreign\\_Investment\\_In\\_Brazil.pdf](http://www.prac.org/newsletters/Foreign_Investment_In_Brazil.pdf). Acesso em 10 out. 2010.

<sup>71</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro*. Juruá Ed. Curitiba 2010, p.32.

<sup>72</sup> Circular BACEN 2997/2000

<sup>73</sup> BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Acesso do capital estrangeiro* Rio de Janeiro Lumen Juris. P. 78

<sup>74</sup> XAVIER, Alberto. *Natureza jurídica do certificado de registro de investimento estrangeiro*. (1988) In: RDM v 69, p. 39.

do capital de origem internacional ao conceito de investimento estrangeiro, pois um nacional pode fazer um investimento em seu país de origem, mas os recursos financeiros podem ser provenientes de outro país. Tal transação não deve ser considerada investimento estrangeiro.

Karla Kloss define investimentos da seguinte maneira:

Pode-se definir o termo “investimento” como a aplicação de recursos (dinheiro ou títulos) em empreendimentos que renderão juros ou lucros, em geral a longo prazo, bem como a compra de máquinas, equipamentos e imóveis para a instalação de unidades produtivas e a compra de títulos financeiros (letras de câmbio, ações, etc.). Essencialmente, investimento é toda a aplicação de capital com expectativa de lucro.<sup>75</sup>

Luiz Olavo Baptista, doutrinador brasileiro que criou obra de referência sobre o assunto, na década de 1990, também buscou conceituar o investimento estrangeiro:

Podemos concluir que há três elementos discriminadores: durabilidade, finalidade (ligada ao controle) e trânsito de valores através de fronteiras (ou, numa visão puramente econômica, fluxo de capitais de um para outro mercado, como dizem os economistas). Será este elemento o que permitirá distinguir os investimentos locais dos internacionais.<sup>76</sup>

O requisito do controle do investimento, estabelecido por Luiz Olavo Baptista, claramente diverge da definição elaborada pelo BACEN, que se assemelha mais a definição contábil do que jurídica.

A evolução do conceito de investimento, embora tenha grande parcela de esforço doutrinário, não foi esquecida pelo Estado Brasileiro, especialmente por seus representantes internacionais. Na cidade de Colônia de Sacramento, foi assinado o Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no MERCOSUL<sup>77</sup>. Esse protocolo, ratificado pela Argentina, mas não pelos outros países membros do Mercosul, possui definições muito mais modernas do investimento estrangeiro do que a legislação especial brasileira:

ARTIGO 1  
DEFINIÇÕES

Para os fins do presente Protocolo:

1-O termo "investimento" designa, todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente:

- a) a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e direitos de penhor ;
- b) ações, cotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades;
- c) títulos de crédito e direitos a prestações que tenham valor econômico ; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico ;

<sup>75</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p.34.

<sup>76</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre. Ed.Livraria do Advogado,. 1998. pp. 34-35.

<sup>77</sup> Aprovado pelo MERCOSUL/CMC/DEC N° 11/93, em 17/1/1994. Disponível em: [http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcoloniaText\\_p.asp](http://www.sice.oas.org/trade/mrcsr/colonia/pcoloniaText_p.asp). Acesso em: 2 nov. 2010.

- d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo, direitos de autor e propriedade industrial tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, know how e fundo de comércio ;
- e) concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

A definição do Protocolo de Colônia e, devido a sua grande semelhança, a do Protocolo de Buenos Aires<sup>78</sup>, inclui elementos importantes do investimento estrangeiro moderno, como os direitos de propriedade intelectual. No entanto, José Augusto Fontoura Costa analisa as definições do Protocolo de Colônia e do Protocolo de Buenos Aires sobre investimento estrangeiro, e questiona se elas constituem ferramenta adequada para a instituição de área comunitária de investimentos<sup>79</sup>.

A instituição de regime de investimentos comum dentro do Mercosul pode contribuir para a integração produtiva das economias da Região<sup>80</sup>, que é objetivo do Mercosul desde sua criação. Recentemente, na 35ª Reunião do Conselho do Mercado Comum, aprovou-se a Decisão 12/08 exatamente sobre a matéria de integração produtiva das economias do bloco, o Programa de Integração Produtiva do Mercosul (PIPM)<sup>81</sup>.

Embora o Brasil, como afirmado anteriormente, tenha seguido a política nos últimos anos de não ratificar Tratados Bilaterais de Investimento, isso não significa que o país não busque concertação pela via política sobre a matéria em suas relações internacionais.

São exemplos dessa política de promoção de investimentos sem criação de obrigações internacionais: a Declaração e Plano de Ação sobre Cooperação em Matéria de Comércio e Investimentos entre os Estados Partes do MERCOSUL e os Estados da AELC, de 15/12/2000; o Memorando de Entendimento sobre Cooperação em Comércio e Investimentos e Plano de Ação entre o Mercosul e a República de Cingapura, de 24/9/2007; o Acordo entre os Governos da República da Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai, da República Oriental do Uruguai e o Governo dos Estados Unidos da América, Relativo a um Conselho sobre Comércio e Investimentos (Acordo 4+1 "Rose Garden Agreement"), de

<sup>78</sup> MERCOSUL\CMC\DEC Nº 11/94. *Protocolo sobre promoção e proteção de investimentos provenientes de estados não-membros do mercosul.* Disponível em: [http://www.bcb.gov.br/rex/sgt4/Ftp/CD%20Fluxograma/Decis%C3%B5es%20Mercosul/CMC\\_DEC\\_1994-011\\_PT\\_Prot-Promo-Prot-Investimentos.pdf](http://www.bcb.gov.br/rex/sgt4/Ftp/CD%20Fluxograma/Decis%C3%B5es%20Mercosul/CMC_DEC_1994-011_PT_Prot-Promo-Prot-Investimentos.pdf). Acesso em: 2 nov. 2010.

<sup>79</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?*. Rev. bras. polít. int. [online]. 2006, vol.49, n.2, pp. 60-77.

<sup>80</sup> Consultar: *Brasil e Argentina reafirmam integração produtiva em setores estratégico*, publicado em 09 de setembro de 2010 Disponível em: <http://www.ippex.org.br/ippex/ippex/download/Santiago%20Gallo/apresentacao%20SECEX%20MDIC%20Santiago%20Gallo.pdf>. Acesso em: 3 nov. 2010.

<sup>81</sup> CARCIOFI, Ricardo, coord., *Informe MERCOSUR número 14* : segundo semestre 2008 -primer semestre 2009 Editora BID-INTAL p.86.

20/06/1991 promulgado pelo Decreto 199, de 21/08/1991; o Memorando de Entendimento entre o Mercosul e a República Cooperativista da Guiana em Matéria de Comércio e Investimento, de 28/06/1999; o Memorando de Entendimento entre o Mercosul e a República de Trinidad e Tobago em Matéria de Comércio e Investimento, de 28/06/1999; e o Memorando de Entendimento entre o Mercosul e a República do Suriname em Matéria de Comércio e Investimento, de 01/09/2000.

José Augusto Fontoura Costa, falando sobre a zona cinzenta dos investimentos internacionais, afirma:

Como a diferença entre claro e escuro, a distinção entre investimento direto e em carteira apresenta-se como um daqueles casos em que os extremos são bastante evidentes, mas, como estão distribuídos de modo contínuo, não há como traçar, em meio às sombras, uma linha distintiva que não seja arbitrária. [...] Entre esses dois extremos, no entanto, existe uma verdadeira miríade de formas jurídicas, envolvimento na atividade empresarial e modulações de objetivos que criam, sem dúvida, uma zona cinzenta bastante larga.<sup>82</sup>

Essas são questões que têm surgido no estudo do Direito dos Investimentos e continuam sem resposta precisa. Sem embargo, seja no setor que for, um bom clima de investimentos depende de um marco regulatório adequado e, para tanto, vários Estados tem tratado de modernizar e dinamizar sua estrutura jurídica, mediante modificações do Direito interno.

Por outro lado, sobretudo nos casos onde se percebe a presença de riscos políticos e instabilidade econômica, um reforço pode ser obtido no Direito Internacional. Acordos e compromissos, sobretudo se apoiados por um sistema ágil e eficaz de solução de controvérsias, oferecem maior segurança aos investidores e, portanto, podem ser um instrumento de atração de investimentos ou de criação de ambiente de maior confiança para investimentos brasileiros no exterior.

#### **1.4 Definições de investimento no Direito Internacional**

A definição de investimentos estrangeiros não pode ser pensada apenas em seu aspecto conceitual-jurídico. A abrangência dessa definição é objeto de intensas negociações, tanto em acordos bilaterais, quanto em tratados multilaterais. Há certa polarização entre países desenvolvidos em desenvolvimentos, com os países centrais defendendo definições de investimentos as mais amplas possíveis, enquanto as nações em desenvolvimento se defendem tentando restringir ao máximo essa definição.

---

<sup>82</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba, 2010 p.33.

Essa polarização em torno de temas de Direito Internacional é analisada por corrente crítica de pensamento jurídico chamada de TWAIL, *Third World Approach to International Law*. Autores dessa corrente afirmam que a arbitragem de investimentos pode ser tendenciosa a favor das empresas transnacionais, pois: “The literature highlights that the “formal adversarial structure and the possibility of bias in courtroom litigation can destroy the business relationship; which is conducive to the smooth flow of international trade”<sup>83</sup>.

A corrente TWAIL está

[...] are enabled to understand how international law’s imperial history affects structures and understandings of contemporary international institutions. Of course, domination from past empires does not present itself in the same forms and processes today, which makes it imperative to conduct historical work that traces and maps the dynamics of power and institutions. The TWAIL story of international law is one of frustration and disappointment because of the constant exploitation of the Third World despite all the historic changes in international legal ideas and institutions, but it also a story of hope in the moments of resistance. TWAIL scholars, in their critical examinations of international law.<sup>84</sup>

Hippolyte faz dura crítica ao regime internacional de investimentos:

Mainstream scholarship argues that investor-State arbitration lies at the cutting edge of international law and dispute resolution and promises to play an increasingly important role in the development of the global economic system.<sup>23</sup> However, from a TWAIL perspective and an underlying theme of this thesis is that investor-state arbitration as a dispute settlement mechanism, in its modern context reflects a colonial and post-colonial attitude of Western exploitation of the Third World as elucidated by the notion of regime bias, which led Third World States to vehemently oppose this body of international law. Regime bias from a Third World perception, involves the manner in which rules of international trade, commerce and investment are crafted applied and adjudicated between Third World and developed countries, or between Third World countries and the interest of international capital.<sup>85</sup>

Karla Closs afirma que:

A tendência dos últimos anos, principalmente nos modelos de acordos bilaterais de investimentos dos EUA e outros países exportadores de capital, é a de se adotar uma definição de investimentos a mais ampla possível visando assegurar a proteção a uma imensa gama de atividades econômicas.<sup>86</sup>

<sup>83</sup> McLAUGHLIN, J. T. *Arbitration and Developing Countries*. INTERNATIONAL LAWYER (1979), apud. HIPPOLYTE, Antonius R. Hippolyte, Antonius Rickson, *Third World Perspectives on International Economic Governance: A Theoretical Elucidation of the ‘Regime Bias’ Model in Investor-State Arbitration and its Negative Impact on the Economies of Third World States 2012*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2080958> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2080958>. Acesso em: 9 ago. 2012.

<sup>84</sup> FAKHRI, Michael. (2008) *Law as the Interplay of Ideas, Institutions, and Interests: Using Polyani (and Foucault) to ask TWAIL Questions*. International Community Law Review 10. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1336645](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1336645). Acesso em: 9 ago. 2012.

<sup>85</sup> HIPPOLYTE, Antonius R. Hippolyte, Antonius Rickson. (2012) *Third World Perspectives on International Economic Governance: A Theoretical Elucidation of the ‘Regime Bias’ Model in Investor-State Arbitration and its Negative Impact on the Economies of Third World States*. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2080958> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2080958>. Acesso em: 9 ago. 2012.

<sup>86</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 78.

Essa tendência corresponde ao interesse dos países exportadores de capital, que desejam a proteção mais ampla possível para seus investimentos.

No entanto, o Ministro Sérgio Barreiros Azevedo analisa as diferentes definições de investimentos, que correspondem a interesses divergentes das partes envolvidas, e afirma:

*Já países em desenvolvimento – ao menos nas discussões no Grupo de Trabalho sobre Comércio e Investimentos da OMC – têm demonstrado clara preferência em manter uma definição de investimentos restrita a investimentos externos diretos, tendo em vista a necessidade de reter instrumentos de política econômica que lhes permitam lidar com os diferentes fluxos de investimentos de diferentes maneiras, em vez de aceitar uma definição de investimentos que possa restringir essa flexibilidade. A sucessão de crises financeiras dos anos 1990 aumentou a preocupação com definições de investimentos que possa dificultar medidas para controlar fluxos de capitais em momentos de crises.<sup>87</sup> (grifos nossos)*

A restrição à ampliação da definição de investimentos pode estar relacionada aos interesses defensivos brasileiros, vinculada a preocupações com a soberania nacional. No entanto, a situação do investimento brasileiro no exterior pode ser prejudicada se a definição de investimentos aceita pelo Brasil não for atualizada para abarcar as novas modalidades de negócios transnacionais. A posição dupla brasileira, de grande receptor de investimentos e de investidor cada vez mais expressivo no exterior dificulta a definição do interesse nacional em matéria de investimentos. O equilíbrio de interesses entre os diferentes atores políticos brasileiros é algo complexo de ser alcançado, mas é cada vez mais urgente, considerando a internacionalização da economia brasileira.

Doutrinadores internacionais também se debruçam sobre a questão da definição de *investimento* e reconhecem a dificuldade de se desenvolver definição precisa. Philippe Kahn afirma que:

*La notion d'investissement a beaucoup évolué en cinquante ans pour des raisons techniques et politiques. Cette évolution accompagne celle des sources du droit international de l'investissement et rend compte sous un autre angle des mêmes changements.*

*Comme on le sait, le terme "investissement", emprunté à la science économique, ne recouvre pas une catégorie juridique précise. Pour les économistes, en faisant fi des écoles et des divergences, il y a investissement lorsque, entre deux dates de référence, apparaît un supplément de richesse entre la date la plus récente et la date la plus ancienne, un accroissement du patrimoine matériel d'un pays. Ou encore on a pu définir l'investissement comme toute acquisition d'un bien capital en vue d'en percevoir ou d'en consommer le revenu.<sup>88</sup> (grifos nossos)*

<sup>87</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, p.80.

<sup>88</sup> KAHN, Philippe. *Les investissements internationaux, nouvelles donnes : un droit transnational de l'investissement*. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law. Eds. Philippe Kahn and Thomas W. Walde Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.33-34.



Sornarajah, proveniente de país em desenvolvimento, acrescenta ao debate sobre definição de *investimento*, diferenciando o investimento direto do chamado investimento de portfólio:

Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country into another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets.<sup>10</sup> There can be no doubt that the transfer of physical property such as equipment or the physical property that is bought or constructed such as plantations or manufacturing plants constitute foreign direct investment. Such investment is contrasted with portfolio investment. Portfolio investment is normally represented by movement of money for the purpose of buying shares in a company formed or functioning in another country. It could also include other security instruments through which capital is raised for ventures. The distinguishing element is that, in portfolio investment, there is a divorce between management and control of the company and the share of ownership in it.<sup>89</sup>

Dolzer e Schreuer contribuem para o debate sobre a definição de *investimento*, diferenciando-o dos tratados de Amizade, Comércio e Navegação, os precursores dos tratados de investimento do séc. XIX:

Investment regimes need to define their scope *ratione materiae*. Contemporary treaties do not reflect the classical formula 'property, rights and interests', which is found in traditional treaties, FCN treaties, treaties to settle claims after hostilities, and in human rights documents. Instead, they are built upon the narrower term 'investment'. This usage is now fully accepted even though the phrase 'property, rights and interests' had to a considerable extent acquired a legal meaning and the term 'investment' has its origin in economic terminology and needed to be understood and defined as a legal concept when first used in investment agreements.

The economic debate often assumes that a direct investment involves (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 a sale of a good or a service (no management, no continuous flow of income), and from a short-term financial transaction.

The absence of a traditional legal understanding of 'investment', however, was not seen as an obstacle to its use. Instead, the advantage of the term was seen in its potentially wide scope and the flexibility arising from its openness. Since the legal term required a definition to specify its content, the task remained to identify the limits of the term. States parties to an agreement could do so by way of negotiating their own definition of the term. In the absence of a definition by the parties, the task of defining the contents and limits of the term has turned out to be complex for tribunals charged with its interpretation.<sup>90</sup>

Como afirmam Dolzer e Schreuer, a indefinição do termo *investimento* não significa que o conceito não seja útil. Os autores estabelecem, seguindo a tradição anglo-saxã de criação de testes para definir conceitos, o teste de “buraco duplo da fechadura” para a configuração de investimento:

<sup>89</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 7.

<sup>90</sup> DOLZER R., SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 60.

The autonomous understanding of Article 25 has, in cases based on BITs, led to the practice of a dual examination of the notion of investment, sometimes called the 'double keyhole approach'. The tribunal in *CSOB v Slovakia* said in this respect: A two-fold test must therefore be applied in determining whether this Tribunal has the competence to consider the merits of the claim: whether the dispute arises out of an investment within the meaning of the Convention and, if so, whether the dispute relates to an investment as defined in the Parties' consent to ICSID arbitration, in their reference to the BIT and the pertinent definitions contained in Article 1 of the BIT.<sup>91</sup>

A nacionalidade do investidor é um critério essencial para a configuração de um investimento como investimento estrangeiro, conforme ressaltam Dolzer e Shreuer:

The decisive criterion for the existence of a foreign investment is the nationality of the investor. An investment is a foreign investment if it is owned or controlled by a foreign investor. There is no additional requirement of foreignness for the investment in terms of its origin.<sup>92</sup>

Philippe Kahn analisa a evolução do conceito de investimento nos tratados de investimento e nas decisões de arbitragens de investimentos:

Dans un passé relativement ancien, le concept juridique de l'investissement exprimait l'idée de l'investissement direct considéré comme un apport de longue durée fait dans une forme relevant de la propriété et commandant la responsabilité y afférence. L'évolution des techniques et des idées, une meilleure connaissance des problèmes de développement ont conduit à s'interroger sur des formules juridiques plus complexes comme les contrats industriels tels les contrats clefs en main, les contrats de construction et un certain nombre de contrats de services dès lors qu'ils répondent à certaines conditions énoncées dans des sentences comme dans une des dernières en date, *Jay Mining Machinery*. On a parlé d'investissement indirect, de nouvelles formes d'investissement. Ces distinctions sont éclairantes dans la mesure où elles font bien apparaître l'évolution. Mais le résultat est là, il s'agit bien d'investissements replacés dans un cadre conceptuel.<sup>93</sup>

#### 1.4.1 Investidor - Pessoas Naturais

O investidor pode ser pessoa natural pessoa jurídica, assim como em qualquer atividade econômica. Karla Closs define:

Investidores podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Em geral, tanto o investidor pessoa física quanto o investidor pessoa jurídica só serão protegidos pelas regras de tratamento fixadas no acordo se tiverem a nacionalidade de um dos Estados partes ou se possuírem outra relação com eles, como residência ou domicílio (UNCTAD, 2004d, p.127), conforme o que for acordado ou nos termos dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados signatários.<sup>94</sup>

<sup>91</sup> Ibid.

<sup>92</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, PP. 67-68.

<sup>93</sup> KAHN, Philippe. *Les investissements internationaux, nouvelles donnees: un droit transnational de l'investissement*. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law. Eds. Philippe Kahn and Thomas W. Walde Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.45.

<sup>94</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 86.

No Direito Internacional<sup>95</sup>, o Caso Nottebohm é o caso paradigma da definição de investimento e investidor estrangeiro, que envolve desdobramentos do conceito de nacionalidade. Nesse caso, a Corte Internacional de Justiça decidiu que deve haver laço real de conexão entre um indivíduo e o país do qual ele requer proteção diplomática, pois:

Nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State. Conferred by a State, it only entitles that State to exercise protection vis-à-vis another State, if it constitutes a translation into juridical terms of the individual's connection with the State which has made him its national.<sup>96</sup>

Em complementação ao critério de nacionalidade, o critério de domicílio também é utilizado em alguns APPIs. O acréscimo desse critério é importante para regular eventuais investimentos de nacionais do Estado receptor de investimento, mas residentes em outro Estado. Com isso, pode-se evitar *fórum shopping*<sup>97</sup> de investidores que alteram seu domicílio legal para utilizar os benefícios de tratado bilateral de investimentos. No caso do tratado entre o Canadá e a Argentina, investidor é definido como “i) any natural person possessing the citizenship of or permanently residing in a Contracting Party in accordance with its laws”<sup>98</sup>.

Definição semelhante é estabelecida no *Energy Charter Treaty (ECT)*: “Investor” means: “a) with respect to a Contracting Party: i) a natural person having the citizenship or nationality of or who is permanently residing in that Contracting Party in accordance with its applicable law”<sup>99</sup>.

O NAFTA também dispõe sobre a nacionalidade e o domicílio das pessoas naturais investidoras como critério para a configuração de investimento estrangeiro, considerando como

---

<sup>95</sup> ILC, *Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-eighth Session* (2006) UN Doc A/61/10, Chapter IV, 33. *Nottebohm case* (Liechtenstein v. Guatemala), 2nd phase, Judgment of 6 April 1955, 1955 ICJ Reports 4, at 23. O Caso envolvia o Sr. Nottebohm, de nacionalidade alemã e domiciliado na Guatemala desde 1905. Em 1939, o Sr. Nottebohm viajou para Lichtenstein para visitar seu irmão e a ele foi concedida a nacionalidade daquele país, “em condições excepcionais de velocidade e de facilidade”, com o intuito de obter a nacionalidade de um Estado neutro e se retirar do status de nacional de um Estado beligerante. Ele retornou à Guatemala em 1940 e por lá permaneceu até ser extraditado aos EUA em 1943. Sob tais circunstâncias, o Sr. Nottebohm tentou exercer sua nacionalidade de Lichtenstein para obter proteção diplomática contra a Guatemala. A CIJ, contudo, entendeu que o Sr. Nottebohm não poderia reivindicar proteção diplomática contra a Guatemala, país em que viveu por 34 anos.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e prática Brasileira*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>98</sup> Disponível em: [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/CAN\\_Argentina\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/CAN_Argentina_e.asp). Acesso em: 5 julh.2012.

<sup>99</sup> Disponível em: [http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf). Acesso em: 5 julh.2012.

nacional um estrangeiro residente no país, no Artigo 201: “National means a natural person who is a citizen or permanent resident of a Party.”

O problema da dupla nacionalidade, tratado pelo caso Nottebohm, é explicitamente aludido pelo novo modelo de APPI do Canadá:

in the case of Canada:

(i) Canada or a state enterprise of Canada, or

(ii) a national or an enterprise of Canada,

that seeks to make, is making or has made an investment;

in the case of \_\_\_\_\_:

\_\_\_\_\_;

that seeks to make, is making or has made an investment and *that does not possess the citizenship of Canada*. (grifos nossos)<sup>100</sup>

Dolzer e Schreuer elucidam a importância da nacionalidade do investidor para regime internacional de proteção ao investimento estrangeiro.

The investor's nationality is relevant for two purposes. The substantive standards guaranteed in a treaty will only apply to the respective nationals. In addition, the jurisdiction of an international tribunal is determined, *inter alia*, by the claimant's nationality (see below Chapter X (2) (e)). In particular, if the host state's consent to jurisdiction is given through a treaty, it will only apply to nationals of a state that is a party to the treaty.<sup>101</sup>

Sobre o tema da nacionalidade, José Fontoura afirma que:

Há várias possibilidades de determinação do âmbito com referências às pessoas naturais, sendo possível a utilização do critério da nacionalidade, do domicílio ou alguma combinação de ambos critérios, conforme Díez-Hochleitner e Izquierdo (2003). Não obstante, a cobertura para pessoas físicas segue, quase invariavelmente, o critério da nacionalidade, sendo bastante rara a utilização do critério domiciliar, o qual, nas vezes em que aparece, serve para aumentar o âmbito da proteção do acordo a estrangeiros residentes no Estado de origem do investimento (SALACUSE; SULLIVAN, 2005; UNCTAD, 2007a). O principal foco de dúvidas que pode derivar da adoção desse critério é a questão da dupla nacionalidade, sendo comuns disposições convencionais no sentido de que o nacional do Estado receptor não pode gozar da proteção do APPRI, mesmo quando também é nacional do Estado de origem do investimento. Há, ainda para tratar dessa questão, cláusulas que, como no recente TBI entre Estados Unidos e Uruguai, propugnam pela identificação de uma nacionalidade dominante: quando esta for a do Estado receptor, a cobertura do tratado não se aplica (UNCTAD, 2007a).

#### 1.4.2 Investidor Pessoa Jurídica

Os Acordos de Proteção e Promoção de Investimentos, instrumento internacional mais comum para o fomento e proteção de investimentos estrangeiros, estabelecem diversas maneiras de averiguar a nacionalidade das pessoas jurídicas investidoras.

<sup>100</sup> Disponível em: <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>. Acesso em: 5 julh.2012.

<sup>101</sup> DOLZER R., SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 47.

José Augusto Fontoura classifica os critérios determinadores de nacionalidade:

No tocante às pessoas jurídicas, os critérios costumam se referir a três elementos de conexão: o Estado da constituição da empresa, o Estado dos sócios ou acionistas e o local da administração ou da principal atividade. Estes aparecem em várias combinações geralmente abrangendo um amplo universo de investidores (UNCTAD, 2007a).<sup>102</sup>

Dolzer e Schreuer também classificam os critérios de determinação de nacionalidade de pessoas jurídicas:

The most commonly used criteria for corporate nationality are *incorporation* or the main *seat* of the business (*siège social*):

According to international law and practice, there are different possible criteria to determine a juridical person's nationality. The most widely used is the place of incorporation or registered office. Alternatively, the place of the central administration or effective seat may also be taken into consideration

Many treaties follow one or the other of these criteria. Some stress incorporation. The ECT's definition of 'investor' includes 'a company or other organization organized in accordance with the law applicable in that Contracting Party' (Energy Charter Treaty, Article 1(7)(a)(ii)). The BIT between Poland and the United Kingdom describes corporate investors as 'any corporations, firms, organizations and associations incorporated or constituted under the law in force in that Contracting Party'. The US Model BIT of 2004 describes an 'enterprise of a Party' as 'an enterprise constituted or organized under the law of a Party'.<sup>103</sup>

Os APPIs estipulam diversos critérios para definir a nacionalidade de uma pessoa jurídica.<sup>104</sup> Esses critérios são i) o lugar de constituição de acordo com a lei do país no qual a empresa foi constituída; ii) o lugar da incorporação ou de onde há escritório registrado; iii) o país da sede, ou seja, o país onde se encontra a administração; e iv) menos frequente, o país do controle. A maioria dos APPIs utilize uma combinação desses critérios. Para o Grupo de Trabalho da OCDE, a abordagem mais comum é uma combinação do lugar da incorporação ou constituição e o lugar da sede. No entanto, a combinação do critério de incorporação ou constituição e o controle, ou ainda uma junção dos três testes, pode ser encontrada em APPIs.

Jacob Dolinger analisa os critérios de determinação de nacionalidade da pessoa jurídica e afirma:

O realismo pede por um elo efetivo entre a sociedade e o país cuja lei vai se aplicar; sinceridade visa evitar que ocorram manipulações que objetivem fraudar a lei, principalmente as normas fiscais; e a previsibilidade significa que o elo seja simples e estável.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba 2010 p.135.

<sup>103</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 49.

<sup>104</sup> OCDE. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publishing , Publication date: 04 Apr 2008, p. 15.

<sup>105</sup> DOLINGER, Jacob - *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 2ª edição, Renovar, 1993, p.437.

Dolzer e Schreuer ainda analisam o investidor acionista em uma empresa de capital aberto. Tal investimento assemelha-se ao investimento de portfólio, em que também há compra de participação acionária. No entanto, para esse investimento em ações ser considerado investimento, de acordo com a doutrina internacional, a participação acionária deve conferir ao investidor algum controle sobre a administração da empresa:

Most investments treaties offer a solution that gives independent standing to shareholders: the treaties include shareholding or participation in a company in their definitions of 'investment'. In this way, it is not the locally incorporated company that is treated as a foreign investor. Rather, the participation in the company becomes the investment. Even though the local company may be unable to pursue the claim internationally, the foreign shareholder in the company may pursue the claim in its own name. Put differently, even if the local company is not endowed with the investor status, the participation therein, is seen as the investment. The shareholder may then pursue claims for adverse action by the host state against the company that affects its value and profitability. Arbitral practice on this point is extensive and uniform.<sup>106</sup>

Com o objetivo de evitar o chamado “treaty shopping”<sup>107</sup>, em que uma empresa transnacional incorpora uma empresa em país que possui APPI com o país com que pretende investir, muitos tratados têm normas estabelecendo critérios de sede efetiva para a determinação de nacionalidade. Dolzer e Schreuer encaram a aplicação do forum shopping como algo natural em investimentos internacionais, cunhando o conceito de “Nationality shopping”:

The foregoing sections make it clear that a prudent investor may organize its investment in a way that affords maximum protection under existing treaties. Most often this will be done through the establishment of a company in a state that has favourable treaty relations with the host State and accepts incorporation as a basis for corporate nationality. That company will then be used as a conduit for the investment. Nationality planning or 'treaty shopping' is not illegal or unethical as such. But states may regard such practices as undesirable and take appropriate measure against them.<sup>108</sup>

## 2. HISTÓRICO E ATUALIDADES DO INVESTIMENTO INTERNACIONAL

O Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior criou termo de referência sobre a internacionalização de empresas, definindo esse fenômeno como:

A internacionalização da produção ocorre quando residentes de determinado país obtêm acesso a bens e serviços com origem em outro. O processo de internacionalização da produção, uma das dimensões do fenômeno da globalização econômica, tem como agente principal a chamada Empresa Transnacional (ETN), firma que possui e controla ativos produtivos em mais de um país. Para entender as

<sup>106</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 57.

<sup>107</sup> OCDE. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations A Companion Volume to International Investment Perspectives*.OECD Publishing , Publication date: 04 Apr 2008, p. 17

<sup>108</sup> DOLZER R. e SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 54.

opções das firmas no momento de atuar na economia global, deve-se atentar para os condicionantes microeconômicos e comportamentais da escolha entre a entrada em outro mercado ou a exportação.<sup>109</sup>

As vantagens de se atuar internacionalmente foram enumeradas pela UNCTAD, que as cataloga como:

- 1) busca de mercados (acesso a mercados consumidores);
- 2) busca de eficiência (redução de custos, sobretudo de mão-de-obra);
- 3) busca de recursos (matérias-primas);
- 4) busca de ativos já criados (por meio de fusões e aquisições);
- 5) outros motivos (objetivos estratégicos e políticos, redução de risco, hedging anticíclico).<sup>110</sup>

O Ministro José Raphael Lopes Mendes de Azeredo ressalta que:

O crescente envolvimento de empresas brasileiras em atividades produtivas em outros países, através de investimentos estrangeiros diretos, é uma das características da evolução recente da economia do País. As multinacionais brasileiras começaram a surgir a partir da década de 1970, mas até a década de 1980 o Brasil ainda era pouco expressivo como fonte de IED. O quadro começou a mudar a partir da segunda metade daquela década. Uma conjuntura favorável, marcada pela estabilidade financeira interna, pelo Real fortalecido em relação ao Dólar e pela expansão da economia mundial estimulou o crescimento acelerado dos investimentos estrangeiros diretos realizados por empresas do País. O aumento considerável dos montantes investidos foi acompanhado por acréscimo igualmente expressivo do número de empresas brasileiras consideradas multinacionais. Em 2004, o Brasil passou a ser um dos principais emissores de IED entre os países em desenvolvimento, e o primeiro da América Latina.<sup>111</sup>

Para averiguar o grau de exposição das empresas nacionais ao mercado mundial, a Fundação Dom Cabral criou índice de internacionalização de empresas brasileiras, com a participação na pesquisa de empresas de capital majoritariamente brasileiro. O principal motivo encontrado pela Fundação para a internacionalização de empresas brasileiras foi a diversificação de seus negócios<sup>112</sup>.

As empresas Brasileiras mais internacionalizadas, de acordo com esse estudo estão especificadas na seguinte tabela:

<sup>109</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. (2009) *Termo de Referência: Internacionalização de empresas brasileiras..* Disponível em: [http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1260377495.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1260377495.pdf). Acesso em: 7 agost.2012.

<sup>110</sup> UNCTAD. *World Investment Report 2006*. FDI from developing and transition economies: implications for development. New York: United Nations, 2006. Disponível em: [http://unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf) Acesso em: 7 agost.2012.

<sup>111</sup> AZEREDO, José Raphael Lopes Mendes. *O Investimento Brasileiro na Argentina no Século 21 – Desafios para a Atuação Diplomática Brasileira*. Brasília, FUNAG, Tese de CAE, 2009, p. 9.

<sup>112</sup> CRETOIU, S.; BARAKAT, L.; XIMENES, M.; ALVIM, F; NEVES; Isabelle. *Ranking das Transnacionais Brasileiras 2011: Crescimento e Gestão Sustentável no exterior*. Fundação Dom Cabral, Junho, 2011, Disponível em: [http://www.fdc.org.br/pt/publicacoes/Paginas/relatoriodepesquisa.aspx?COD\\_ACERVO=23312](http://www.fdc.org.br/pt/publicacoes/Paginas/relatoriodepesquisa.aspx?COD_ACERVO=23312). Acesso em: 7 agost.2012.

Tabela 2 - Ranking 2011 das Empresas Brasileiras mais Transnacionalizadas - por índice						
Posição	Empresa	Setores Principais	Índice de Transnacionalidade	Receita	Ativos	Funcionários
1	JBS-Friboi	Alimentos	0,596	0,774	0,398	0,617
2	Stefanini IT Solutions	Tecnologia da Informação	0,469	0,361	0,677	0,370
3	Gerdau	Siderurgia e Metalurgia	0,462	0,353	0,580	0,453
4	Ibope	Pesquisa de Mercado e Opinião	0,423	0,260	0,486	0,522
5	Marfrig	Alimentos	0,380	0,392	0,377	0,372
6	Metalfrío	Refrigeradores	0,337	0,197	0,319	0,494
7	Odebrecht	Construção	0,327	0,367	0,258	0,356
8	Suzano	Celulose e Papel	0,315	0,770	0,131	0,043
9	Sabó	Autopeças	0,311	0,367	0,205	0,360
10	Vale	Mineração	0,292	0,233	0,435	0,209
11	Magnesita	Produtos Refratários	0,288	0,449	0,234	0,181
12	Tigre	Material de Construção	0,263	0,197	0,374	0,220
13	Lupatech	Equipamentos e Peças	0,238	0,255	0,179	0,279
14	Artecola	Produtos Químicos	0,220	0,208	0,246	0,206
15	Votorantim	Cimento, Metalurgia, Celulose e Papel	0,205	0,269	0,214	0,131
16	Weg	Máquinas e Materiais Elétricos	0,199	0,266	0,175	0,156
17	Brasil Foods	Alimentos	0,195	0,326	0,254	0,005
18	Embraer	Aeronáutico	0,187	0,144	0,357	0,059
19	Cl&T Software	Tecnologia da Informação	0,158	0,245	0,158	0,072
20	Marcopolo	Veículos Automotores e Carrocerias	0,158	0,145	0,119	0,209

Fonte<sup>113</sup>

Nesse ranking podem-se observar empresas que representam setores de tradicional importância para a economia brasileira, como as relacionadas à produção de commodities agrícolas, como a JBS Friboi. No entanto, percebem-se empresas de setores não tradicionais, como a Stefanini, por exemplo, que atua em serviços de tecnologia da informação. Essa mudança indica o potencial transformativo da internacionalização das empresas brasileiras para a economia do país.

O destino dos investimentos brasileiros de maior relevância é a América Latina, onde o Brasil goza de maior proximidade cultural, geográfica e de relacionamento político mais aprofundado. A distribuição geográfica dos investimentos brasileiros no exterior se dá da seguinte forma:

113

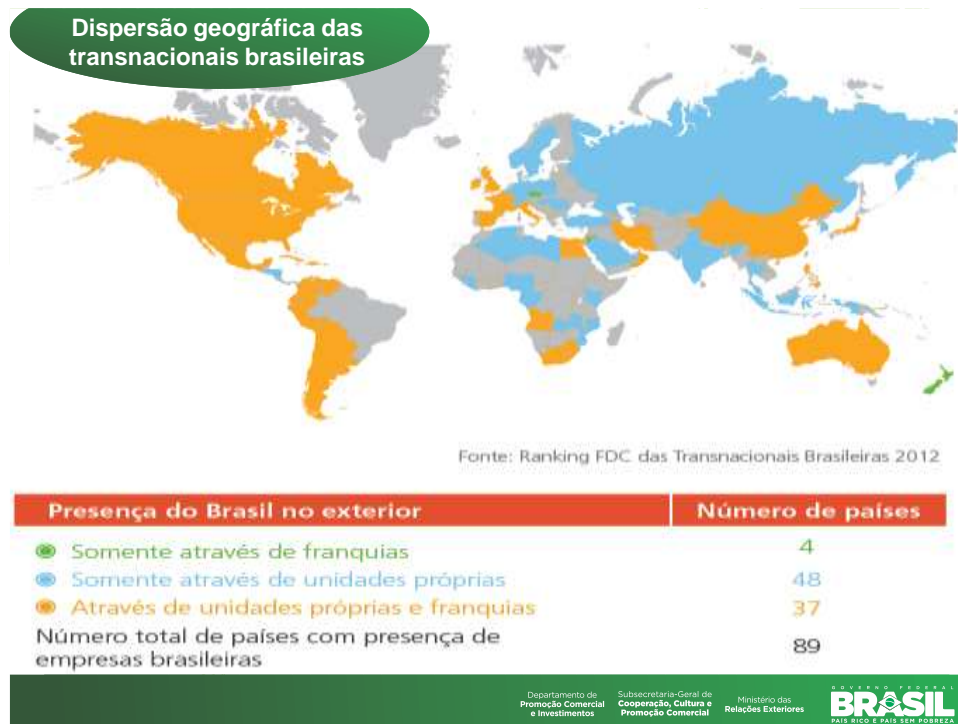
Ibid.

Disponível

em:

[http://www.fdc.org.br/pt/publicacoes/Paginas/relatoriodepesquisa.aspx?COD\\_ACERVO=23312](http://www.fdc.org.br/pt/publicacoes/Paginas/relatoriodepesquisa.aspx?COD_ACERVO=23312) Acesso em: 7 agost.2012.





Fonte<sup>114</sup>

No entanto, mesmo no continente africano, onde as empresas brasileiras possuem maior dificuldade com diferenças culturais, o desempenho de empresas brasileiras é bastante expressivo. Os principais setores de atuação de empresas brasileiras na África, conforme estudos do Departamento de África do Ministério das Relações Exteriores são: mineração; petróleo e gás; a energia; infraestrutura, transporte e logística; e franquias., conforme o seguinte mapa indica:

<sup>114</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, Subsecretaria-Geral de Cooperação, Cultura e Promoção Comercial, Departamento de Promoção Comercial e Investimentos.

## Investimentos brasileiros na África



Departamento de Promoção Comercial e Investimentos Subsecretaria-Geral de Cooperação, Cultura e Promoção Comercial Ministério das Relações Exteriores

BRASIL  
PAÍS RICO E PAÍS SEM POBREZA

Fonte<sup>115</sup>

A Petrobrás é importante ator brasileiro do setor de energia e tem presenças em muitos países da América Latina e da África. No entanto, ela não está sozinha, pois empresas como a Queiroz Galvão e a HRT também têm aumentado seus investimentos fora do Brasil, no setor de energia. Esse movimento é de especial relevância para este trabalho, pois indica a necessidade de maior entendimento da cultura jurídica local, para assessorar essas e outras empresas em investimentos internacionais.

O Ministro José Raphael Lopes Mendes de Azeredo, contudo, lembra que o Brasil tem participação relativamente pequena no total dos investimentos no exterior com origem em países em desenvolvimento:

Não obstante os consideráveis avanços em anos recentes, o Brasil, quando comparado a outros países em desenvolvimento, ainda demonstra graus relativamente baixos de investimento direto no exterior e de internacionalização de empresas. Apesar do expressivo aumento das cifras investidas, e do crescente número de firmas internacionalizadas, analistas indicam progressiva perda de espaço para outros países em desenvolvimento, sobretudo os asiáticos, desde meados da década de 1990.

<sup>115</sup> BRASIL, MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, Subsecretaria-Geral de Cooperação, Cultura e Promoção Comercial, Departamento de Promoção Comercial e Investimentos.

## 2.1 Histórico do Direito dos Investimentos

Antes de se analisar os princípios do Direito Internacional dos Investimentos, deve-se explorar o histórico da disciplina. O Brasil, assim como outros países da América Latina, deve sua colonização ao investimento estrangeiro. Na história do Direito Internacional dos Investimentos o Brasil teve papel relevante, por ser grande receptor de capitais, primeiro de origem europeia, e posteriormente de origem estadunidense.

Apesar da grande importância econômica do investimento estrangeiro na economia brasileira, o país tem nenhuma participação nos instrumentos jurídicos mais recentes, como os Tratados Bilaterais de Investimentos e na jurisdição da ICSID.<sup>116</sup> O histórico da disciplina pode ser dividido em três fases distintas: a Colonial (do final do século XVIII até II Grande Guerra), a Pós-Colonial (do fim da guerra até 1990) e a Global (de 1990 até hoje).<sup>117</sup>

Durante o Período Colonial, a América Latina foi objeto de grande atenção do Direito Internacional do Investimento, pois era área de exploração econômica com soberanias distintas das da do investidor, diferentemente dos países da África e da Ásia, que em sua quase totalidade estavam subjugados por colonizadores de países centrais. Isso não significa que a América Latina estava isenta de violências praticadas por nações militarmente poderosas.<sup>118</sup> Esse período foi conhecido como o da “política das canhoneiras”.<sup>119</sup>

Na Era Colonial, a proteção dos investimentos era regulada principalmente pelo costume internacional que preconizava um padrão mínimo de proteção. Essa previsão não era adequada, pois não havia acordo sobre a existência de um padrão mínimo de tratamento ao investimento estrangeiro.<sup>120</sup> Outra dificuldade encontrada nos litígios desse período era o cumprimento dos acordos, o que continua sendo até hoje uma das maiores dificuldades do Direito Internacional.

Na falta de padrões rígidos de comportamento em relação ao investimento estrangeiro, era comum o recurso à proteção diplomática, quando o Estado de origem do investidor assume

---

<sup>116</sup> TAWIL, G. S. *Investor-State Arbitration: A Hot Issue in Latin America*, in : Bomchil Group Newsletter, 12 (2002), no. September; VERNAVA, A. M., *Latin American finance : a financial, economic and legal synopsis of debt swaps, privatizations, foreign direct investment law revisions and international securities issues*. In : Wisconsin International Law Journal, 15 (1996), no. 1, pp. 89-161.

<sup>117</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Fall, 2005.

<sup>118</sup> MITCHELL, Nancy. *The danger of dreams: German and American imperialism in Latin America*, UNC Press Books, 1999

<sup>119</sup> TOPIK, Steven. *Comércio e canhoneiras: Brasil e Estados Unidos na Era dos Impérios (1889-97)*, Companhia das Letras, 2009.

<sup>120</sup> DOLZER, Rudolf. *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties* The International Lawyer (2005), volume 39 , issue 1 , p. 87-106.

a causa de seu nacional perante o Estado hospedeiro. Com o baixo grau de institucionalização das relações internacionais no século XIX e no começo do século XX, o instituto da proteção diplomática era utilizado pelos Estados de origem dos investidores para a proteção de seus interesses. Porém, para que esse mecanismo seja utilizado, o investidor tem de esgotar todos os recursos internos do país que abriga o investimento. Celso Mello nos ensina que na proteção diplomática, o Estado toma queixa de seu nacional como se sua fosse, atuando contra o Estado estrangeiro que violou algum direito de seu nacional.

Já vimos que, em regra geral, a responsabilidade internacional opera de Estado a Estado. Deste modo, quando o lesado é o indivíduo ou uma sociedade, é necessário que o seu Estado nacional o proteja, endossando (teoria do endosso ou proteção diplomática) a sua reclamação, isto é, tornando-a sua (do Estado).” e “A proteção diplomática só se realiza mediante o preenchimento de certas condições: a) nacionalidade do autor da reclamação; b) esgotamento dos recursos internos; c) o procedimento do autor da reclamação.”<sup>121</sup>

Geraldo de Camargo Vidigal *et al* relatam o histórico do tratamento jurídico dos investimentos internacionais, lembrando a importância da proteção diplomática no começo do século XX.<sup>122</sup> Empresas de Estados centrais investiam em países subdesenvolvidos e contavam com o apoio do aparelho estatal de seus Estados para proteger seus interesses comerciais. Isso significava o uso do serviço diplomático e ainda das forças armadas para forçar Estados subdesenvolvidos a cumprir contratos.

O instituto da proteção diplomática inicialmente tinha como objetivo equiparar as duas partes em litígio, retirando o diferencial de poder que existe quando o Estado é colocado no polo oposto a um indivíduo, ainda mais quando esse indivíduo é estrangeiro. Transformava-se, assim, a lide em discussão de Estado contra Estado. Em tese, a proteção diplomática teria a intenção eliminar a assimetria existente entre indivíduo e Estado, mas o que fazer quando os Estados envolvidos têm grandes diferenciais de poder a sua disposição?

Para evitar o abuso da utilização do instituto da proteção diplomática, doutrinadores latino-americanos, como o argentino Carlos Calvo, tiveram grande influência na defesa de restrições à sua aplicação.<sup>123</sup> Segunda Doutrina Calvo, os Estados deveriam renunciar a proteção diplomática ao investir em algum Estado latino-americano. Muitos países da América Latina, inclusive, inseriram essa norma em suas constituições.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direito Internacional Público* - 15 Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004 Volume 1 p. 522.

<sup>122</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo et al. *Panorama Jurídico-econômico dos Investimentos Transnacionais: Análise Crítica* In CASELLA, Paulo Borba et al (orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 601.

<sup>123</sup> HERSHEY, Amos S. *The Calvo and Drago Doctrines*. In: *American Journal of International Law*. Vol. 1, 1907, p.27.

<sup>124</sup> MENEZES, Wagner. *Derecho internacional en América Latina*, Brasília : FUNAG, 2010, p. 143.

O incidente de Caracas, em que a Grã-Bretanha, a Alemanha e a Itália bloquearam e bombardearam o porto da capital venezuelana, em 1903, para a garantia de cobrança de dívidas, teve grandes repercussões no Direito Internacional e na política pan-americana. Como resultado direto desse incidente, foram elaborados a Convenção da Haia sobre a Restrição do Uso da Força em Questões Contratuais<sup>125</sup>, a Doutrina Drago-Porter e o Corolário Roosevelt<sup>126</sup>, em que os Estados Unidos da América expandiram a Doutrina Monroe, para evitar que novas intervenções europeias pudessem dar ensejo à recolonização da América Latina.

Luís Maria Drago<sup>127</sup>, ministro das Relações Exteriores argentino em 1902, propôs nova doutrina sobre a proteção diplomática de investimentos estrangeiros, alegando que os Estados Investidores não poderiam utilizar a força para cobrar créditos de seus nacionais que investiram em países estrangeiros. Esse conceito ficou conhecido como a Doutrina Drago-Porter<sup>128</sup>, levando também o nome do General norte-americano Horace Porter, que a defendeu quando ela foi inicialmente proposta na Conferência Panamericana de 1906, realizada no Rio de Janeiro. Na ocasião, o Brasil foi contrário ao desenvolvimento dessa doutrina, pois não queria se alinhar com os países da América Latina em matéria de cobrança de dívidas. O Barão do Rio Branco, Ministro das Relações Exteriores brasileiro no período, não desejava associar a imagem do Brasil com a dos seus então caóticos vizinhos.<sup>129</sup>

O primeiro conflito armado de escala mundial, e a posterior criação da Corte Internacional de Justiça tiveram reflexos no Direito Internacional dos Investimentos. Três casos importantes, o Caso Mavrommatis<sup>130</sup>, o caso Alta Silésia<sup>131</sup> e o caso da Usina de Chórzow<sup>132</sup>

<sup>125</sup> SCOTT, George Winfield. *Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims* The American Journal of International Law Vol. 2, No. 1 (Jan., 1908), pp. 78-94 Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2186560>. Acesso em: 24 out. 2010.

<sup>126</sup> MEIERTÖNS, Heiko. *The Doctrines of US Security Policy - An Evaluation under International Law*, Cambridge University Press, 2010.

<sup>127</sup> DRAGO, Luis M. *State Loans in their Relation to International Policy*, AM. J. INT'L L. 692-726 (1907).

<sup>128</sup> de MAGALHÃES, José Carlos. *Direito Econômico Internacional*, Curitiba, Juruá Editores, 2005, pp.130- 132.

<sup>129</sup> CERVO, Amado Luiz & BUENO, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais/Editora da Universidade de Brasília, 2008, p. 179.

<sup>130</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 2; Collection of Judgments A.W.* Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1924. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30\\_mavrommatis/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/). Acesso em: 1 nov.2010.

<sup>131</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Publications of the Permanent Court of International Justice Series A. No. 6; Collection of Judgments A.W.* Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1925. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25\\_silesia/option\\_ii/1925.08.25\\_silesia.pdf](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25_silesia/option_ii/1925.08.25_silesia.pdf). Acesso em: 1 nov. 2010.

<sup>132</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Publications of the Permanent Court of International Justice Series A - No. 17; Collection of Judgments A.W.* Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1928. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13\\_chorzow1/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1/). Acesso em 1 nov. 2010.

ajudaram a consolidar a noção de responsabilidade dos Estados por atos que “gerem prejuízos a estrangeiros dentro de seus territórios, devendo ressarcir-los pelos danos, e, na maior medida possível, apagar as consequências do ato, restabelecendo o status que teria provavelmente ocorrido sem o ato ilícito”.<sup>133</sup>

Na história do Direito Internacional dos Investimentos, o Brasil é mencionado no contexto do surgimento de padrão internacional para a expropriação por motivos de saúde pública, em caso de destruição de um lote de melancias contaminado por cólera. Os produtores buscaram indenização junto às autoridades brasileiras, que negaram tal pedido. Os mesmos produtores, então, demandaram ao governo americano por proteção diplomática na proteção de seus interesses. O Departamento de Estado Americano, no entanto, negou proteção diplomática, afirmando que as medidas haviam sido justificadas pelo Direito Internacional.<sup>134</sup>

Esse julgado recebeu grande atenção internacional, sendo um leading case em matéria de expropriação e indenização. Stephan W. Schill também menciona esse julgado.<sup>135</sup> O Autor cita ainda o julgado da Corte Internacional de Justiça, em que o Brasil<sup>136</sup> foi parte, que envolveu interpretação contratual sobre o pagamento de obrigações em ouro ou em francos-ouro, após a França ter abolido a conversibilidade em ouro de sua moeda<sup>137</sup>. É interessante que esse caso foi julgado por juízes conhecidos pelos juristas brasileiros, como Anzilotti e Bustamante. Stephan Schill também comenta sobre esse caso.<sup>138</sup>

Apesar da referida baixa institucionalização dos investimentos internacionais durante o período colonial, isso não significou que inexistiam instrumentos jurídicos para disciplinar o investimento transfronteiriço. Exemplos desse movimento são os Tratados de Amizade,

<sup>133</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo et al. *Panorama Jurídico-econômico dos Investimentos Transnacionais: Análise Crítica* In CASELLA, Paulo Borba et al (orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 602.

<sup>134</sup> Esse episódio do início do século XX é narrado por NEWCOMBE, Andrew Paul, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law. ICSID*. Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 20, No. 1, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=789706> or doi:10.2139/ssrn.703244. Acesso em: 4 nov. 2010.

<sup>135</sup> SCHILL, Stephan W. *Enabling Private or dering- Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties IILJ Working Paper 2008/9 Finalized 10/30/08*, Disponível em: <http://www.iilj.org/publications/documents/2008-9.Schill.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2010.

<sup>136</sup> *Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil)*, Judgment No. 15 of July 12, 1929, 1929 P.C.I.J. (Ser. A) No. 20/21, pp. 93, 101.

<sup>137</sup> Permanent Court of International Justice *Case concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France*. PCIJ, Ser. A., No. 21, 1929. *Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 20/21*; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1929. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12\\_payment2/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment2/) Acesso em: 22 nov. 2010.

<sup>138</sup> SCHILL, Stephan W. *Enabling Private or dering- Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties*, 18 Minn. J. Int'l L. 1 (2009). Disponível em: [http://www.law.umn.edu/uploads/sA/Wt/sAWtnHAzaFEREC8E\\_27Aiw/Schill-Final-Online-PDF-03.30.09.pdf](http://www.law.umn.edu/uploads/sA/Wt/sAWtnHAzaFEREC8E_27Aiw/Schill-Final-Online-PDF-03.30.09.pdf) Acesso em: 22 nov. 2010.

Comércio e Navegação<sup>139</sup>, reconhecidos como precursores dos tratados de investimento internacional.

Esses tratados previam compensação em casos de expropriação, protegendo a propriedade estrangeira em território nacional. Os acordos tinham como principal escopo o comércio e, em alguns casos, continham algumas previsões sobre proteção à propriedade estrangeira. A diplomacia brasileira fez grande uso destes tipos de tratado ao final do Império, tendo inclusive, realizado um “tratado desigual” com a China, sob condições análogas a dos países imperialistas da época.<sup>140</sup>

O Fim da Segunda Guerra Mundial inicia nova era nas relações internacionais, e o sistema internacional de investimentos também é afetado. A descolonização marcou as décadas de 1950 e 1960 e teve grande impacto no Direito dos Investimentos, no chamado período Pós-Colonial, segundo a classificação de Vandeveld.<sup>141</sup>

O desenvolvimento do regime internacional de comércio do GATT (General Agreement of Trade and Tariffs) 1947 evidenciou o primeiro ensaio de mudança da estrutura legal utilizada nos acordos econômicos do âmbito bilateral, utilizado no período anterior à Segunda Guerra<sup>142</sup>, para o multilateral, além de iniciar diversas rodadas de negociações para ampliar a liberalização do comércio internacional. A entrada em vigor do GATT criou uma sistemática internacional para tratar de comércio, mas o investimento teria que ser regulado separadamente.

A Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados de 1965, mais conhecida como Convenção de Washington, buscou instituir regime internacional de proteção de investimentos estrangeiros e de solução de controvérsias entre investidores e Estados Hospedeiros.

Conforme analisado anteriormente, a Convenção de Washington possui 143 ratificações, número expressivo, mas com importantes exceções, como México, Brasil, Índia, África do Sul, Irã, Algéria, Polônia, Iraque, e Cuba, países com histórico de problemas, ou reservas políticas em relação a interferências indevidas de outros Estados nas respectivas economias.

---

<sup>139</sup> BRASIL. TRATADO DE AMIZADE, DE COMÉRCIO E DE NAVEGAÇÃO. Firmado em Paris, a 5 de novembro de 1895. Entre os Estados Unidos do Brasil e o Império do Japão, promulgado pelo Decreto nº 2495 de 14 de abril de 1897, que criou uma Ligação no Império do Japão e um Consulado Geral de 1ª classe com sede em Yokoama, e por Decreto nº 2786 de 5 de Janeiro de 1898 foi designada a sede dos Consulados em Yokoama e Kobé.

<sup>140</sup> CERVO, Amado Luiz & BUENO, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais/Editora da Universidade de Brasília, 2008, p. 137.

<sup>141</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Fall, 2005.

<sup>142</sup> MOURA, Gerson. *Autonomia na Dependência: A Política Externa Brasileira de 1935 a 1942*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1980. Sobre os Acordos de Compensação, como o entre o Brasil e a Alemanha.

Países que se retiraram da Convenção de Washington são raros, mas incluem Equador e Bolívia, Estados em que o populismo energético, também conhecido como nacionalismo de recursos naturais,<sup>143</sup> está presente. Com relação ao Brasil, embora o país tenha consistentemente se negado a aderir ao regime internacional de proteção ao investimento estrangeiro, a comunidade internacional parece não temer reviravoltas na condução das políticas públicas em face ao capital internacional. Considera-se que o país consegue passar ao largo da maré do nacionalismo exacerbado.<sup>144</sup>

As the tenth largest energy consumer in the world (third largest in the Western Hemisphere after the United States and Canada), one of the world's largest ethanol producers and the country with the second largest crude oil reserves in South America, Brazil (1) is a critical player in the global energy market... In a time where high crude oil prices and internal politics have caused much of Latin America to look inward and focus on recapturing dominion and control over their natural resources, Brazil continues to welcome foreign investment from international oil companies (IOCs) to increase direct investment in the hydrocarbon sector. (6) This is not to say that Brazil is a panacea for oil and gas development, as it has its challenges and uncertainties as well. Petrobras's Tupi discovery and the resultant withdrawal of "41 of the most promising blocks" (7) from Bid Round 9 introduced elements of instability and national preference that Brazil has heretofore avoided.<sup>145</sup>

No plano bilateral, o Direito Internacional dos Investimentos teve grande evolução durante a segunda metade do Século XX. Com início ainda na década de 1950, o primeiro Tratado Bilateral de Investimento (é prática utilizar a sigla em inglês *BIT – Bilateral Investment Treaty* para se referir a esse tipo de acordo internacional) entre a República Federal da Alemanha e o Paquistão<sup>146</sup> inaugurou o tratamento moderno dos investimentos internacionais. Esses tratados, que têm como objetivo diminuir os riscos políticos dos investimentos internacionais têm sido a base jurídica de muitos investimentos estrangeiros no mundo. O Brasil já assinou 14 tratados desse modelo, mas não ratificou nenhum e todos foram retirados do procedimento de aprovação parlamentar.<sup>147</sup>

Do Relatório do Grupo de Trabalho que elaborou o primeiro modelo de Acordo brasileiro na matéria constam, de forma mais ou menos clara, aqueles argumentos, bem como a indicação de que os Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos, de “impacto reduzido” na decisão de investir, deveriam ser considerados como “mais um instrumento de sinalização da vontade política de

<sup>143</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: The case of Bolivia and Brazil* Journal of World Energy Law & Business, 2009, Vol. 2, No. 2.

<sup>144</sup> OTILLAR, Steven P. e MCQUAID, Kristina A. et al. Lance Shaner *RECENT DEVELOPMENTS IN BRAZIL'S OIL & GAS INDUSTRY: BRAZIL APPEARS TO BE STEMMING THE TIDE OF RESOURCE NATIONALISM* Disponível em: [http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/ed378d6c-27eb-4154-89e4-8dc7b3326a61/Presentation/PublicationAttachment/47b32c21-56df-4849-8ef5-9b93e5776865/ar\\_brazil\\_recentdevelopmentsoilgasindustry\\_apr08.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/ed378d6c-27eb-4154-89e4-8dc7b3326a61/Presentation/PublicationAttachment/47b32c21-56df-4849-8ef5-9b93e5776865/ar_brazil_recentdevelopmentsoilgasindustry_apr08.pdf). Acesso em: 2 nov. 2010.

<sup>145</sup> Ibid..

<sup>146</sup> SALACUSE, J. and SULLIVAN, N.: 2004, *Do BITs really work? an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, Harvard International Law Journal 46(1) 2005, p.4.

<sup>147</sup> IIA MONITOR No. 3 (2006) International Investment Agreements *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)* UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006 p. 3.



promover um clima favorável de investimentos”. Finalmente, o Relatório concluiu que, “não obstante as restrições impostas pela Constituição Federal ao capital estrangeiro”, a legislação vigente “não impede” a negociação e conclusão de tais Acordos, e que, “por representar inovação em matéria de política de investimentos”, o modelo proposto levava em conta “a sensibilidade existente nos meios políticos do país, em especial no Congresso Nacional, relativamente à matéria.”<sup>148</sup>

A Embaixadora Gilaberte entende que a negociação desses APPIs era inconsistente com a política brasileira, pois:

A decisão brasileira de participar do processo de negociação dos Acordos sobre Promoção Recíproca de Investimentos denota, assim, certa inconsistência, que é realçada pelo fato de, diferentemente da Argentina, o Brasil não tê-la adotado simultaneamente com outras medidas correlatas – a subscrição do Convênio Constitutivo da MIGA, por exemplo, precede-a de dois anos e, até o momento, não foi sequer considerada eventual adesão à Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, ou À Convenção de Washington sobre Solução de Litígios entre Estados e Nacionais de Outros Estados Relativos a Investimentos, de 18 de março de 1965, que institui o Centro Internacionl de Solução de Constrovérsias sobre Investimentos.<sup>149</sup>

Interessante observar que Andrew Newcombe e Lluís Paradell, estudiosos do Direito Internacional dos Investimentos, esquecem-se de verificar a ratificação dos tratados bilaterais de investimento assinados pelo Brasil, ao mencionar esses instrumentos internacionais como se estivessem em vigor.<sup>150</sup> Tal deslize pode indicar o desconhecimento internacional do Direito Brasileiro.

Em artigo bastante crítico ao sistema dos tratados bilaterais de investimento<sup>151</sup>, Jeswald W. Salacuse e Nicholas P. Sullivan comparam a quantidade de investimento direto estrangeiro que ingressou na Argentina e no Brasil em determinado período. Embora seja signatária de diversos BITs, a Argentina não assegurou participação maior do que o Brasil no destino de Investimentos Diretos Estrangeiros. Para os autores, é difícil generalizar que os BITs devem ser considerados como grandes facilitadores de ingresso de capitais estrangeiros, uma vez que Brasil e China, grandes destinos de investimentos, não têm como política ratificar tratados dessa natureza.

Ainda na tentativa de se criar regime verdadeiramente multilateral de investimentos, já na Era Global de Vandeveldel<sup>152</sup>, a Conferência Ministerial de Cingapura, de 9 a 13 de dezembro

<sup>148</sup> GILABERTE, Katia Godinho. Acordos sobre promoção e proteção de investimentos : evolução da política brasileira e perspectivas. Brasília : IRBr,1995. CAE, tese, p.31.

<sup>149</sup> Ibid, p.32.

<sup>150</sup> NEWCOMBE, Andrew Paul e PARADELL, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law*. KLUWER LAW INTERNATIONAL, Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law, 2009. Disponível em : <http://ssrn.com/abstract=1375600>. Acesso em: 4 out. 2010.

<sup>151</sup> SALACUSE, J. and SULLIVAN, N.: 2004, *Do BITs really work? an evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain*, Harvard International Law Journal 46(1) 2005.

<sup>152</sup> VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Agreements*. U.C. Davis Journal of

de 1996, foi palco do surgimento dos chamados Temas de Cingapura (Investimentos, políticas de concorrência, transparência em compras públicas e facilitação de negócios). Tais temas causaram apreensão aos negociadores brasileiros, como pode ser percebido no artigo do Ministro Celso Amorim, em que o autor ressalta o desequilíbrio entre as propostas dessa Conferência e os interesses dos países em desenvolvimento.

O moderno Direito Internacional dos Investimentos, da Era Global, vê ressurgimento da elaboração de APPIs, ao mesmo tempo em que sua utilização é seriamente questionada. A recusa de pagamento de indenizações de arbitragens de investimentos, como é o caso da Argentina, põe em cheque a relevância desses acordos<sup>153</sup>. Se os laudos arbitrais não podem ser executados, todo o sistema de solução de controvérsias de investimento perde utilidade.

---

International Law & Policy. Fall, 2005.

<sup>153</sup> REUTERS, Agência. Agência Reuters, *Obama says to suspend trade benefits for Argentina*. (2012) Disponível em : <http://www.reuters.com/article/2012/03/26/us-usa-argentina-trade-idUSBRE82P0QX20120326> . Acesso em: 9 agost.2012.

### 3. PRINCÍPIOS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS INVESTIMENTOS

#### 3.1 Admissão e Estabelecimento

A liberalização dos investimentos estrangeiros está longe de alcançar o mesmo nível que é atingido por bens. Muitos países limitam a entrada de investimentos estrangeiros em setores estratégicos da economia. A essa limitação dá-se o nome de direito de admissão de investimento estrangeiro.

Há certa confusão entre o Direito de Admissão de Investimentos Estrangeiros e o Direito de Estabelecimento. O Direito de Admissão de investimentos é relativo ao direito de entrada de um investimento em um país, ou seja, a autorização para que o investimento possa ser implantado. O Direito de estabelecimento está relacionado com as condições nas quais o investidor está autorizado a continuar seus negócios durante o período de investimento.<sup>154</sup>

Nos Estados Unidos da América, por exemplo, o *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) é órgão de fiscalização do investimento estrangeiro realizado dentro dos EUA. Empresas dos EUA envolvidas em aquisição por empresa estrangeira devem voluntariamente notificar o CFIUS, para verificação da conveniência política da transferência do controle para empresa estrangeira, que pode rever transações não submetidas voluntariamente. O CFIUS tem poder de decidir sobre investimentos estrangeiros delegado pelo Presidente e o investimento estrangeiro é visto como questão de segurança nacional<sup>155</sup>.

No Brasil, há limitações constitucionais para o investimento estrangeiro, como, por exemplo, estipula o art. 222, que estabelece:

*Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)*

*§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (grifos nossos)*

Essas restrições constitucionais ao investimento são restrições quanto a sua admissão, ou seja, investimentos que sejam direcionados ao setor de empresa jornalística, que não estejam em conformidade com a norma constitucional, não serão admitidos em território brasileiro.

<sup>154</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008, p. 80.

<sup>155</sup> Disponível em: <http://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Committee-on-Foreign-Investment-in-US.aspx>. Acesso em 11 março 2012.

O Ministro Sérgio Barreiros assegura que: “Nas deliberações do Grupo de Trabalho sobre a Relação entre Comércio e Investimentos da OMC, ficou evidente que nenhum país do mundo concede o direito de admissão incondicional ao investidor estrangeiro.”<sup>156</sup>

Karla Closs distingue admissão de estabelecimento da seguinte maneira:

Inicialmente vale distinguir admissão de estabelecimento. Entende-se por admissão o direito de entrada ou presença propriamente dito, ao passo que estabelecimento refere-se ao direito a um tipo determinado de presença (UNCTAD, 2004f, p.3).

Os BITs estabelecem a obrigação das partes de estimular e promover condições favoráveis ao investimento estrangeiro. Em geral, reconhecem, entretanto, que os investidores estrangeiros não têm direito absoluto de entrada (DOLZER; STEVENS, 1995, p. 50), mas que o Estado mantém, ao contrário, com base no direito internacional consuetudinário, o direito de regular a entrada e o estabelecimento de estrangeiros em seu território, como prerrogativa do direito de soberania (SACERDOTI, 2000, p.105).<sup>157</sup>

Sornarajah confirma a hipótese de que o direito de estabelecimento não é irrestrito:

The right to regulate foreign investment from entry to final liquidation and exit lies at the root of conflicts concerning the making of an investment instrument. It runs through every aspect of the provisions of the instrument from definition to dispute settlement. Customary international law recognized that the entry of foreign investment was entirely a matter for the sovereign prerogative of the state. Liberalizing instruments on foreign investment seek to change this aspect. The developed states themselves are disunited on this point. When the OECD's MAI was mooted, France and Canada sought a cultural exception that would have prevented the US entertainment industry from entering these states and dominating their cultural industries. On a wider scale, the objections are even greater. The developing states maintain screening legislation in order to exclude investments they perceive as harmful to their economies. This is a right that is unlikely to be given up.<sup>158</sup>

Dolzer e Schreuer reiteram que há limitação para a admissão de investimentos estrangeiros, que se encontra ameaçada por disposições em APPIs e em acordos regionais, como o NAFTA. Os autores ainda advertem Estados interessados em assinar acordos de investimento com cláusulas amplas estabelecendo direitos de admissão irrestritos:

*From the perspective of general international law, states are in no way compelled to admit foreign investment. The economic dimension of territorial sovereignty continues to confer the right on each government to decide whether to close the national economy to foreign investors or whether to open it up, fully or with respect to certain sectors. This includes the right to determine the modalities for admission and establishment of foreign investors. Among the national considerations speaking against full liberalization, are the concern of weak domestic industries being 'crowded out', and the social effects of rapid economic change. In addition, there are moral, health, and environmental concerns and a growing agenda of national security. Also views differ as to whether it is useful to conclude treaties providing for guarantees toward liberalization or whether the flexibility inherent in domestic legislation subject to continuous review may provide more benefits for the national economy of the host*

<sup>156</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, p.85.

<sup>157</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 91.

<sup>158</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 311.

state. *In any event, governments negotiating investment treaties must be aware that binding commitments on admission and establishment create lasting obligations, even when economic circumstances have changed.*<sup>159</sup>(grifos nossos)

Shreuer e Dolzer continuam, fazendo diferenciação do direito de admissão usando sistema semelhante ao do GATS, em que há lista positiva para a liberalização de setores determinados pelo Estado:

But in practice no state will grant unlimited access to foreign investments. Two approaches are available in principle for treaties containing a right of admission. One approach is to identify all sectors that are open to the investors of the other party (*positive list*). The other is to identify all sectors that are closed (*negative list*). Exceptions may apply both to certain categories of investors and of investments. Some treaties provide that exceptions to be made in the future, ie after the treaty's entry into force, must not have the effect of placing the nationals of the other state in a less favourable position. However, other treaties specifically allow the adoption of measures that are more restrictive than those existing at the time of the signature of the treaty.<sup>160</sup>

### 3.2 Expropriação

A expropriação de bens de propriedade de estrangeiros e a solução de controvérsias decorrentes de tais práticas é o ponto basilar do Direito Internacional dos Investimentos. Não é por menos que os primeiros casos envolvendo a disciplina versam sobre expropriação, como os casos: *Mavrommatis*<sup>161</sup>, *Alta Silésia*<sup>162</sup> e *Usina de Chórzow*<sup>163</sup> ajudaram a consolidar a noção de responsabilidade dos Estados por atos que “gerem prejuízos a estrangeiros dentro de seus territórios, devendo ressarcir-los pelos danos, e, na maior medida possível, apagar as consequências do ato, restabelecendo o status que teria provavelmente ocorrido sem o ato ilícito”<sup>164</sup>.

Philippe Kahn relata que:

La principale crainte des investisseurs étrangers a toujours été celle de la perte de leurs propriétés à la suite d'expropriation ou de nationalisation dans des conditions confiscatoires. On peut admettre que le principe de non-expropriation sauf indemnité prompte, adéquate et effectivement réalisable n'est plus discuté. Sa formulation peut

<sup>159</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008, pp. 79-80.

<sup>160</sup> Ibid, p. 81.

<sup>161</sup> Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 2; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1924. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30\\_mavrommatis/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/) Acesso em: 1 nov. 2010.

<sup>162</sup> Ibid. No. 6; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1925. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25\\_silesia/option\\_ii/1925.08.25\\_silesia.pdf](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25_silesia/option_ii/1925.08.25_silesia.pdf) Acesso em: 1 nov. 2010.

<sup>163</sup> Ibid. No. 17; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1928. Disponível em: [http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13\\_chorzow1/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1/) Acesso em: 1 nov. 2010.

<sup>164</sup> VIDIGAL, Geraldo de Camargo et al. *Panorama Jurídico-econômico dos Investimentos Transnacionais: Análise Crítica* In: CASELLA, Paulo Borba et al (orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 602.

carier d'une source à l'autre mais le principe est acquis et n'est plus un élément du discours politique soit pour être affirmé, soit pour être contesté, d'autant plus que les grandes vagues de nationalisations sont passées. En revanche les controverses subsistent sur deux points, les expropriations indirectes et le calcul de l'indemnité.<sup>165</sup>

O Ministro Sérgio Barreiros Azevedo acrescenta:

Esse confronto (entre investidores e Estados hospedeiros) resultou no estabelecimento de regras de direito internacional consuetudinário, que determinam a legalidade de um processo de expropriação, a saber: deve responder ao interesse público, ser efetuada de maneira não discriminatória e ser objeto de indenização.<sup>166</sup>

O conceito de expropriação passou por evolução significativa, e o regime internacional dos investimentos, especialmente através dos APPIs fez surgir, por via negocial, novas formas de expropriação. Chamou-se de expropriação indireta medidas que, apesar de não configurarem a tomada da propriedade de um investimento estrangeiro pelo Estado hospedeiro, teriam efeito equivalente. A doutrina internacional cunhou diferentes termos para esse desenvolvimento do conceito de expropriação, como *creeping expropriation*, *regulatory expropriation* e *indirect expropriation*. Sobre o desenvolvimento do conceito de expropriação indireta, o Ministro Sérgio Barreiros Azevedo acrescenta:

A questão apresenta dificuldades intrínsecas pelo fato de que diferentes sistemas de organização social atribuem diferentes papéis aos direitos de propriedade privada e à função social da propriedade. A noção de expropriação indireta conspira diretamente contra o exercício legítimo do poder regulatório dos Estados nacionais na obrigação de submeter os direitos da propriedade privada ao interesse público.<sup>167</sup>

Karla Closs também concorda com a opinião:

Segundo o direito internacional, o Estado é livre para adotar medidas de expropriação quanto a bens de nacionais e estrangeiros em seu território. Os BITs não negam esse direito, mas submetem a expropriação ao cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo direito internacional, além de estabelecer meios de compensar o investidor no caso de violação dos seus direitos por parte do Estado (SACERDOTTI, 2000, p.119). São os seguintes os requisitos para a expropriação estabelecidos pelo direito internacional: (i) ter como fundamento um interesse público; (ii) ser não-discriminatória; (iii) realizar-se de acordo com os princípios do devido processo legal; e (iv) mediante pagamento de compensação (FORTIER; DRYMER, 2004, p.293).<sup>168</sup>

Salacuse e Sullivan discutem o tema da expropriação, elencando requisitos estabelecidos pela doutrina e pelo corpo das decisões de arbitragens de investimento:

One of the primary functions of any BIT is to protect foreign investments against nationalization, expropriation, or other forms of interference with property rights by host country governmental authorities. Despite opposition by some developing

<sup>165</sup> KAHN, Philippe. Les investissements internationaux, nouvelles donnees : un droit transnational de l'investissement. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law. Eds. Philippe Kahn and Thomas W. Walde Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.54.

<sup>166</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, p.89.

<sup>167</sup> Ibid, p.90.

<sup>168</sup> DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law* (Foundations of Public International Law). Oxford University Press, 2008, p. 115.

nations in various multilateral forums, virtually all BITs with developing countries adopt some variation of the traditional Western view of international law that a state may not expropriate property of an alien except: (1) for a public purpose, (2) in a non-discriminatory manner, (3) upon payment of just compensation, and in most instances, (4) with provision for some form of judicial review. The various elements of the traditional rule have taken different formulations in different treaties, some more and some less protective of investor interests. Perhaps the greatest variations in treaty provisions and some of the most difficult negotiations arise with respect to the standard of compensation. Nonetheless many, if not most, BITs have adopted the traditional rule, expressed in the so-called "Hull Formula" that such compensation must be "prompt, adequate and effective." They then proceed to define the meaning of each of these words.<sup>169</sup>

Dolzer e Shreuer consideram o direito de um Estado de expropriar propriedade estrangeira situada em seu território como decorrência da soberania:

Consistent with the notion of territorial sovereignty, the classical rules of international law have accepted the host state's right to expropriate alien property in principle. Indeed, state practice has considered this right to be so fundamental that even modern investment treaties (often entitled agreements 'for the promotion and protection of foreign investment') respect this position. Treaty law typically addresses only the conditions and consequences of an expropriation, leaving the right to expropriate as such unaffected.

Even clauses in agreements between the host state and the investor that freeze the applicable law for the period of the agreement ('stabilization clauses') will not necessarily stand in the way of a lawful expropriation. The position is less clear if such an agreement explicitly excludes the right to expropriate. Except in extreme circumstances, an international tribunal will probably interpret such a clause in a literal manner. In practice, however, such far-reaching provisions have played no significant role.<sup>170</sup>

Em compasso com Salacuse e Sullivan, Dolzer e Schreuer também reconhecem requisitos para expropriação ser considerada em conformidade com o Direito Internacional dos Investimentos:

It is today generally accepted that the legality of a measure of expropriation is conditioned on three (or four) requirements. These requirements are contained in most treaties. They are also seen to be part of customary international law. These requirements must be fulfilled cumulatively:

The measure must serve a public purpose. Given the broad meaning of 'public purpose', it is not surprising that this requirement has rarely been questioned by the foreign investor. However, tribunals did address the significance of the term and its limits in some cases.

The measure must not be arbitrary and discriminatory within the generally accepted meaning of the terms.

Some treaties explicitly require that the procedure of expropriation must follow principles of due process. Due process is an expression of the minimum standard under customary international law and of the requirement of fair and equitable treatment. Therefore, it is not clear whether such a clause, in the context of the rule on expropriation, adds an independent requirement for the legality of the expropriation.

<sup>169</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005, p. 10.

<sup>170</sup> DOLZER, Rudolf e SCREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, pp. 89-90.

The expropriatory measure must be accompanied by prompt, adequate, and effective compensation. Adequate compensation is generally understood today to be equivalent to the market value of the expropriated investment.<sup>171</sup>

José Fontoura classifica as formas de compensação por expropriações de investimentos:

De maneira geral, é possível situar a discussão em torno dos seguintes focos:

1. aceita-se a possibilidade de *restitutio in integrum* obrigatória e executável, sendo a compensação integral exigível sempre que a primeira for impossível ou excessivamente onerosa (fórmula resultante da decisão do caso Fábrica Chorzów) (CPJI, 1928);
2. a compensação deve ser “pronta, adequada e efetiva”, o que se conhece como padrão Hull;
3. compensação “apropriada”, para utilizar os termos da Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, a qual levava em conta “*todas as circunstâncias que o Estado considere pertinente*”; e
4. compensação em bloco, mediante os chamados *lump sum agreements* (LILLICH: WESTON, 1988).<sup>172</sup>

### 3.3 Tratamento justo e equitativo

O standard do tratamento justo e equitativo é prática comum em tratados de investimento<sup>173</sup>, sendo o argumento mais importante para a concessão de laudos arbitrais em diversos casos de arbitragem de investimentos.<sup>174</sup> Seu surgimento data de 1954 de um tratado de Amizade, Comércio e Navegação entre EUA e Alemanha. A partir daí, a maioria dos APPIs passaram a contar com a cláusula, que tem como objetivo cobrir situações que não se enquadram nas regras mais específicas contidas no tratado<sup>175</sup>.

Dolzer elucida que o conceito de tratamento justo e equitativo deve ser interpretado de acordo com o complemento dado pela lei civil doméstica e com princípios reinantes no ordenamento, como o da boa-fé objetiva. O referido princípio ajudará a preencher as lacunas e ajudar na interpretação da cláusula em tela.

A expressão tratamento justo e equitativo deve ser lida como um todo, tendendo-se a considerar justo e equitativo como palavras sinônimas. Trata-se de uma cláusula mais ampla, não estando presa aos efeitos previstos no contrato para a violação das cláusulas mais específicas.

<sup>171</sup> DOLZER, Rudolf e SCREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, pp. 90-91.

<sup>172</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba 2010 pp.65-66.

<sup>173</sup> Cf. BIT EUA e Argentina

<sup>174</sup> DOLZER, Rudolf e SCREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008.

<sup>175</sup> DOLZER, Rudolf. *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*. 39 Int'l Law. 87 (2005), Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/intlyr39&div=12&id=&page> Acesso em: 12 julh.2012.



Porém, esse dispositivo não deve ser estendido a todos os conceitos e padrões estabelecidos no contrato, pois, ele não está aí para substituir os demais segmentos desenvolvidos no tratado, logo, a interpretação da cláusula deve se dar de forma a respeitá-los sem, no entanto, esvaziar sua função.

O Ministro Sérgio Barreiros Azevedo analisa o conceito:

Os países exportadores de capital têm tradicionalmente defendido a necessidade de que os investidores estrangeiros possam usufruir um padrão mínimo de tratamento, que teria caráter absoluto, ao contrário dos padrões de Tratamento Nacional e de Nação Mais Favorecida, que apresentam caráter relativo. Os APPIs e os demais acordos sobre investimentos se referem a tratamento 'justo e equitativo'.<sup>176</sup>

O diplomata ainda acrescenta:

Como assinala Sornarajah, prevalecem divergências de interpretação entre os Estados sobre a existência de um padrão mínimo de tratamento ao investidor estrangeiro, cuja violação redundaria em responsabilidade internacional do Estado.<sup>177</sup>

Dolzer e Schreuer também se debruçaram sobre esse conceito:

In its diverse manifestations, the standard of fair and equitable treatment may address a variety of governmental actions that affect investments and which more specific rules are unsuitable to address. While this is true, in principle, for all clauses on fair and equitable treatment, generalizations about the standard should be treated with caution. As with other standard clauses in investment treaties, no single frozen version exists. Indeed, the variations in this area are quite significant, and every type of clause has to be interpreted in accordance with Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, duly taking into account its context, and as appropriate, its history. Some treaties simply prescribe 'fair and equitable treatment'; German, Dutch, Swedish, and Swiss BITs generally follow this pattern. Others treat the standard as one element of the general rules of international law; France, the United Kingdom, the United States, and, more recently, Canada have followed this approach. The French Model Treaty provides, for instance: 'Either Contracting Party shall extend fair and equitable treatment in accordance with the principles of International Law to investments made by nationals and companies of the other Contracting Party on its territory. [...]'<sup>178</sup>

Acadêmicos e diplomatas de países em desenvolvimento observam com preocupação o desenvolvimento do conceito de tratamento justo e equitativo. Considera-se que esse padrão pode ter aplicação demasiadamente ampla. Sornarajah ressalta que:

Treaties refer to 'fair and equitable treatment' to be accorded to the nationals of the contracting parties. This phrase is vague and is open to different interpretations. The content of this standard has caused much anxiety. It was at one stage thought that the standard was a higher standard than the international minimum standard. But, in NAFTA litigation, the wide interpretation given to the formula resulted in the NAFTA

<sup>176</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, pp.98-99.

<sup>177</sup> Ibid, p. 99.

<sup>178</sup> DOLZER R. SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p.121.

Commission issuing an interpretative note declaring that the fair and equitable standard was no more than the international minimum standard of customary international law...

The expansive view would mean that any discriminatory measure that the host state adopts could be regarded as offensive to the standard of fair and equitable treatment. This was clearly the approach of the World Bank Guidelines which made reference to the standard.<sup>179</sup>

Karla Closs chama atenção a:

A interpretação literal de tratamento justo e equitativo adota a expressão “justiça e igualdade” ao pé da letra e segue as regras de interpretação do direito internacional. Ou seja, os investidores devem receber tratamento baseado na justiça e na equidade. Essa interpretação, no entanto, ainda apresenta dificuldades, considerando-se a subjetividade e a falta de precisão dos termos “justo” e “equitativo”, que assumem diferentes significados nos ordenamentos jurídicos internos.

Com efeito, a falta de objetividade e precisão dos termos justo e equitativo desponta como um dos maiores problemas na jurisprudência internacional envolvendo tratados sobre investimentos. Há, contudo, quem defenda certa vantagem nesta subjetividade e imprecisão, que flexibilizariam o processo de investimentos. Normalmente, as partes contratantes de um acordo não podem prever todas as circunstâncias decorrentes de seu relacionamento e defendem a regra do tratamento justo e equitativo porque ela não estabelece uma solução *a priori* para questões que podem surgir no futuro (UNCTAD, 2004d, p.213).

Já na segunda interpretação, a regra de tratamento justo e equitativo é equiparada ao padrão mínimo internacional de tratamento do investimento estrangeiro. Em outras palavras, os investidores estrangeiros têm direito a um tratamento de acordo com o padrão mínimo internacional, constituindo-se em um padrão clássico de direito internacional (MUCHILINSKI, 1995, p.624). A aceitação de tal interpretação implica a possibilidade de que o investidor estrangeiro venha a receber tratamento mais favorável do que o concedido aos investidores nacionais (HASE, 2003, p.74).

Essa segunda interpretação, contudo, leva a dois questionamentos, o primeiro refere-se à ausência de disposição explícita no sentido de equiparar o tratamento justo e equitativo ao padrão mínimo internacional de tratamento do investimento estrangeiro. Questiona-se, assim, porque os Estados não indicam (ou indicaram) claramente nos acordos o significado de tratamento justo e equitativo como padrão mínimo internacional (DOLZER; STEVENS, 1995, p.60). Na medida em que isso ocorre, pode-se entender que nem todos os Estados e investidores fazem esta leitura da regra.<sup>180</sup>

Jeswald Salacuse e Nicholas Sullivan concordam com a existência de múltiplas interpretações para o conceito de tratamento justo e equitativo:

One of the most common standards of treatment found in BITs is an obligation that the host country accord foreign investment "fair and equitable treatment." This is a classic formulation of international law and has been the subject of much commentary and state practice. Nonetheless, its precise meaning in a specific situation has been open to varying interpretations.<sup>181</sup>

Dolzer e Schreuer analisam a aplicação do conceito de tratamento justo e equitativo (FET na sigla em inglês):

<sup>179</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 235-236.

<sup>180</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 108.

<sup>181</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 *Harvard International Law Journal* 67 Winter, 2005, p. 9.

Broad definitions or descriptions are not the only way to gauge the meaning of an elusive concept such as FET. Another method is to identify typical factual situations to which this principle has been applied. An examination of the practice of tribunals demonstrates that several principles can be identified, which are embraced by the standard of fair and equitable treatment. The cases discussed below clearly speak to the central role of transparency, stability, and the investor's legitimate expectations in the current understanding of the FET standard. Other contexts in which the standard has been applied concern compliance with contractual obligations, procedural propriety and due process, action in good faith, and freedom from coercion and harassment.<sup>182</sup>

Dolzer e Schreuer ressaltam a semelhança do conceito de tratamento justo e equitativo com princípios do Direito Civil do sistema romano-germânico:

Essentially, the purpose of the clause as used in BIT practice is to fill gaps that may be left by the more specific standards, in order to obtain the level of investor protection intended by the treaties. Some treaties even tie the cause to the fundamental goal of legal stability. The US-Argentina BIT of 1991, for instance, provides in the preamble that 'fair and equitable treatment of investment is desirable in order to maintain a stable framework'.

The systematic location and operation of the clauses in existing investment treaties is reminiscent of general codes in civil law countries that set forth a number of specific rules and complement these with a general clause of good faith as an overarching principle that fills gaps and informs the understanding of specific clauses. Indeed, the substance of the standard of fair and equitable treatment will in part overlap with the meaning of a good faith clause in its broader setting, with one significant element embracing the related notions of *venire contra factum proprium* and estoppel.<sup>183</sup>

Sornarajah alerta para o uso do conceito de tratamento justo e equitativo como instrumento de supervisão das decisões de Estados soberanos, mencionando casos de investimentos ocorridos dentro do NAFTA. O autor questiona a aceitação dos Estados de questionamentos sobre decisões de política interna.

The NAFTA episode is instructive in that states will not permit intrusive supervision of their regulatory mechanisms by international tribunals on the pretext of inquiring into the fairness of the use of the regulation. The approach of the ICSID tribunal in *Genin v. Estonia* indicates that many tribunals will be loath to pass judgment on the regulatory mechanisms and their use.<sup>184</sup>

### 3.4 Tratamento Nacional

Karla Closs define o tratamento nacional como: “o princípio por meio do qual o país receptor concede ao investidor/investimento estrangeiro tratamento não menos favorável do que o tratamento concedido ao investidor/investimento nacional.” A autora acrescenta:

<sup>182</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 133.

<sup>183</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp.122-123.

<sup>184</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 339.

Uma das principais características dessa regra consiste em sua relatividade (UNCTAD, 2004d, p. 162), ou seja, o conteúdo do tratamento concedido ao investidor/investimento estrangeiro varia de acordo com o tratamento estabelecido pela legislação nacional do país receptor do investidor/investimento nacional que se encontra nas mesmas circunstâncias (MUCHILINSKI, 1995, p.626).

Ao garantir que o investidor/investimento gozará de tratamento não menos favorável do que o concedido aos investidores/investimentos nacionais, a regra de tratamento nacional é uma das mais importantes para assegurar determinado tratamento ao investidor/investimento estrangeiro nos países receptores, mas também é tema fundamental na questão do desenvolvimento no que se refere ao investimento estrangeiro (UNCTAD, 2004d, p.161). Ao estipular igualdade formal entre nacionais e estrangeiros – quando, na realidade, muitas indústrias nacionais se encontram em situação de desvantagem e necessitariam de tratamento privilegiado – a regra do tratamento nacional revela-se contrário aos interesses do desenvolvimento econômico almejado pelos Estados.<sup>185</sup>

O Ministro Sérgio Barreiros Azevedo analisa o conflito de interesses entre os investidores internacionais e os Estados que praticam políticas industriais para beneficiar empresas nacionais:

o padrão de tratamento nacional é o princípio pelo qual um país recipiendário de investimentos estende aos investidores estrangeiros tratamento que é no mínimo tão favorável quanto o outorgado aos investidores domésticos em circunstâncias similares... Para os países hospedeiros de IED, o tratamento nacional aos investidores estrangeiros está diretamente relacionado às políticas para promover empresas nacionais e construir vantagens competitivas domésticas.<sup>186</sup>

Esse princípio foi objeto de análise pelo então deputado José Dirceu, em parecer da Câmara dos Deputados sobre APPI assinado com a Alemanha:

tanto a cláusula de tratamento nacional, quanto à cláusula de nação mais favorecida, ao serem implementadas sem exceções, tal como preveem os APPIs de um modo geral e o Acordo Brasil/Alemanha, em particular, colidem com o princípio consagrado em convenções e resoluções da ONU e até mesmo os tratados da OMC, do tratamento diferencial aos países em desenvolvimento [...] Por isto, certos autores recomendam cautela quanto à implementação das referidas cláusulas.<sup>187</sup>

Dolzer e Schreuer ressaltam que:

Clauses on national treatment belong to the standard repertoire of bilateral investment treaties. In their typical version in European BITs, the clauses state that the foreign investor and his investments are 'accorded treatment no less favourable than that which the host state accords to its own investors'. Hence the purpose of the clause is to oblige a host state to make no negative differentiation between foreign and national investors when enacting and applying its rules and regulations and thus to promote the position of the foreign investor to the level accorded to nationals.

This purpose differs fundamentally from the concept of 'national treatment' as it became known a few decades ago, especially as part of the proposed 'New International Economic Order'. That concept was intended to limit, as far as possible,

<sup>185</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 97.

<sup>186</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, p.84.

<sup>187</sup> Parecer do Relator, Deputado José Dirceu, sobre o Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, Processo Legislativo 396, 13 de abril de 2000.

any rights a foreign investor could derive from international law. The possibility that national law could actually be less protective for the foreign investor than the general rules of international law is anticipated in the current BITs by the words 'no less favourable', thus recognizing that other rules may be more favourable. Hence, a positive differentiation remains possible and will even be obligatory where the general standards of international law are higher than the ones applying to nationals.<sup>188</sup>

Dolzer e Schreuer distinguem a cláusula de tratamento nacional do direito de admissão:

All national treatment clauses apply once a business is established (post-entry national treatment). Some investment treaties, especially those concluded by the United States and Canada, also include provisions concerning a right of access to a national market on the basis of national treatment (pre-entry national treatment).<sup>189</sup>

Sornarajah difere a cláusula de tratamento nacional da Doutrina Calvo:

In the age of globalization and liberalization, the emphasis has been on national treatment at both the pre-entry and the post-entry phases of investment. The object of national treatment under the Calvo doctrine was entirely different. It evolved as a counter to the external international minimum standard advocated by the United States. The doctrine confined the foreign investor to the standards of the local entrepreneurs. There was an assumption that such standards were lower than those which prevailed in his home state and those which both the foreign investor and the home state would have desired.<sup>190</sup>

O autor continua a análise, afirmando que os laudos arbitrais em arbitragens de investimento e negociadores têm tentado alargar o conceito de tratamento nacional para abarcar variação que demanda o tratamento nacional em momento anterior à admissão do investimento.

It is not to be confused with national treatment that is advocated in the more recent investment treaties. In modern international law, the national standard has assumed a much desired form. At the pre-entry stage, national treatment, if permitted, creates a right of entry into the host state, unhindered by its screening laws, and a right of establishment of business. Post-entry national treatment entitles the foreign investor to be treated equally with national entrepreneurs. It thus becomes an instrument of liberalization of movement of capital.<sup>191</sup>

### 3.5 Nação Mais Favorecida

A cláusula da nação mais favorecida é comum no sistema internacional de comércio, estando presente desde a época dos tratados de amizade comércio e navegação. De acordo com a cláusula de nação mais favorecida, os países são proibidos de discriminar entre parceiros comerciais. Se um país oferecer vantagem a outro parceiro comercial, mas tiver em vigor

<sup>188</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 178.

<sup>189</sup> Ibid, p.179.

<sup>190</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 319.

<sup>191</sup> Ibid, pp. 319-320.

tratado com cláusula de nação mais favorecida com terceiro Estado, a vantagem oferecida será estendida a esse terceiro Estado.

Na OMC o princípio da nação mais favorecida está estabelecido em diversos acordos, como o GATT, que regula o comércio de bens:

Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos ou formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III<sup>192</sup>

O GATS, que regula o comércio de serviços, também estabelece a cláusula:

Article II

Most-Favoured-Nation Treatment

1. With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country.

O TRIPS também possui disposição semelhante:

Article 4

Most-Favoured-Nation Treatment

With regard to the protection of intellectual property, any advantage, favour, privilege or immunity granted by a Member to the nationals of any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the nationals of all other Members.

Dolzer analisa a cláusula de nação mais favorecida, considerando-a como a pedra fundamental de todo o regime multilateral de comércio:

Most-favoured-nation (MFN) clauses have formed part of international economic treaties for centuries. Most-favoured-nation treatment is not required under customary law. The simple goal of MFN clauses in treaties is to ensure that the relevant parties treat each other in a manner at least as favourable as they treat third parties. As a relative standard, an MFN clause depends for its reach and scope on the conduct of the particular state. The clause may not have any practical significance if the state concerned fails to grant any relevant benefit to a third party. However, as soon as the state does confer a relevant benefit, it is automatically extended to the state that benefits from the MFN clause. The clause will operate, in principle, in relation to all matters that fall within the scope of the treaty containing the MFN rule. Put differently, *ratione materiae*, it operates according to the requirement of sameness, the *ejusdem generis* principle. More particularly, the scope will be determined by the wording of the clause, and the precise benefit granted will depend upon the right granted to the third state.

The traditional significance of the MFN rule in economic treaties has led to its inclusion in virtually all investment treaties. In the realm of international trade law, the clause, as laid down in Article I GATT, is considered one of the cornerstones of

<sup>192</sup> GATT, Artigo I, parágrafo 1º. Disponível em: <http://www2.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/omc/Acordos/GATT47Port.pdf>. Acesso em: 13 julh.2012.

the entire regime. In trade law, the clause grants benefits wherever the parties have not previously agreed to liberalize their relations in the same ways as is done in a treaty with a third state.<sup>193</sup>

A multiplicação dos APPIs fez surgir fenômeno chamado de prato de espaguete (spaghetti bowl), resultando em multilateralização das cláusulas de APPIs<sup>194</sup>. Países com vários APPIs acabam estendendo as vantagens oferecidas em novos APPIs para os Estados com os quais já haviam celebrado esse tipo de acordo. Assim, a rede de APPIs funcionaria como o estabelecimento de um sistema plurilateral de regulação do investimento estrangeiro, em que as vantagens oferecidas por um Estado em um APPI passam a ser disponíveis a todos os parceiros desse Estado.

A consequência dessa cláusula não passou despercebida pelo Governo brasileiro, a consultora legislativa Déborah de Azevedo afirma:

A presença da *cláusula da nação mais favorecida* significa serem as condições estabelecidas em um tratado, quando mais favorável do que o acordado com outro país, passíveis de extensão aos demais que assinarem acordos semelhantes. Nesse sentido, cabe observar que, entre os acordos bilaterais, as melhores concessões foram feitas à Suíça. Portanto, este acordo deve merecer maior atenção pois certamente, caso aprovado na íntegra, terá suas cláusulas estendidas aos demais países com os quais o Brasil assinou tais tipos de acordos.<sup>195</sup>

O conceito de prato de espaguete foi usado pela primeira vez por Jagdish Bhagwati no texto "U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements", de Jagdish Bhagwati e por Anne O. Krueger, em *The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements*. Bhagwati tem utilizado o conceito em diversas ocasiões na descrição de problemas relacionados a tratados de livre comércio.<sup>196</sup>

Salacuse e Sullivan debatem a utilização da cláusula da nação mais favorecida, além de verificarem que Estados em desenvolvimento desejam limitar o âmbito de aplicação dessa cláusula e da cláusula de tratamento nacional, para beneficiar a indústria nacional:

In addition to these general standards, many BITs also contain a further refinement--non-discrimination in relation to other investors, both foreign and national. They thus provide for *national treatment*, which requires that a host country treat an investor or an investment, once made, no less favorably than they treat their own national investors or investments made by their own nationals.

As a result, a BIT may also provide for *most-favored-nation treatment*, which means that a host country may not treat an investor or investment from a BIT partner any less

<sup>193</sup> DOLZER R.,SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 186-187.

<sup>194</sup> MAJLUF, Luis *Abugattas. Swimming in the spaguettu bowl: challenges for developing countries under the 'New Regionalism'*. United Nations Conference on Trade and Development Policy Issues in International Trade and Commodities Study Series No. 27. Disponível em: [www.unctad.org/en/docs/itcdtab28\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/itcdtab28_en.pdf) Acesso em: 16 julh.2012.

<sup>195</sup> AZEVEDO, Déborah Bithiah. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Biblioteca Digital da Câmara de Deputados, Estudo Maio 2001.

<sup>196</sup> KOTERA Akira. *What is the 'Spaghetti Bowl Phenomenon' of FTAs?*

Disponível em: [http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01\\_0193.html](http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01_0193.html). Acesso em: 13 julh.2012.

favorably than it treats investors or investments from any other country. One consequence of such a provision is that it allows the foreign investor to take advantage of the highest standard of treatment provided to a country in any BIT to which the host country is a party.

Some developing countries, recognizing the disparity in financial and technological resources between their national enterprises and those of foreign companies, have resisted or sought to limit the scope of the national treatment guarantee in BITs. In particular, they have tried to avoid giving foreign investors the benefits and subsidies designed to strengthen national industries.<sup>197</sup>

Karla Closs estabelece que:

A regra do tratamento de nação mais favorecida estabelece a obrigação de o país receptor conceder ao investidor/investimento estrangeiro, tratamento não menos favorável do que o concedido a qualquer outro investidor/investimento estrangeiro (UNCTAD, 2004f, p. 119), garantindo a não discriminação entre investidores de diferentes países.

Assim como a regra do tratamento nacional, a regra do tratamento de nação mais favorecida é relativa, ou seja, seu conteúdo depende do tratado em que está incluída. No entanto, a inclusão da regra de nação mais favorecida produz o efeito de estender ao país exportador de capital regras mais favoráveis que tenham sido acordadas pelo país receptor de investimentos com terceiros Estados (MUCHILINSKI, 1995, p.627), podendo ocorrer o que se conhece por *free rider*.<sup>198</sup>

### 3.6 Transferência de Fundos

A transferência de fundos é questão que cria divergências entre Estados exportadores e importadores de capital. É natural que o investidor estrangeiro espere retorno sob seu capital investido e, dada a condição de estrangeiro do investidor, que esse retorno seja enviado ao país de origem do capital. No entanto, a liberdade de enviar capitais para o exterior não é ilimitada. Hipóteses de limitação do direito de repatriação capital são comuns, e geralmente envolvem situações de desequilíbrios das contas externas de um país.

Salacuse e Sullivan afirmam que: “For any foreign investment project, the ability to repatriate income and capital, to pay foreign obligations in another currency, and to purchase raw materials and spare parts from abroad is crucial to a project's success.”<sup>199</sup>

A liberdade de transferência de capitais é de tamanha importância para os países investidores que cláusulas disciplinando tais transferências são comuns em APPIs. Salacuse e Sullivan descrevem os termos gerais da cláusula:

For this reason, capital-exporting states in BIT negotiations have pressed for unrestricted freedom for investors to undertake these monetary operations. Such operations are collectively referred to as "transfers." n83 The monetary transfer

<sup>197</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005, p. 9.

<sup>198</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 103.

<sup>199</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005, p. 9.



provisions of most BITs deal with five basic issues: (1) the general nature of the investor's rights to make monetary transfers; (2) the types of payments that are covered by the right to make transfers; (3) the currency with which the payment may be made; (4) the applicable exchange rate; and (5) the time within which the host country must allow the investor to make transfers.

Os autores reconhecem, contudo, que as disposições sobre transferência de capitais pode criar dificuldades para os países em desenvolvimento:

However, developing countries that face chronic balance-of-payments difficulties and the need to conserve foreign exchange to pay for essential goods and services have considerably reduced their ability and willingness to grant foreign investors the unrestricted right to make such monetary transfers. Accordingly, many developing countries have exchange-control laws to regulate the conversion and transfers of currency abroad. As a result of this fundamental conflict in goals, the negotiation of BIT provisions on monetary transfers has often been among the most difficult to conclude. Capital-exporting countries seek broad, unrestricted guarantees on monetary transfers while developing countries press for limited guarantees subject to a variety of exceptions.<sup>200</sup>

Dolzer e Schreuer também debatem as cláusulas de APPIs que regulam transferências internacionais de capital, reconhecendo o destaque desse tipo de norma:

Conditions for the transfer of funds by investors into the host state and out of the host state are a key of concern both for the investor and for the host state. The investor will typically need to import funds into the host state to start a production facility or to expand its business. Repatriation of capital, including profits, into the home country or a third country will often be the major business purpose of the investment. The host state will want to administer its currency and its foreign reserves. Large currency transfers into the country and out of the country need to be monitored and controlled in order to protect national policies. Experience has shown that sudden short-term capital inflows and especially capital flight may lead to instability in the domestic financial markets.

Os autores, assim como Salacuse e Sullivan, reconhecem que os interesses dos países investidores e dos recipiendários de investimentos podem ser divergentes em relação às transferências de capital. Contudo, os autores reconhecem que os Estados possuem soberania sobre sua política monetária:

Thus, the interests of the foreign investor and those of the host state in the admissibility of foreign transfers will often diverge. Therefore, investment treaties invariably cover this subject matter. The modalities of regulation in the treaties vary considerably, and no single pattern is dominant. Monetary and financial policies, the volume of the domestic capital market, historical experience, and simple bargaining power of the parties will influence the outcome of the treaty negotiations. Given the specificity in the regulation of most treaties, it is not surprising that tribunals rarely have to address the transfer of funds.

All the treaty schemes are negotiated against the background of the host states' 'monetary sovereignty'. This means that the host state has 'the exclusive right to determine its own monetary unit, to give the unit legal meaning, to fix the exchange rate and to regulate, restrict or prohibit the conversion and transfer of foreign exchange. The rules of the International Monetary Fund, which have been accepted in principle by 184 states, do not allow restrictions by the member states of so-called

---

<sup>200</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 *Harvard International Law Journal* 67 Winter, 2005, pp. 9-10.

'current transactions'. This leaves them the power to regulate the inflow and outflow of 'capital transactions' as opposed to 'current transactions'.<sup>201</sup>

Karla Closs analisa as cláusulas sobre transferência de capitais em APPIs:

Essa cláusula vem exatamente fixar a obrigação de livre transferência ao país receptor, bem como as hipóteses em que este poderá restringir o direito do investidor. Sua função, contudo, não se limita a garantir a realização das transferências como uma questão de direito, mas inclui facilitá-las na prática, considerando-se que, mesmo quando permitidas, essas transferências podem estar sujeitas a regras de controle que exigem o cumprimento de determinados requisitos.

Vale ressaltar que a cláusula de transferência de fundos não protege o investidor do risco relacionado à conversão da moeda, nem tampouco do valor do investimento exposto naquela moeda. Ou seja, os países receptores de investimentos não assumem os riscos de desvalorização do investimento por meio dos BITS.<sup>202</sup>

Karla Closs reconhece a necessidade de Estados resguardarem a possibilidade de restringir movimentos de capitais, em momentos de desequilíbrio do balanço de pagamentos.

Pode haver, também, restrição temporária “*em circunstâncias econômicas e financeiras excepcionais*”, em geral decorrentes da redução das reservas internacionais e, conseqüentemente, de dificuldades com a balança de pagamentos. O direito de regular a transferência de capitais pertence à soberania monetária de cada Estado e, mesmo que o direito de transferência esteja garantido por lei, podem ser introduzidas restrições a tal direito devido à deteriorização da posição financeira do país ou à mudança de sua política financeira externa. Os BITS mais recentes, contudo, não incluem autorização para as partes contratantes restringirem o direito de transferência quando da ocorrência das condições acima mencionadas, mesmo sendo permitido pela regra do FMI.<sup>203</sup>

### 3.7 Solução de Controvérsias de Investimentos

Thomas Wälde ressalta a particularidade da arbitragem de investimentos:

Investment arbitration has to be understood as a process with its own culture and dynamic. Academic critics of awards often do not appreciate this particular context and as it influences the outcome – both the award itself and its reasoning. Investment arbitration is, first, not done by a permanent court. There is therefore less of a pressure within the tribunal towards internal consistency as would or should exist within a standing international court where institutional and personal relations are established and where the court (and its support staff) have developed their own culture, traditions and conventions. While international judges will often bear in mind re-appointment implications, they tend to serve as rule a prolonged period. This gives them a longer-term perspective. Also, their appointment is usually not due to one party, but to a particular political constellation.<sup>204</sup>

Ministro Sérgio Barreiros Azevedo afirma:

<sup>201</sup> DOLZER R., SCHREUER C. *Principles of International Law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 191-192.

<sup>202</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 122.

<sup>203</sup> *Ibid*, pp. 126-127.

<sup>204</sup> WÄLDE, Thomas W. The Specific Nature of Investment Arbitration. *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*. Eds. Philip Kahn and Thomas W. Wälde. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.71.

A desproporção entre a responsabilidade do Estado e a do investidor privado, agente econômico que deve apenas responder às expectativas dos acionistas, representa um dos principais obstáculos a colocar um sujeito de Direito Internacional Público e um sujeito de Direito Privado em pé de igualdade em Tribunais de Arbitragem, que não costumam oferecer acesso a informações sobre a causa em julgamento, argumentos jurídicos apresentados e mecanismos pelos quais as decisões são adotadas, não atendendo aos padrões de transparência tradicionalmente consagrados em sociedades democráticas.<sup>205</sup>

O sigilo associado a disputas entre Estados e investidores também é analisado por Salacuse e Sullivan:

Unfortunately, substantial, systematic evidence on whether proposed or contemplated government actions against foreign investment have actually been constrained or prevented by BIT provisions is not easily accessible. The limited evidence that is available on this point is anecdotal and far from comprehensive, given the vast numbers of governmental actions that one would have to examine. Therefore, the only available information on the protective effect of BITs lies in the actual cases brought by investors under BIT provisions against host countries.<sup>206</sup>

Celso Mello também tratou do tema da arbitragem de investimentos, tratando da controversa relação entre países em desenvolvimento e desenvolvidos:

A que vamos estudar [a arbitragem de investimentos] em maiores detalhes é a concluída no âmbito do Banco Mundial por ser a que tem maior campo de aplicação e que tem levantado inúmeras objeções dos países da América Latina, inclusive o Brasil, que até hoje não a ratificou. Desde a sua elaboração que os latino-americanos se opuseram ao afastamento da regra de esgotamento dos recursos internos. Por outro lado, o 3º Mundo se opôs a ela, porque ela afirma que pode ser aplicada na solução do litígio “princípios de direito internacional” o que significaria que os contratos internacionais seriam internacionalizados, isto é, regidos pelo DIP. Outra crítica que foi formulada é no sentido de colocar, perante o tribunal arbitral, em pé de igualdade a empresa e o estado, bem como as pessoas físicas em igualdade com o estado.<sup>207</sup>

Larissa Costa conceitua a arbitragem de investimentos como:

A arbitragem internacional desenvolvida pelo CIRDI é uma arbitragem diferenciada das demais pelo fato de permitir o acesso direto de investidores privados (pessoas físicas ou jurídicas) a um tribunal arbitral internacional. De certa forma, esta permissão indica um reconhecimento, ainda que pequeno e setorial, da capacidade de atuação dos particulares nas relações internacionais. O dispositivo da Convenção que está diretamente ligado a esta peculiaridade é aquele que prevê a restrição do direito de proteção diplomática do Estado contratante de origem do investidor envolvido numa disputa. Esta regra, que representa uma concessão declarada aos preceitos da Doutrina Calvo, estabelece que, uma vez escolhida a arbitragem do CIRDI pelo investidor, o seu Estado de origem não pode exercer o seu direito de proteção diplomática, a não ser que o Estado receptor do investimento resista em cumprir com o laudo arbitral proferido em seu desfavor.<sup>208</sup>

Karla Closs discute a arbitragem de investimentos:

<sup>205</sup> AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília : IRBr, 2007. CAE, tese, p.94.

<sup>206</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005, p. 11.

<sup>207</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro, Renovar 1993, p.138.

<sup>208</sup> COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007, pp. 104-105.

Há diversas formas de tratar a solução de conflitos investidor-Estado nos BITs. Os países exportadores de capital, ao lado dos investidores, defendem que a melhor forma de solucionar conflitos entre investidor e Estado receptor são os mecanismos com intervenção de terceiros (UNCTAD, 2004d, p.347). Por outro lado, alguns países em desenvolvimento, receptores de investimentos, têm defendido historicamente a concessão ao investidor estrangeiro do mesmo tratamento concedido ao investidor nacional. Para esses países, o investidor estrangeiro deve submeter-se aos tribunais nacionais assim como os investidores nacionais, sem o privilégio de levar o Estado receptor a um tribunal internacional.

Os investidores estrangeiros alegam que as disputas investidor-Estado devem ser resolvidas em foro independente, diferente dos tribunais nacionais, que podem sofrer influência do Poder Executivo do país receptor. Por outro lado, é necessário reconhecer a validade das normas nacionais como fonte legítima e válida de direitos e obrigações no processo de investimentos (UNCTAD, 2004d, p. 350). Percebe-se, por parte dos Estados, um certo temor quanto a disputas frívolas e vexatórias junto a tribunais internacionais, que inibam a regulamentação legítima, bem como quanto à linguagem vaga dos acordos que fazem com que o resultado das arbitragens seja menos previsível (UNCTAD, 2005f, p.3).<sup>209</sup>

Salacuse e Sullivan, avaliando o objetivo dos APPIs de conferir maior proteção ao investidor, afirmam:

After reviewing the nature and scope of BIT provisions, the strength of related enforcement mechanisms, and the actual cases brought against host countries by aggrieved investors, one may conclude that BITs have achieved their first goal of fostering investment protection. While that protection is not absolute (no legal device provides absolute protection), investors and investments that are covered by a BIT certainly enjoy a higher degree of protection from the political risks of governmental intervention than those that are not.<sup>210</sup>

O Sistema de solução de controvérsias estabelecido pelos APPIs funciona exclusivamente para as controvérsias consideradas litigiosas pelos investidores, não havendo possibilidade de Estados hóspedes de investimentos utilizarem o mesmo procedimento arbitral para questões levantadas pelos mesmos. Sornarajah discute essa questão, afirmando:

Those who argue along these lines would want to ensure that the regulatory function of the state in areas such as environmental protection are retained, that the state should have a defense to any claims made by foreign investors on the basis of the protection of its interests and that the state should also have the means of recourse to the same dispute resolution mechanisms provided in the treaty in the event of the violation of its interests.<sup>211</sup>

Sornarajah critica os tribunais arbitrais de investimentos:

The interlude also exposed the democratic legitimacy of arbitral tribunals being able to exercise extensive supervisory control over decisions of judicial and administrative organs of states. Quite apart from being able to review such decisions, which may possibly be explained on some wide interpretation of state consent, tribunals are able

<sup>209</sup> FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 135.

<sup>210</sup> SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005, p. 12.

<sup>211</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 259.

to pronounce on issues that transcend the interests of the parties to the dispute and have a wider significance for the international community as a whole.<sup>212</sup>

A discussão sobre arbitragem de investimentos consistiu verdadeira batalha ideológica, sobre a chamada assimetria na arbitragem de investimentos. Thomas Wälde chama atenção para esse problema:

To explain investment arbitration, the now major birthing place for international investment law, one needs to bring out its distinct character. The distinctness is at present to be developed primarily in comparison with international commercial arbitration. The thinking, attitudes, procedures and concepts of commercial arbitration dominate at present investment arbitration. In consequence, it is here that we have to work on a conceptual (and in the end also cultural) emancipation. The paradigms of commercial arbitration -equality of parties, *caveat emptor*, privacy of resolution and award, ownership of the process by the parties, full reciprocity of rights – are deeply ingrained in the mind of most or all participants in the investment arbitration process. It creates a “cognitive dissonance” when features in investment disputes do not fit into this mind-set. The responses, typical for cognitive dissonance, are surprise, suppression of clearly identifiable inconsistencies, criticism of investment arbitration as unfair or unjust (or post-colonialist, neo-imperialist or neo-liberal exploitation) or, at best, stretching of the many flexibilities in commercial arbitration law to accommodate the distinct requirements of investment dispute resolution. One such distinct feature is the often observed “asymmetry” in investment arbitration: private investors can sue Governments, but Governments cannot sue private investors. This feature is most pronounced in arbitration based on investment treaties; it is less pronounced in specific arbitration agreements between Governments (and government agencies) and investors. This feature is sometimes decried as indication of the one-sidedness (in favor of the investor) of investment treaties. But such perception of one-sidedness only reflects a simplistic and mistaken analogy with commercial arbitration. Governments can at any time apply national law to investor's operation located in their country. The investor is exposed to a national judiciary which in most – or all – higher risk countries is under the control of the Government and far from impartial. What Elihu Root said in 1910 about the foreign investor was then long-established wisdom and has not changed one iota by then.<sup>213</sup>

A existência de laudo condenando um Estado não significa, necessariamente, que o Estado irá cumpri-lo, como a experiência recente na Argentina comprova.

Governments have numerous ways not available to private parties to obstruct enforcement if there is an award against them. While the ICSID convention (as the Energy Charter Treaty) includes an obligation to comply with the award and for national courts to enforce them, this does not help to overcome “sovereign immunity” objections against execution into governmental assets. Most government assets are located in the respondent States; counsel for claimants acquire imaginative skills in tracing the few assets of a commercial nature accessible outside the host State. Domestic courts are notoriously reluctant – whatever the rules of the ICSID convention of Article V of the New York Convention – to enforce against their Government. Russia has, it seems, so far not paid up any of the BIT-rendered awards (not other commercial arbitral awards) against it.<sup>214</sup>

---

<sup>212</sup> Ibid , p. 343.

<sup>213</sup> WÄLDE, Thomas W. "2 The Specific Nature of Investment Arbitration. *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*. Eds. Philippe Kahn and Thomas W. Wälde. Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 76-77.

<sup>214</sup> Ibid , pp. 79-80.

## 4. INVESTIMENTOS NA EXPLORAÇÃO NÃO CONVENCIONAL DE PETRÓLEO- O CASO DO XISTO

### 4.1 O Direito Internacional dos Investimentos e o Direito Energético

A regulação da produção de energia, distribuição e consumo é um elemento chave do direito econômico de qualquer país. As economias desenvolvidas e em desenvolvimento dependem da energia como o insumo mais importante para a produção industrial, enquanto os países em desenvolvimento dependem da energia como base de seu desenvolvimento social e econômico, através de sua utilização em projetos industriais ou da exploração de recursos naturais energéticos. Os objetivos e das políticas energéticas nacionais diferem de país para país e dependem, em especial, sobre a dotação de recursos energéticos no território nacional.<sup>215</sup>

Não há definição consensual de investimento internacional de energia. O investimento não deve ser entendido somente como a exploração de matérias-primas, mas também como o desenvolvimento de toda a cadeia energética, incluindo a produção e geração de energia (produção de matérias-primas, refinamento e / ou transformação), bem como transporte e distribuição de energia.

A produção de energia depende, em grande medida sobre a extração de matérias-primas (óleo, gás, carvão). Essa extração pode afetar sensibilidades políticas de Estados onde ocorre sua extração. O investimento estrangeiro direto neste contexto, portanto, pode confrontar com reivindicações de soberania territorial e controle sobre esses recursos naturais pelo Estado receptor de investimentos<sup>216</sup>.

Compreendida desta forma, uma série de atividades enquadram-se na rubrica de investimentos em energia, muitas das quais já foram objeto de disputas sobre investimentos: Óleo e produção de gás, o transporte de petróleo e gás através de gasodutos e de oleodutos, a mineração de carvão, geração de energia à base de carvão, incluindo o fornecimento de carvão e da construção de linhas de transmissão e distribuição de eletricidade.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012 .P. 345.

<sup>216</sup> Ibid ,p. 363.

<sup>217</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. . European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31junh./2012. Pp. 348-349.

O Direito Energético e o Direito Internacional dos Investimentos, estão unidos por mais do que um passado comum. As necessidades energéticas mundiais indicam que os investimentos internacionais em energia continuarão a ter papel relevante no futuro.

De todos os setores econômicos, a energia está entre aqueles onde a questão dos investimentos é a mais urgente. Devido à sua estrutura tecnológica e os custos fixos significativos, o setor da energia é, por natureza, de capital fortemente intensivo. Com a demanda crescente e cada vez mais difícil acesso aos recursos, os montantes necessários se tornam enormes. A Agência Internacional de Energia (AIE) estima em seu *World Energy Outlook 2008* que o investimento total no setor de energia, com 2008 como ano base, precisa para até 2030 de investimentos globais no montante de US\$ 26 trilhões, ou cerca de US \$ 1 trilhão por ano, apenas para a manutenção do atual fornecimento de energia.<sup>218</sup> Esse montante, se considerarmos o atual investimento mundial em produção de energia, está longe de ser alcançado.

Conforme foi mencionado em capítulo anterior, uma das vertentes mais importantes do Direito Internacional dos Investimentos é o Direito Energético, em especial o Direito do Petróleo. Peter Cameron aproxima os dois campos de estudo, afirmando:

The *long term* and *capital intensive* character of investments in the international oil and gas or petroleum industry underlines the vulnerability of the foreign investor to unilateral alteration of the petroleum contract by the host government at some moment in the life of the contract. The provision of a guarantee for stability in the contract itself is one way of mitigating that risk.<sup>219</sup>

A *lex petrolea*, subespécie do Direito Internacional Econômico que lida com o petróleo, não está relacionada apenas com o Direito Internacional dos Investimentos. As atividades econômicas que envolvem a exploração de hidrocarbonetos também englobam seu comércio, refino e uma miríade de atividades logísticas e industriais, de indústria a montante e a jusante da exploração de hidrocarbonetos. A *lex petrolea* pode ser considerada uma espécie de *lex mercatoria*. Sornarajah acrescenta que a definição de *lex mercatoria* ainda não está consolidada:

There is no accepted definition of *lex mercatoria*, but it generally refers to a body of commercial rules that are applied frequently by international arbitrators who short-circuit the need for determining the law applicable to the dispute by discovering a commercial legal principle which is a common denominator to all the possible legal

<sup>218</sup> KEPPLER, Jan Horst e SHÜLKE, Christian. *Investing in the Energy Sector: An Issue of Governance*. Note de l'Ifri, Gouvernance européenne et géopolitique de l'énergie, February 2009. Disponível em: [http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green\\_Economy/IFRI\\_Investing\\_in\\_Energy\\_KepplerFeb2009.pdf](http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green_Economy/IFRI_Investing_in_Energy_KepplerFeb2009.pdf). Acesso em: 31 junh.2012. P.3

<sup>219</sup> CAMERON, Peter. *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN) Final Report 5 de Julho de 2006. Disponível em: [http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc\\_log/2006-07-05\\_aipn\\_stabilization-cameron\\_final.pdf](http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf). Acesso em: 31 julh./2012.,P.12.

systems applicable to the dispute or discovering some trade usage or custom that may be relevant, and converting that into a legal principle.<sup>220</sup>

Os contratos de compra e venda, de transporte de hidrocarbonetos fazem parte da *lex petrolea*, mas não configuram investimento internacional, de acordo com as definições mais comuns de investimentos que foram analisadas no capítulo anterior. Alves, Marinho e Vassalo enumeram o que se entende por *lex petrolea*:

A *lex petrolea* se revela principalmente nos contratos-tipos e na jurisprudência arbitral. Os contratos tipos da indústria são reconhecidos internacionalmente tais como o contrato de concessão, o contrato de partilha, o acordo de participação e o contrato de serviço. A arbitragem adotada na indústria do petróleo segue o modelo da cláusula compromissória da AIPN (Association of International Petroleum Negotiators) e possui ampla tradição jurisprudencial, apesar do seu caráter confidencial. Também são adotadas na indústria do petróleo as práticas profissionais habituais e os usos e costumes da indústria. A *lex petrolea* teria aplicação nos contratos internacionais, notadamente, quando estes admitirem sua submissão aos princípios gerais do direito e às boas práticas da indústria do petróleo.<sup>221</sup>

A Professora Marilda Rosado contribui para o debate sobre *lex petrolea*, questionando a necessidade de afirmação que tal conjunto normativo tenha se tornado nova disciplina jurídica:

Embora os assuntos referentes ao petróleo venham sendo sistematizados e estudados em alguns países – principalmente nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália como Direito do Petróleo (Oil and Gas Law), não pretendemos sustentar autonomia jurídica para o estudo das questões específicas ligadas à indústria do petróleo.<sup>222</sup>

No entanto, Marilda Rosado escolhe nomear esse conjunto normativo como Direito do Petróleo, para fins didáticos. A mesma saída será utilizada neste trabalho no tocante ao Direito do Petróleo e Direito Energético. Reconhece-se o desenvolvimento de princípios próprios a essas atividades econômicas, mas isso não significa que se reconhece a existência de particularidades suficientes para afirmar que há disciplina jurídica autônoma sobre o tema.

Para Krajweski:

International energy investment law is not a distinct and coherent body of international law. It consists of a variety of different legal sources which contain some core principles despite their heterogeneity. The most important sources of contemporary international energy investment law are bilateral investment treaties (BITs)... Next to bilateral investment treaties are regional integration agreements or free trade agreements with an investment chapter.... Apart from public international law agreements, international energy investment law in a broader sense also includes the body of state-investor contracts, in particular concession agreements, which are concluded between a foreign investor and the government of the host state.<sup>65</sup> These contracts are governed by the domestic legal order of the host state or by a legal order

<sup>220</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 431.

<sup>221</sup> ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. Paper apresentado no 4º PDPetro, Campinas, SP, 21-24 de Outubro de 2007. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO\\_8\\_2\\_0143-3.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf).

<sup>222</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 19-20.



the parties agreed upon. Consequently, they are national law instruments and are not considered part of public international law.<sup>223</sup>

Para Thomas Wälde, a *lex petrolea* é derivada das normas de mineração que abrangem o desenvolvimento de minerais pesados e de petróleo e gás. Essa disciplina do Direito está preocupada principalmente com o título, as modalidades de acesso a esses recursos (licenciamento e contratação), com o interesse público relacionado aos poderes de intervenção das autoridades governamentais (meio ambiente, segurança, uso racional dos recursos, incluindo unitização e desenvolvimento conjunto), obrigações de divulgação e fiscalização, o acesso à terra (incluindo equilíbrio com outros usos da terra), e regras que regem a criação e utilização de instalações subsidiárias necessárias.<sup>224</sup>

Maniruzzaman reafirma a existência de um conjunto normativo próprio para a indústria petrolífera:

One recognizes, however, that the *lex mercatoria* is a body or system of norms, the purpose of which may be self-regulation within a defined category of trade. Recently, there seem to be reinvigorated efforts in certain circles to distill and collate such self-regulatory rules in the fields of petroleum transactions such as the *lex petrolea* (...). These different sets of rules, which may be drawn from a variety of sources other than customs and usages, may be considered species of the *lex mercatoria*. Though Mustill has not denied that the *lex mercatoria* has "significant solidity to be capable in appropriate circumstances of controlling the rights of the parties, there remains an important question as to whether it qualifies as a law, a legal order, or a legal system."<sup>225</sup>

O Direito Internacional dos Investimentos tem grande relação com o Direito Energético, pois, no dizer de Marilda Rosado, “*Os investimentos na indústria do petróleo, pela duração e risco envolvidos, são um paradigma das intempéries a que se sujeitam os investimentos diretos, de longo prazo, mais vulneráveis às oscilações e mudanças introduzidas pelos países hospedeiros em suas políticas.*”<sup>226</sup>

Porque poucos países possuem recursos energéticos e todos os países precisam desses recursos, o comércio de energia (especialmente o petróleo) foi fundamental para satisfazer as

<sup>223</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012.

<sup>224</sup> WÄLDE, Thomas. *International Energy Investment*. Energy Law Journal. Vol. 17:191 p. 197.

<sup>225</sup> MANIRUZZAMAN, Abul F.M. *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?* American University International Law Review 14, no. 3, 1999, pp. 667-669.

<sup>226</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1360/1148>. Acesso em: 31 julh.2012.

necessidades globais de energia. Há mais comércio internacional de petróleo do que de qualquer outro bem.<sup>227</sup>

O Direito Internacional Energético (*International Energy Law*) e partes do Direito Internacional do Investimento contêm muitas semelhanças e um histórico comum. Alguns dos primeiros de arbitragem internacional de investimentos envolviam petróleo. Tensões e disputas entre investidores no setor de energia e governos nacionais receptores de investimento continuam a permanecer na agenda dos tribunais de arbitragem de investimento ao longo das décadas e formam grande parte do corpo de decisões destes *judicial bodies*. Mais de um terço de todas as disputas de investimento julgadas pelo ICSID podem ser classificadas como disputas relacionadas a energia<sup>228</sup>.

Esse campo do Direito tem esparsa produção acadêmica nacional, pois:

Muitas das questões legais hoje tratadas pela lei de petróleo jamais haviam sido estudadas nem sequer discutidas no Brasil, pois, sob o regime de monopólio estatal, muitas questões decorrentes da participação de empresas privadas em um mercado aberto, como agora estão sendo analisadas, nunca estiveram em primeiro plano.<sup>229</sup>

Para Peter Cameron, o Direito Internacional dos Investimentos (em energia) é um arcabouço normativo, consistindo em um corpo crescente de regras e princípios jurídicos, que carece de uma autoridade central para garantir a unidade e consistência. Isto significa que se desenvolve em base caso a caso. Cameron reafirma a natureza fragmentada e descentralizada do Direito dos Investimentos Internacionais.<sup>230</sup>

Em relatório para o Instituto Francês de Relações Internacionais, Keppler e Shülke identificaram seis razões para essa falta de investimentos mundiais no setor energético. A primeira é a hesitação de grandes grupos econômicos, como as grandes petroleiras internacionais, para a realização de novos projetos de produção, devido a riscos de superprodução. A flutuação de preços de energia cria grande instabilidade para a indústria, que teme realizar investimentos de grande monta sem a garantia de preços compensadores para esses investimentos.

<sup>227</sup> PAULWELYN, Joost Editor. *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*. Centre for Trade and Economic Integration Graduate Institute of International and Development Studies, 2010, p. 3. Disponível em: <http://www.cepr.org/press/CTEI-CEPR.pdf>. Acesso em: 31 julh.2012.

<sup>228</sup>KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em:<http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012.P. 343.

<sup>229</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 17.

<sup>230</sup>CAMERON, Peter. *Peter Cameron, International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

A segunda é o ressurgimento do nacionalismo energético e a escolha de diversos países de tomar as rédeas do processo extrator de petróleo<sup>231</sup>. O nacionalismo energético, ou nacionalismo de recursos naturais, pode ser definido como:

‘Resource nationalism’ broadly refers to state control or dominance of natural resources, and the resulting potential to use this power for political and economic purposes, including relationships with foreign investors. At the heart of resource nationalism is a government’s intervention in its country’s natural resource industries to protect or enhance its national patrimony and sovereignty. Such intervention may include nationalization, forced partnerships, tax increases, expanding regulation, etc.<sup>232</sup>

Sornarajah tem opinião interessante sobre a utilização cíclica de argumentos sobre nacionalismo de recursos:

In the natural resources sector, particularly in the oil industry, dramatic changes took place as a result of the collective action by the oil producing nations which ended the dominance of the industry by the major oil companies. These processes were accompanied by the articulation of new principles by the capital-importing states. Though nationalism still remains a threat to foreign investment, it is unlikely that a new wave of nationalism will sweep across a vast area of the globe as it did during the immediate post-war era. Yet, individual states or regions may go through the same phenomenon, and the arguments which were used during the period of nationalism will once more be dusted off and used. If one looks at the controversial areas of international law as involving a process of argument, then the arguments used during one period are likely to be used when conditions similar to those in that earlier period recur. The arguments which were formulated during this period of nationalism to oppose the more established norms of the capital-exporting states will be used again in appropriate circumstances.<sup>233</sup>

Sobre essa tensão entre a soberania estatal e o investimento estrangeiro, Marilda Rosado afirma que:

A área do petróleo demonstra de forma ímpar a tensão dialética entre soberania e cooperação. Pretende-se evitar, de toda forma, a imposição de uma nova forma de imperialismo de princípios. Trata-se de apoiar, no exercício dos diversos níveis da atividade jurídica internacional, o ideal de contribuir para uma sociedade internacional mais solidária, em contraponto a um ideal de *sacrifício da soberania no altar do desenvolvimento* ou de “desenvolvimento pelo direito” em substituição ao lema do pós-guerra “paz pelo direito”.<sup>234</sup>

A terceira razão para a o volume insuficiente de investimentos internacionais no setor energético, de acordo com Keppler e Shülke, é a hesitação de *policy makers* em países desenvolvidos, que temem a instabilidade de novas normas ambientais em seus Estados de

<sup>231</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: The case of Bolivia and Brazil*. The Journal of World Energy Law and Business, Oxford Journals, Vol 2, number 2, July 2009.

<sup>232</sup> WEINER, Robert J. e CLICK, Reid W. *Resource Nationalism Meets the Market: Political Risk and the Value of Petroleum Reserves* (July 29, 2009). Journal of International Business Studies, Forthcoming. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=971147> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.971147>. Acesso em: 3 agost.2012.

<sup>233</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 23.

<sup>234</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 13.

origem. É interessante observar que a instabilidade normativa já foi identificada como fonte de preocupação apenas para investidores estrangeiros em países em desenvolvimento. Atualmente, esse passa a ser um problema também para os países desenvolvidos, cujos ordenamentos jurídicos também não estão preparados para enfrentar os desafios ambientais decorrentes das mudanças climáticas e das novas modalidades de exploração de recursos energéticos.

A quarta razão é a falta de cooperação internacional em energia, pois Estados têm preferido abordagens independentes para o abastecimento energético. O Brasil tem se esforçado alterar essa percepção, avançando a agenda internacional de energias renováveis, especialmente no campo dos biocombustíveis. Há cooperação multi, bi e plurilateral com diversos países para o desenvolvimento tecnológico industrial, agrícola e logístico para os biocombustíveis.

A quinta razão para os investimentos insuficientes em fornecimento de energia abordada no relatório é o interessante conceito de “não no meu quintal” (*not in my backyard*). Populações têm grande rejeição a projetos de energia em territórios próximos. Isto pode estar relacionado a uma linha de alta tensão, uma refinaria, um local de perfuração de óleo e gás, um terminal de GNL, ou ainda uma usina nuclear.

A sexta e última razão, de especial relevância para esta dissertação, é a crescente dificuldade no acesso aos recursos energéticos. Em termos reais, a produção de um barril de petróleo, um metro cúbico de gás natural, ou um quilowatt-hora de eletricidade é mais cara hoje em dia do que há dez ou vinte anos atrás. As reservas energéticas são mais difíceis de se atingir, estando localizadas em alto mar, na região ártica ou em formações de xisto. Há ainda falta de trabalhadores qualificados e os regulamentos são mais rigorosos, notadamente em termos de segurança para o trabalhador e para o meio ambiente, encarecendo os investimentos necessários para aumento de produção.<sup>235</sup>

Krajewski ainda questiona a metodologia da nomenclatura internacional de comércio de recursos energéticos, afirmando que: “It is difficult to gain a clear appreciation of the size and contents of international energy investment understood in this way, because international foreign trade and investment statistics do not consider “energy” as a distinct group.”<sup>236</sup>

Países em desenvolvimento são vistos por muitos acadêmicos como problemáticos em relação à proteção dos investimentos estrangeiros em energia. Para Maniruzzaman: “International energy contracts, like any other long-term international investment contracts,

---

<sup>235</sup> KEPPLER, Jan Horst e SHÜLKE, Christian. *Investing in the Energy Sector: An Issue of Governance*. Note de l’Ifri, Gouvernance européenne et géopolitique de l’énergie, February 2009, p.3 Disponível em: [http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green\\_Economy/IFRI\\_Investing\\_in\\_Energy\\_KepplerFeb2009.pdf](http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green_Economy/IFRI_Investing_in_Energy_KepplerFeb2009.pdf). Acesso em: 31 julh.2012. P. 5.

<sup>236</sup> Op. cit. 349.

between a foreign investor and the host State are often exposed to various political and economic risks, especially in developing countries.”<sup>237</sup> No entanto, como foi observado no relatório supracitado do Instituto Francês de Relações Internacionais, há grande instabilidade na legislação ambiental de países desenvolvidos em relação a projetos energéticos<sup>238</sup>.

Um dos desafios fundamentais para projetos de energia internacionais é a necessidade de conciliação do desejo dos investidores de estabilidade com o desejo dos governos de respeito à soberania, como foi explorado neste trabalho em capítulo anterior. Projetos internacionais de energia requerem compromissos de capital em volumes muitas vezes sem precedentes para os países receptores do investimento, que só podem ser recuperado ao longo de períodos extensos e em conformidade com precisas atribuições de risco contratuais. Os altos preços atuais de energia e a competição internacional por recursos energéticos fazem com que os governos nacionais tentem extrair o máximo de benefícios em troca de seus recursos, fazendo com que o pêndulo favoreça aos governos.<sup>239</sup>

Os interesses contrapostos devem ser equilibrados para manter o suprimento mundial de energia, porque “Energy interdependence and the growing scale of energy trade require continuing collaboration among both producers and consumers to ensure the security of the entire supply chain.”<sup>240</sup>

O setor energético não é atividade econômica como outra qualquer. Dele dependem todas as outras atividades econômicas, inclusive a agricultura, com a produção de fertilizantes de derivados de petróleo e com a necessidade de combustíveis para o transporte de alimentos para os mercados consumidores. Os preços de energia ditam os preços de toda a economia e quando eles variam, todos os demais preços são reajustados. Essa importância singular do setor energético faz com que os Estados considerem esse setor como parte importante de sua segurança nacional. A segurança energética é considerada atualmente como componente essencial da segurança nacional de qualquer Estado.<sup>241</sup> Assegurar o provisionamento

<sup>237</sup> MANIRUZZIMAN, A.F.M. *The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends*. Journal of World Energy Law & Business, 2008, Vol. 1, No. 2 . 19, p.119.

<sup>238</sup> KEPPLER, Jan Horst e SHÜLKE, Christian. *Investing in the Energy Sector: An Issue of Governance*. Note de l’Ifri, Gouvernance européenne et géopolitique de l’énergie, February 2009, p.3 Disponível em:[http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resourses/Green\\_Economy/IFRI\\_Investing\\_in\\_Energy\\_KepplerFeb2009.pdf](http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resourses/Green_Economy/IFRI_Investing_in_Energy_KepplerFeb2009.pdf). Acesso em: 31 julh.2012

<sup>239</sup> JAMES, Robert. A. e MAUEL, John. *An Integrated Approach To International Energy Investment Protection*. Disponível em: <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/06A1DB2AA7B771D7BE35C38E152BA57F.pdf> Acessado em 31/07/2012.P.1.

<sup>240</sup> YERGIN, Daniel. *Ensuring Energy Security*. Foreign Affairs. Volume 85 No. 2, p. 78.

<sup>241</sup> Ver, por exemplo, relatório do *think tank* norte americano Rand Corporation: CRANE, Keith et al. *Imported Oil and U.S. National Security*. INFRASTRUCTURE, SAFETY, AND ENVIRONMENT and NATIONAL SECURITY RESEARCH DIVISION. Disponível

energético seguro e suficiente para as indústrias e os cidadãos é normalmente o objetivo mais importante da política energética de qualquer Estado.<sup>242</sup>

The notion of *energy security* covers a broad range of issues, from uninterrupted oil, natural gas and liquefied natural gas (LNG) supplies to the protection of energy infrastructures from terrorist attacks. Historically, the concept was applied to consuming countries but it has evolved in recent years to integrate the responsibility of both consumers and producers. For example, factors such as political instability, the increased cooperation between oil-producing and oil-consuming countries, multinational oil companies' investment in oil-producing countries, uncertainty over available reserves, and the possibility of an oil production peak in some oil producing countries have all raised concerns about the uninterrupted flow of energy by reasonable prices to consumers.<sup>243</sup>

Em geral, a questão frequentemente discutida e analisada da relação entre o investimento em energia e o Direito Internacional diz respeito à proteção do investidor contra riscos políticos e sistêmicos, decorrentes da natureza contenciosa da produção de energia. Dado o foco tradicional do debate sobre petróleo e gás essa produção não é surpreendente: no setor de petróleo, a produção, os interesses dos Estados e do investidor são muitas vezes antagônicos e interdependentes, ao mesmo tempo.

Enquanto o Estado reivindica soberania sobre os recursos naturais encontrados em seu território e, portanto, controle a sua exploração, o investidor dispõe de capacidade técnica e operacional (capital, know-how, etc) para a prospecção, refino e transporte de petróleo e gás. Acordos de concessão de longo prazo têm sido o instrumento legal típico para gerenciar essa divisão do trabalho e interesses. Mas frequentemente os conflitos sobre investimentos em energia estão relacionados com a questão da propriedade e da distribuição dos lucros provenientes da produção de petróleo e gás.<sup>244</sup>

A indústria mundial de petróleo é globalmente interdependente e os seus termos de investimento e comércio tendem a saltar de país para país. As empresas petrolíferas internacionais tendem a comparar oportunidades de investimento em todo o mundo e desenvolver estratégias e práticas globais.<sup>245</sup>

---

em:[http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND\\_MG838.pdf](http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND_MG838.pdf). Acesso em: 2 agost.2012.

<sup>242</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012. P. 346.

<sup>243</sup> ASEEVA, Anna. *EU-Russia Energy Relations : the Role of International Law from Energy Investment and Transit Perspective*. Institut Europeen de l'universite de Genève Collection Euryopa. Vol. 65-2011 p. 7.

<sup>244</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012. P. 344.

<sup>245</sup> WÄLDE, Thomas. *International Energy Investment*. Energy Law Journal. Vol. 17:191 p. 192.

De todas as formas de investimentos internacionais, os projetos de energia são, talvez, os mais vulneráveis à intervenção governamental. O território do país anfitrião contém o recurso energético a ser explorado, que está sujeito a sua soberania. A soberania de uma nação se estende aos seus recursos naturais, e, na maioria dos países, tais recursos são de propriedade estatal e são administrados pelo governo.<sup>246</sup>

Os países têm tradicionalmente empregado políticas diferentes para atingir fornecimento de energia suficiente e confiável para seus mercados domésticos. Alguns têm procurado exercer controle sobre a produção de energia doméstica com a nacionalização (muitas vezes parcial) do setor de energia. Outros têm contado com incentivos para estimular a diversificação de fontes internacionais de energia, com o objetivo de reduzir a dependência de um único fornecedor ou de uma única fonte de energia.

Um instrumento importante neste contexto é o uso do Direito Internacional, com a criação de instrumentos jurídicos de mitigação de riscos de investimentos em outros países, ou seja, com a utilização do Direito Internacional dos Investimentos. Por exemplo, o Energy Charter Treaty tem como objetivo assegurar a estabilidade do fornecimento de petróleo e gás da Europa Oriental e Ásia Central para países da Europa Ocidental, e contém diversas normas de proteção de investimentos estrangeiros.<sup>247</sup>

A forma e estrutura de acordos de investimento variam muito entre os diversos tipos de atividade econômica e de país para país. Acordos de investimento de petróleo e gás podem incluir partilha de produção, royalties e concessão, e podem ser celebrados com a administração direta ou com agências governamentais e empresas estatais.<sup>248</sup>

Marilda Rosado afirma que:

O futuro do direito do petróleo, gás e energia indica novo rumo no plano internacional, plasmado em tratados, contratos e normas de organizações internacionais. Muitas vezes, no plano doméstico, há a tentação de ignorar-se essa produção normativa, sujeita à harmonização das normas jurídicas e ao processo de recepção de direitos.<sup>249</sup>

<sup>246</sup> JAMES, Robert. A. e MAUEL, John. *An Integrated Approach To International Energy Investment Protection*. Disponível

em: <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/06A1DB2AA7B771D7BE35C38E152BA57F.pdf>

Acessado em 31/07/2012. P.11.

<sup>247</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012. P. 346.

<sup>248</sup> JAMES, Robert. A. e MAUEL, John. *An Integrated Approach To International Energy Investment Protection*. Disponível

em: <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/06A1DB2AA7B771D7BE35C38E152BA57F.pdf> Acesso

em: 31/07/2012. P.21.

<sup>249</sup> RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduej/article/viewFile/1360/1148>. Acesso em: 31 julh.2012.

Há grande esforço acadêmico na descrição, categorização, comparação e avaliação das várias modalidades contratuais utilizadas na indústria internacional do petróleo para a organização de investimentos. Thomas Wälde, no entanto, afirma que a seleção de um determinado tipo de contrato é principalmente uma questão de tradição jurídica do Estado receptor e, especialmente, de simbolismo político, pois não haveria diferenças reais de controle sobre a atividade de exploração energética de um tipo de contrato para outro. As formas jurídicas de exploração de reservas energéticas por parceiros internacionais, assim, são utilizadas para gerar os símbolos de controle nacional.<sup>250</sup>

Os riscos legais relativos a títulos de propriedade não se encerram quando o contrato é celebrado (ou a licença é emitida) e ratificado pelas autoridades competentes com as várias condições para a eficácia atendidas. A validade do título pode ser atacada *ex post* por vários motivos.<sup>251</sup> A preocupação maior em projetos de grande porte é o comportamento das partes depois que o investimento foi realizado. Após a instalação de unidade exploradora de hidrocarbonetos, em investimento que envolve grandes somas de recursos, a tentação para rever as condições contratuais é muitas vezes irresistível para governos com popularidade baixa.

As questões legais internacionais que evoluem em torno da energia relacionada aos investimentos diretos estrangeiros refletem os diferentes interesses do país de acolhimento e do investidor estrangeiro neste contexto. Busca-se com o moderno Direito Internacional Energético um equilíbrio entre as legítimas preocupações regulatórias e exercício da soberania territorial por meio do Estado e os interesses dos investidores na estabilidade jurídica e na maximização do lucro dos investidores. No passado, muitos conflitos surgiram devido a expropriações e nacionalizações do patrimônio de investidores ou devido a condições legais instáveis.<sup>252</sup>

Krajewski afirma que possa ser necessário que as intenções reguladoras e objetivos políticos sejam levados em conta na avaliação das atividades governamentais em arbitragens de investimentos. Também pode tornar-se necessário que os tribunais arbitrais de investimento considerem objetivos sociais e ambientais mais a sério quando procuram encontrar um equilíbrio entre os interesses do Estado e os dos investidores. Para Krajewski, a regulação do setor energético poderia ser uma importante área para testar essa nova abordagem mais

---

<sup>250</sup> WÄLDE, Thomas. *International Energy Investment*. Energy Law Journal. Vol. 17:191 p. 200.

<sup>251</sup> Ibid, p. 209.

<sup>252</sup> KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. European Yearbook of International Economic Law. (2013) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh.2012. P. 368.



equilibrada do Direito Energético. Afinal, as doutrinas clássicas de Direito Internacional do Investimento foram desenvolvidas em conjunto com o Direito Energético.<sup>253</sup>

Além dos instrumentos bilaterais de proteção dos investidores, como os APPIs, há tratados plurilaterais que regulam investimentos especificamente no setor energético. O Tratado da Carta da Energia (*Energy Charter Treaty*) é a primeira tentativa prática de desenvolver sistema multilateral de governança no setor energético. Sua principal missão é criar e melhorar o quadro legal de cooperação internacional neste domínio. A Carta foi desenvolvida no início da década de 1990, e, portanto, no auge da euforia do fim da Guerra Fria. A Carta tenta reunir os países do antigo Bloco Oriental, que contém países com enorme quantidade de recursos naturais, e os mercados ocidentais, principalmente europeus. A Carta nomeadamente visa facilitar investimentos em energia nos países sucessores da URSS, que não tinham na época da assinatura da Carta os meios para desenvolver a produção de petróleo e gás e infraestrutura de transportes autônoma. Além de investimentos, a Carta também prevê regras comuns para comércio de energia e de trânsito, assim como sistema de arbitragem de investimentos.

A Carta foi assinada por 51 países em 1994 e entrou em vigor em 1998, após a ratificação de 30 países. Cinco signatários não ratificaram o tratado, coincidentemente nesse grupo estão os dois mais importantes países exportadores, a Noruega e a Rússia<sup>254</sup>.

Thomas Wälde resume os problemas da disciplina:

The problem we face – overall in the global economy, but particularly so with the international energy and resources industries which have to operate in difficult contexts and are not much liked anywhere – is that the global economy has commercial operators, but not yet a system of law, institutions and governments to respond to the political anxieties raised by the mere economic processes. The pressure is now on multinational companies and the much more impotent international economic organizations to respond to the political pressures, but such pressure is now also mounting to make NGOs operate in a more honest, transparent and accountable fashion. Governance issues therefore abound, though none of the three actors identified is really a proper substitute or successor to national governments and their political processes.<sup>255</sup>

## 4.2 O Xisto

<sup>253</sup> Ibid.

<sup>254</sup> KEPPLER, Jan Horst e SHÜLKE, Christian. *Investing in the Energy Sector: An Issue of Governance*. Note de l'Ifri, Gouvernance européenne et géopolitique de l'énergie, February 2009, p.3 Disponível em: [http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green\\_Economy/IFRI\\_Investing\\_in\\_Energy\\_KepplerFeb2009.pdf](http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green_Economy/IFRI_Investing_in_Energy_KepplerFeb2009.pdf). Acesso em: 31 julh.2012. P. 26.

<sup>255</sup> WÄLDE, Thomas. *The role of arbitration in the globalisation of energy markets (introduction to future book on international energy arbitration)*. Center for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, Internet Journal, Dundee, v. 6, n. 18, 1997. Disponível em: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol6/article6-18.html>>. Acesso em: 05 abr. 2006.

Os investimentos internacionais no setor energético têm se concentrado historicamente na exploração de gás e de petróleo convencionais. Esses recursos, atualmente, são cada vez mais difíceis de serem encontrados. Recentes desenvolvimentos tecnológicos abriram nova fronteira de exploração de recursos energéticos: o xisto.

O Direito Energético precisa se adequar a essa nova atividade econômica, que não se encaixa integralmente nas regulamentações preexistentes, pois o xisto é um minério diferente das rochas reservatório tradicionais de hidrocarbonetos, e sua exploração pode confundir-se com mineração clássica, ou ainda com a extração de gás.

O xisto é, portanto, uma fonte não convencional de petróleo, pois de sua exploração pode ser obtido óleo ou gás. Ele será analisado neste trabalho como estudo de caso de investimento estrangeiro, respondendo a pergunta de como se realiza investimento na exploração não convencional de petróleo.

Em publicação recente da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Bisaggio, Estevão e Consort conceituam o gás não convencional

Historicamente, são tidos como reservatórios convencionais de gás aqueles cuja extração do produto é considerada fácil, prática e econômica em um dado estágio tecnológico de desenvolvimento. Por outro lado, o gás de difícil acesso, e conseqüentemente pouco atrativo economicamente, é conhecido como gás não-convencional. Portanto, o conceito não é preciso, uma vez que o gás que fora outrora assim considerado, pode vir a tornar-se convencional através de novos processos e técnicas.<sup>256</sup>

O *xisto betuminoso*, *betuminous shale* em inglês, é um dos tipos de minério que fazem parte da categoria das fontes não convencionais de petróleo. Hidrocarbonetos úteis podem ser extraídos por meios industriais do xisto. Consiste em alternativa ao escasseante recurso do petróleo convencional, com estimativas que colocam o volume de hidrocarbonetos recuperável pela transformação industrial do *oil shale* em o equivalente a cerca de 3 trilhões de barris equivalentes de petróleo<sup>257</sup>.

O xisto compreende uma rocha hospedeira e querogênio. Querogênio é a matéria orgânica que tem não passou pela "janela de óleo" de elevada temperatura e pressão necessária para gerar petróleo leve convencional. Querogênio tem elevada relação hidrogênio-carbono, dando-lhe potencial energético superior ao óleo pesado ou ao carvão como uma fonte de

---

<sup>256</sup> BISAGGIO, Helio da Cunha, ESTEVÃO, Luciana Rocha de Moura Estevão e CONFORT, Mário Jorge Figueira. *Gás Não-Convencional*. Ensaio Técnico, Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Boletim do Gás. Fevereiro 2010 \_ Número 14. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=22287](http://www.anp.gov.br/?dw=22287). Acesso em: 5 agost.2012.

<sup>257</sup> WORLD ENERGY COUNCIL, *2007 Survey of Energy Resources* Disponível em: [http://www.worldenergy.org/documents/ser2007\\_final\\_online\\_version\\_1.pdf](http://www.worldenergy.org/documents/ser2007_final_online_version_1.pdf). Acesso em: 23 out.2011.

combustível líquido. Como reservatórios de óleo pesado, xistos são encontrados perto da superfície, variando de afloramentos na superfície até profundidades de cerca de 1.000 m.<sup>258</sup>

Nilza Freres Stipp, utilizando a nomenclatura tecnicamente correta de folhelho, define os diferentes tipos de xisto como:

As variedades de folhelhos que fornecem óleo são denominados de folhelhos oleígenos, podendo ser betuminosos ou pirobetuminosos. Os betuminosos contêm betume, solúvel em sulfato de carbono, e os pirobetuminosos fornecem betume somente por aquecimento, pois contêm matéria orgânica não betuminosa (querogênio). Essa matéria orgânica constitui de 20 a 30% dos xistos pirobetuminosos, são provenientes de colônias de algas que habitaram em lagos nos períodos Devoniano ao Terciário.<sup>259</sup>

O óleo de xisto é diferente dos óleos pesados, pois a fase orgânica do xisto não corresponde ao petróleo, mas ao querogênio que nunca foi exposto às temperaturas e pressões necessária para converter a matéria orgânica em óleo. Óleos pesados, pelo contrário, são os óleos verdadeiros produzidas em altas temperaturas, e mais tarde degradados pela atividade microbiana e química em temperaturas mais baixas. Óleo pesado tende a ser deficiente em hidrogênio, um problema não compartilhado por óleo de xisto.<sup>260</sup>

A produção dos recursos não tradicionais de energia, como o xisto, têm observado enorme crescimento nos últimos anos. Daniel Yergin afirma que o crescimento da oferta de energia nos próximos anos deverá vir de fontes não convencionais:

A good part of this capacity growth is already in the works. A substantial part of it will come from the exploitation of nontraditional supplies, ranging from Canadian oil sands (also known as tar sands) to deposits in ultradeep water to a very high-quality diesel-like fuel derived from natural gas—all made possible by continuing advances in technology.<sup>261</sup>

O Ministro Neil Giovanni Paiva Benevides afirma:

O longo período de alta dos preços do petróleo teve forte impacto sobre a evolução do setor energético no mundo. Estimulou, por exemplo, os investimentos na exploração dos recursos não convencionais de hidrocarbonetos, como o xisto e as areias betuminosas, os óleos pesados e os depósitos petrolíferos localizados em grandes profundidades marítimas.<sup>262</sup>

<sup>258</sup> NATIONAL PETROLEUM COUNCIL, Oil Shales and Hydrates Subgroup of the Technology Task Group of the NPC Committee on Global Oil and Gas, Topic Paper #27 Oil Shales. Disponível em: [http://www.npc.org/Study\\_Topic\\_Papers/27-TTG-Oil-Shales.pdf](http://www.npc.org/Study_Topic_Papers/27-TTG-Oil-Shales.pdf) Acesso em: agost.2012. P. 1.

<sup>259</sup> STIPP, Nilza A. Freres. *Folhelhos oleígenos: notas sobre as ocorrências, implantação da usina industrial e alternativas de utilização no estado do Paraná*. Universidade Estadual de Londrina, 1984, Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/view/9811/8602>. Acesso em: 4 agost.2012.

<sup>260</sup> NATIONAL PETROLEUM COUNCIL, Oil Shales and Hydrates Subgroup of the Technology Task Group of the NPC Committee on Global Oil and Gas, Topic Paper #27 Oil Shales. Disponível em: [http://www.npc.org/Study\\_Topic\\_Papers/27-TTG-Oil-Shales.pdf](http://www.npc.org/Study_Topic_Papers/27-TTG-Oil-Shales.pdf) .Acesso em: 4 agost.2012. P. 1.

<sup>261</sup> YERGIN, Daniel. *Ensuring Energy Security*. Foreign Affairs. Volume 85 No. 2, pp. 73-74.

<sup>262</sup> BENEVIDES, Neil Giovanni Paiva. *Relações Brasil-Estados Unidos no setor de energia: do mecanismo de consultas sobre cooperação energética do memorando de entendimento sobre biocombustíveis (2003-2007) / Neil Giovanni Paiva Benevides*. – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 20.

Bisaggio, Estevão e Consort conceituam as fontes não convencionais como:

Essencialmente, existem diversas categorias de gás não-convencional, a saber: gás alocado em reservatórios em grande profundidade (deep gas) ou em águas profundas (deep water), em formações muito pouco permeáveis (tight gas), gás de xisto (gas-containing shales), gás de carvão (coalbed methane), gás de zonas geopressurizadas (geopressurized zones) e hidratos submarinos e árticos.<sup>263</sup>

Neste trabalho, conforme afirmado, será analisado com maior detalhe o caso do xisto, com a pergunta de como um investidor estrangeiro pode investir nesse setor, no Brasil e nos EUA.

Apesar da denominação tecnicamente correta ser folhelho betuminoso ou folhelho pirobetuminoso, no Brasil, foi consolidado historicamente o termo xisto para a designação desse material pelos agentes regulatórios e pelo mercado. Para Carmen Watanabe:

Na literatura pesquisada foi encontrada com frequência a utilização do termo xisto em substituição ao folhelho pirobetuminoso como se fossem sinônimos. Geólogos como Righesso *et. al.* (1964) definem o xisto como uma rocha metamórfica de origem sedimentar, de estrutura foliácea e de lâminas muito delgadas, no entanto, a denominação “xisto” passou a ser utilizada para todas as rochas oleíferas, mesmo quando se tem conhecimento de que, de acordo com a nomenclatura geológica, está incorreto. O termo mais adequado para classificar qualquer rocha oleífera seria folhelho. Contudo, até mesmo a PETROBRAS/SIX, responsável pela extração e refino desse mineral, recebeu a denominação de Unidade de Negócios da Industrialização do Xisto.<sup>264</sup>

Na base de dados da ANP, por exemplo, não há entradas dentro do programa de busca do site da agência na Internet para “folhelho betuminoso”, apenas para o termo “xisto”.<sup>265</sup> A legislação brasileira do setor energético, especialmente a lei 2004/1953, que criou a Petrobrás, e a lei 9478 /1997, a nova lei do Petróleo, utilizam a expressão xisto, ignorando a expressão “folhelho betuminoso”.

---

<sup>263</sup> BISAGGIO, Helio da Cunha, ESTEVÃO, Luciana Rocha de Moura Estevão e CONFORT, Mário Jorge Figueira. *Gás Não-Convencional*. Ensaio Técnico, Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Boletim do Gás. Fevereiro 2010 \_ Número 14. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=22287](http://www.anp.gov.br/?dw=22287). Acesso em: 5 agost.2012.

<sup>264</sup> WATANABE, Carmen Ballão. *Impactos Ambientais da Mineração do Folhelho Pirobetuminoso nos meios físico e antrópico em São Mateus do Sul, Paraná*. Tese defendida na Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências Exatas. Disponível em: [http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/brc/33004137036P9/2010/watanabe\\_cb\\_dr\\_rcla.pdf](http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/brc/33004137036P9/2010/watanabe_cb_dr_rcla.pdf) . Acesso em: 21 maio.2012.

<sup>265</sup> BRASIL. Agência Nacional do Petróleo e dos Biocombustíveis. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/>. Acesso em: 23 out.2011.

Os países com maiores reservas comprovadas de xisto betuminoso são Estados Unidos, China, Índia, Brasil e Jordânia. Novos depósitos desse material, no entanto, são descobertos a cada dia, o que modifica o ranking de maiores reservas de xisto mundiais<sup>266</sup>.

Dentre os diferentes produtos que podem ser extraídos do xisto, como fertilizantes e lubrificantes, o gás de xisto e o óleo de xisto são os mais importantes, por poderem ser utilizados como se fossem o gás e o petróleo de fontes convencionais. Nos EUA, onde a exploração de xisto se encontra em desenvolvimento mais rápido, a exploração é maior no campo do gás de xisto, apesar da exploração de óleo de xisto também ter crescido muito nos últimos anos. No Brasil, a exploração se concentra no óleo de xisto, conforme será discutido neste capítulo.

O óleo derivado de xisto tem sido chamado de óleo bruto sintético está associado à produção de combustível sintético. No entanto, o processo de retorta de óleo de xisto tem mais semelhanças com refino de óleo convencional do que com a produção de combustível sintético.<sup>267</sup>

Embora reconhecido como fonte alternativa de energia há mais de um século<sup>268</sup>, os recursos de gás não convencional e sua extensão só recentemente passaram a ser considerados viáveis para a exploração atual e futura. Relatório recente sobre o gás não convencional, da Agência Internacional de Energia (*International Energy Agency*), estima que os recursos tecnicamente recuperáveis de gás não convencional em todo o mundo são equivalentes ao volume dos recursos convencionais remanescentes, ou seja, cerca de 420 trilhões de metros cúbicos [tmc]. Esse cálculo não leva em conta a evolução tecnológica posterior, que pode aumentar consideravelmente o volume de hidrocarbonetos recuperáveis de fontes não convencionais. Os recursos tecnicamente recuperáveis de gás de xisto são estimados em 208 tmc<sup>269</sup>.

---

<sup>266</sup> DYNI, J.R. 2006 *Geology and resources of some world oil-shale deposits: U.S. Geological Survey Scientific Investigations Report 2005-5294*. Disponível em: [http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294\\_508.pdf](http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294_508.pdf) Acesso em: 17 maio.2012.

<sup>267</sup> ANDREWS, Anthony. *Oil Shale: History, Incentives, and Policy*. Congressional Research Service, The Library of Congress. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33359.pdf>. Acesso em: 4 agost.2012.

<sup>268</sup> Ver, por exemplo: DIAS, José Luciano de Mattos; QUAGLINO, Maria Ana; *A questão do petróleo no Brasil: uma história da PETROBRAS*. Rio de Janeiro: CPDOC: PETROBRAS, 1993, p. 19: “A exploração de xisto no Brasil tem sua origem na metade do século XIX” “[...]com dois decretos datados de 2 de outubro de 1858. O primeiro, nº 2.266, concedia a José de Barros Pimentel permissão para a exploração, por 30 anos, do betuminous shalk (possivelmente shale, xisto, e não shalk como está no documento legal) às margens do rio Maraú. O segundo, nº 2.267, concedia os mesmos privilégios a Frederico Hamilton Southworth para a exploração de illuminating vegetable turf, junto às margens do rio Acaraí.”

<sup>269</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Golden Rules for a Golden Age of Gas*. World Energy Outlook, Special Report on Unconventional Gas, OECD/IEA, 2012, Disponível em: [http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012\\_GoldenRulesReport.pdf](http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012_GoldenRulesReport.pdf) Acesso em: 2 agost.2012, p. 18.

A importância desses recursos não deve ser subestimada. Com a descoberta de novas fontes de combustíveis fósseis, chega-se a questionar a afirmação corriqueira de que haveria esgotamento dos recursos energéticos fósseis no futuro próximo<sup>270</sup>.

A exploração de novas fontes de recursos energéticos já foi objeto de estudos específicos. Para explicar a busca de novas fontes de energia, deve-se considerar o Triângulo dos Recursos Naturais (*Resource Triangle*), de Masters e Grey. O conceito foi desenvolvido na década de 1970 no contexto da criação de empresa para exploração de recursos naturais.<sup>271</sup>

Os autores analisaram a utilização de recursos naturais que são distribuídos na natureza e postularam que na prospecção de qualquer recurso, os depósitos de melhor qualidade são pequenos e, uma vez encontrados, são fáceis de extrair. A dificuldade advém da necessidade de encontrar esses veios puros de minérios ou de campos de alta permeabilidade de gás. Depois de descobertos esses depósitos de alta qualidade, sua extração é bastante simples. Como esses depósitos são pequenos, eles são logo exauridos e reinicia-se o processo de busca de novas fontes de recursos.

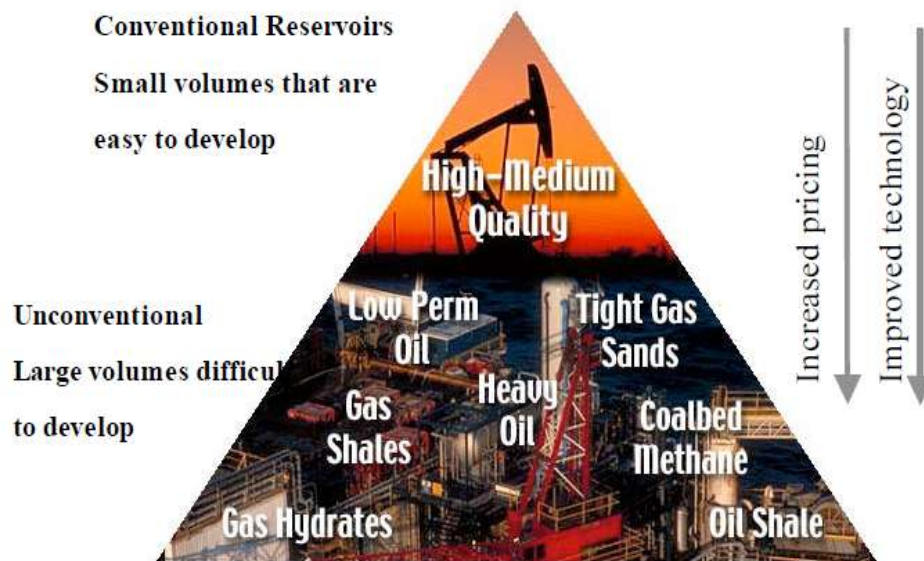
Para encontrar novas fontes, afasta-se dos recursos de exploração mais fácil e de melhor qualidade e se desce na pirâmide dos recursos, na busca de recursos que têm maior de maior complexidade técnica de extração e de qualidade inferior. No entanto, essa aparente piora na qualidade das fontes é compensada, pois os reservatórios de menor qualidade são normalmente muito maiores do que os reservatórios de melhor qualidade. Os depósitos de baixa qualidade exigem maior tecnologia e preços mais elevados para que possam ser desenvolvidos e produzidos em escala economicamente viável. No entanto, as dimensões dos depósitos podem ser enormes, quando comparadas com reservatórios convencionais ou de alta qualidade.

Para os autores, o conceito do triângulo de recursos aplica-se para qualquer fonte de hidrocarbonetos e os volumes de petróleo e gás aprisionado em reservatórios de baixa qualidade poderia ser estimado conhecendo-se os volumes de petróleo e gás existentes nos reservatórios de alta qualidade. O triângulo dos recursos petrolíferos indica também a ordem de preferência de exploração de recursos, de acordo com os custos de produção e dificuldade técnica de exploração (Figura 1):

---

<sup>270</sup> BBC BRASIL. 'Novo petróleo' promete mudar mapa geopolítico da energia. Matéria de 2 de maio de 2012. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/celular/noticias/2012/05/120501\\_petroleo\\_geopolitica\\_rc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/celular/noticias/2012/05/120501_petroleo_geopolitica_rc.shtml). Acesso em: 3 agost.2012.

<sup>271</sup> MASTERS JA. *Deep Basin Gas Trap, Western Canada*. AAPG Bulletin (1979) 63, No. 2: 152. Apud. NATIONAL PETROLEUM COUNCIL. Topic Paper #29 Unconventional Gas. *Working Document of the NPC Global Oil & Gas Study*, Julho de 2007. Disponível em: [http://www.npc.org/study\\_topic\\_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf](http://www.npc.org/study_topic_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf). Acesso em: 3 agost.2012.



Fonte<sup>272</sup>

A proximidade da exaustão dos recursos petrolíferos de alta qualidade e de fácil extração leva as empresas petrolíferas e os Governos a considerarem novas fontes de energia. Além disso, novas tecnologias têm sido desenvolvidas no setor, permitindo a exploração de recursos antes inalcançáveis, como a camada do pré-sal no Brasil<sup>273</sup>. Hannah Wiseman afirma que:

As conventional sources of oil and gas become less productive and energy prices rise, production companies are developing creative extraction methods to tap sources like oil shales and tar sands that were previously not worth drilling. Companies are also using new technologies to wring more oil or gas from existing conventional wells.<sup>274</sup>

Mesmo o pré-sal, de acordo com os técnicos da ANP Bisaggio, Estevão e Confort poderia ser considerado uma fonte não convencional:

É possível inferir que o conceito de “gás não-convencional” é bem mais amplo que o termo pode sugerir, abarcando, dentre outros, gás alocado em grandes profundidades. A partir dessa filosofia, reservatórios de gás natural da camada pré-sal, por exemplo, poderiam ser tratados como gás não-convencional, segundo as fontes utilizadas para a elaboração da Nota Técnica.<sup>275</sup>

<sup>272</sup> NATIONAL PETROLEUM COUNCIL. Topic Paper # 29 Unconventional Gas. *Working Document of the NPC Global Oil & Gas Study*, Julho de 2007, Disponível em: [http://www.npc.org/study\\_topic\\_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf](http://www.npc.org/study_topic_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf). Acesso em: 3 agost.2012.

<sup>273</sup> Para as dificuldades técnicas do pré sal, Cf. BRASIL, SÃO PAULO, *Nota Técnica, 003/2009 - Desafios do Pré-Sal*, Diretoria de Gestão Estratégica – DGE, Centro de Tecnologias Ambientais e Energéticas – CETAE Fevereiro – 2009,. Disponível em: <http://www.energia.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/214.pdf> Acesso em: 3 agost.2012.

<sup>274</sup> WISEMAN, Hannah Jacobs. *Untested Waters: The Rise of Hydraulic Fracturing in Oil and Gas Production and the Need to Revisit Regulation* (September 23, 2008). *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 20, p. 115, 2009. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1595092>. Acesso em: 3 agost.2012.

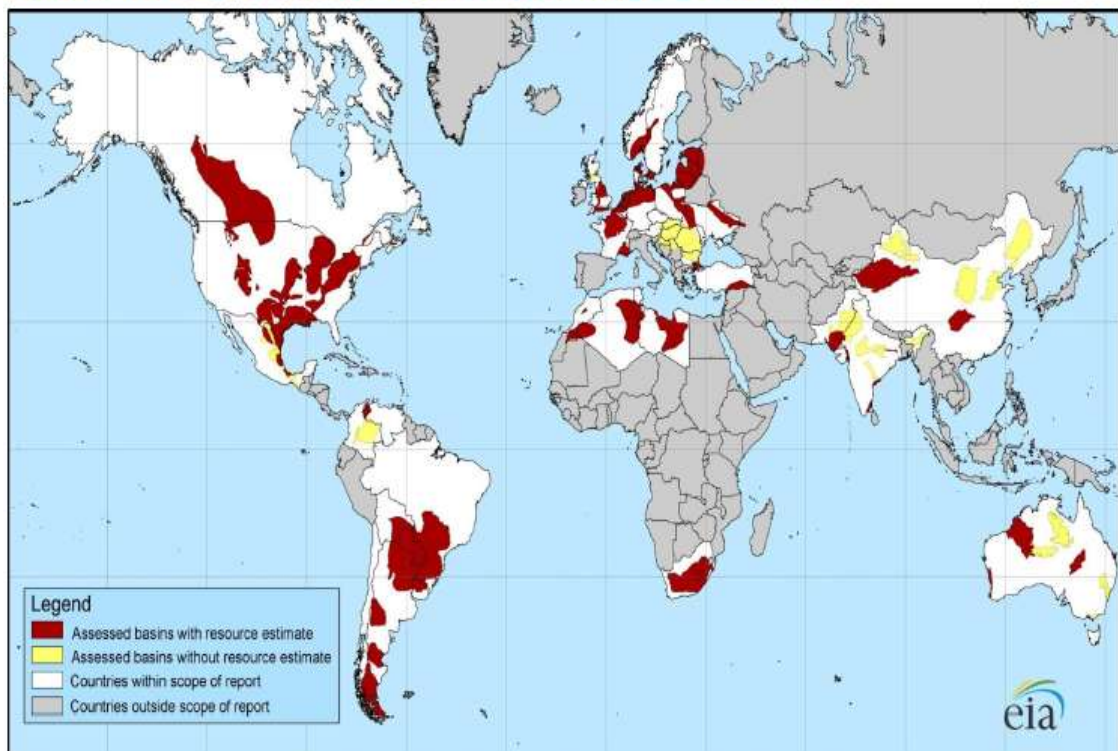
<sup>275</sup> BISAGGIO, Helio da Cunha, ESTEVÃO, Luciana Rocha de Moura Estevão e CONFORT, Mário Jorge Figueira. *Gás Não-Convencional*. Ensaio Técnico, Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Boletim do Gás. Fevereiro 2010 \_ Número 14. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=22287](http://www.anp.gov.br/?dw=22287). Acesso em: 5 agost.2012.

Daniel Yergin defende, no entanto, que a busca de novas fontes de energia não depende apenas das preocupações tecnológicas, que não seriam tão importantes quanto questões estratégicas, pois:

Although energy companies will be prospecting in more difficult environments, the major obstacle to the development of new supplies is not geology but what happens above ground: namely, international affairs, politics, decision-making by governments, and energy investment and new technological development. It should be noted, however, that current projections do show that after 2010 the major growth in supplies will come from fewer countries than it comes from today, which could accentuate security concerns.<sup>276</sup>

A importância econômica e política desses recursos não convencionais não está apenas no seu tamanho, mas também na sua ampla distribuição geográfica, situação bastante diferente daquela dos recursos energéticos convencionais.

### Initial assessment of shale gas resources in 48 major shale basins in 32 countries indicates a large potential



Source: U.S. Energy Information Administration

Figura 1 – distribuição mundial de recursos de xisto<sup>277</sup>

<sup>276</sup> Op.cit. p.75.

<sup>277</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, US ENERGY INFORMATION AGENCY. *Shale Gas and the Outlook for U.S. Natural Gas Markets and Global Gas Resources*. 2011 Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/usoced/19452/pdfs/DrNewell-EIA-Administrator-Shale-Gas-Presentation-June212011.pdf>. Acesso em: 3 agost.2012.



Como se pode perceber na Figura 1, há grande volume de recursos de xisto no mundo, e sua distribuição não é concentrada apenas em áreas geopoliticamente complexas, como é o caso do petróleo. Também se percebe que grande parte do mundo não tem esses recursos catalogados. Mesmo o Brasil, que já tem conhecimento de diversas reservas de xisto, algumas que não constam no mapa do *US Energy Information Administration*, não tem seu território inteiro mapeado para esses recursos. Assim, o volume mundial de xisto pode ser ainda maior do que as estimativas atuais.

O Ministro Neil Benevides lembra que:

Poucos países exploram comercialmente o xisto betuminoso (oil shale). Os custos elevados da mineração e do processamento do xisto inviabilizaram, durante décadas, o desenvolvimento do setor. Os altos preços do petróleo possibilitam a extração do xisto betuminoso com maior margem de lucro, o que abre boas perspectivas para a indústria em países como Estados Unidos, Austrália, Rússia, Jordânia e Marrocos. Os Estados Unidos, em particular, contam com reserva extraordinária de óleo de xisto (equivalente a 800 bilhões de barris de petróleo, segundo dados da EIA) nos Estados de Utah, Colorado e Wyoming. Uma vez superados os obstáculos de natureza técnica, financeira e ambiental para a exploração de tais reservas, a produção das fontes não convencionais poderá ter impacto significativo sobre os mercados e a oferta global de petróleo.<sup>278</sup>

No Brasil, as reservas de xisto são distribuídas de acordo com o seguinte mapa (Figura2).

---

<sup>278</sup> BENEVIDES, Neil Giovanni Paiva. *Relações Brasil-Estados Unidos no setor de energia: do mecanismo de consultas sobre cooperação energética do memorando de entendimento sobre biocombustíveis (2003-2007)*– Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011. p. 20.



Figura 2 (Mapa disponibilizado pelo DNPM<sup>279</sup>)

Em 2004, os EUA começaram a se engajar com mais afinco na exploração do xisto, não sob o ponto de vista econômico, mas sim sob o ponto de vista estratégico, pois o objetivo dos EUA é tornar-se energeticamente independente.

<sup>279</sup>WATANABE, Carmen Ballão. *Impactos Ambientais da Mineração do Folhelho Pirobetuminoso nos Meios Físico e Antrópico em São Mateus do Sul, Paraná*. Tese defendida na Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências Exatas. Disponível em: [http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/brc/33004137036P9/2010/watanabe\\_cb\\_dr\\_rcla.pdf](http://www.athena.biblioteca.unesp.br/exlibris/bd/brc/33004137036P9/2010/watanabe_cb_dr_rcla.pdf). Acesso em: 21maio.2012.

A extração de óleo de reservatórios de xisto ocorre por meio de processo chamado de retortagem, em que o xisto betuminoso produz quantidades substanciais de petróleo e gás combustível através de processo de destilação destrutiva. A maior parte da matéria orgânica é insolúvel em solventes orgânicos comuns, por isso, deve ser decomposta por aquecimento para libertar esses hidrocarbonetos. Subjacente à maioria das definições de óleo de xisto está seu potencial para a recuperação econômica de energia, incluindo óleo de xisto e gás combustível, bem como um grande número de subprodutos. Um depósito de óleo de xisto com grande potencial econômico é geralmente um que se encontra perto o suficiente da superfície para ser explorado a céu aberto, ou passível de mineração subterrânea convencional, ou ainda passível de ser explorados por métodos de extração de óleo *in-situ*.

Há duas maneiras de se fazer a retortagem:

Oil shale retorts can be grouped into two broad categories: surface processing and *in situ* processing. In surface processing, the oil shale retorting plants are called “oil shale retorts,” and have been operated in various countries for more than a hundred years. The oil shale retorts have many different types including directly and indirectly gas heated retorts and directly solid heated retorts. The typical retorts include the Paraho retort, Fushun type retort, Petrosix retort, Superior circular grate retort, Kiviter retort, Tosco retort, Lurgi–Ruhrgas retort, Galoter retort, Taciuk retort. Of these, only the Fushun type retort and Kiviter retort have been operating on a commercial scale for many years; and the Petrosix retort in recent years.

In the *in situ* retorting process, heat is supplied either by underground combustion or by introducing heated gases or liquids to the oil shale formation. Two methods of *in situ* oil shale retorting have been tested. The “true” *in situ* method consists of fracturing, retorting, and recovering the products through the use of boreholes from the surface.

The “modified” *in situ* method involves subsurface mining to create a void, blasting the adjacent oil shale into this void area and then retorting it<sup>280</sup>

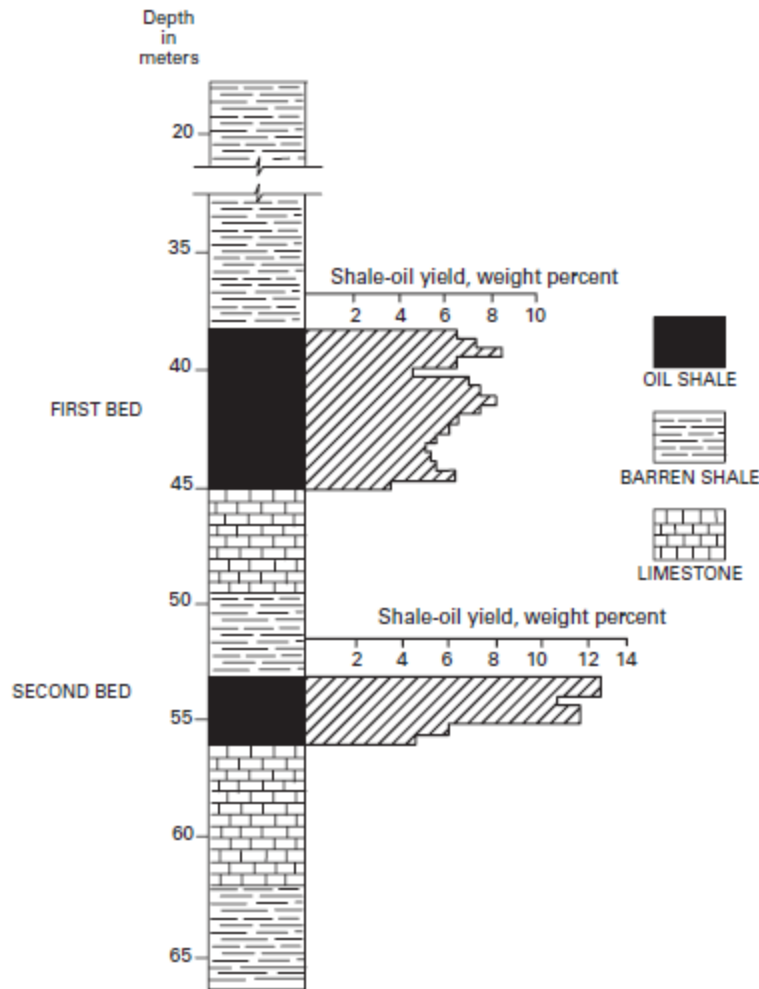
Folhelhos de petróleo variam amplamente em conteúdo orgânico e rendimento de óleo. Graus comerciais de óleo de xisto, determinados conforme sua produção de óleo de xisto, variam entre cerca de 100 a 200 litros recuperáveis de óleo de xisto por tonelada métrica (l / t) de rocha.<sup>281</sup> Dentro de uma mesma formação de xisto, os níveis de óleo recuperável podem variar consideravelmente.

Por exemplo, o US Geological Survey mapeou os recursos de xisto na formação de Iratí, no Paraná, e encontrou diferenças sensíveis no potencial de diferentes camadas de xisto, na mesma formação:

---

<sup>280</sup>YEFIMOV, Victor e LI, Shuyuan. *Extraction of Oil Shale: Surface and In-situ Retorting*. Oil Shale Research Institute, Estonia - Department of Chemical Engineering, University of Petroleum – China, Disponível em: <http://www.eolss.net/Sample- Chapters/C08/E3-04-04-03.pdf> .Acesso em: 4 agost.2012.

<sup>281</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Department of the Interior U.S. Geological Survey. *Geology and Resources of Some World Oil-Shale Deposits - Scientific Investigations Report 2005–5294*. Disponível em:[http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294\\_508.pdf](http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294_508.pdf) . Acesso em: 4 agost.2012.



**Figure 4.** Typical lithologic log and shale-oil yield of the First and Second beds of the Irati oil shale at São Mateus do Sul, Brazil. From L. Carta, Petrobras (1985, unpublished data).

Figura 3<sup>282</sup>

O gás de xisto ocorre em folhelhos de grão fino, que são rochas sedimentares ricas em matéria orgânica. Os folhelhos são a fonte e o reservatório para o gás natural, diferentemente de reservatórios de petróleo convencionais. No xisto, o gás proveniente da decomposição de matéria orgânica ocupa os finos poros dentro da rocha sedimentar, de onde não consegue escapar por meios naturais. Em oposição, na formação de petróleo convencional e gás natural, que ocorrem em arenito poroso. Através da pressão hidrodinâmica, o petróleo migra a partir da sua fonte orgânica até uma rocha impermeável (como o xisto) e permanece preso. Embora os xistos seja tão poroso quanto outras rochas reservatório sedimentares, o tamanho extremamente

<sup>282</sup>DYNI, J.R. 2006 *Geology and resources of some world oil-shale deposits: U.S. Geological Survey Scientific Investigations Report 2005-5294*. Disponível em: [http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294\\_508.pdf](http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294_508.pdf) Acesso em: 17 maio.2012.

pequeno de seus poros torna-o relativamente impermeável ao fluxo de gás, a menos que fraturas naturais ou artificiais ocorram.<sup>283</sup> Para criar essas fraturas, e promover o fluxo de gás, a exploração do xisto nos EUA utiliza procedimento conhecido como “fraturamento hidráulico”, em que a camada subterrânea de xisto é perfurada horizontalmente. Na faixa de sedimentos são detonadas cargas de explosivos e é injetado líquido a alta pressão, que facilita a liberação de gás. O processo de fraturamento hidráulico:

[...]uses high hydraulic pressures to initiate a fracture. A hydraulically induced fracture acts as a conduit in the rock or coal formation that allows the oil or coalbed methane to travel more freely from the rock pores to the production well that can bring it to the surface.<sup>284</sup>

O principal motivo para o impacto ambiental do gás não convencional ser potencialmente maior está relacionado à própria natureza dos recursos. Os recursos não convencionais são menos concentrados do que os depósitos convencionais e não são facilmente recuperados. Sua extração é mais complexa porque os hidrocarbonetos contidos no material estão presos em rocha com permeabilidade menor do que as das rochas reservatório de recursos tradicionais. Uma vez que os recursos são mais difíceis de produzir, a escala da operação industrial necessária para capturar energia em volume economicamente viável é muito maior do que para a produção convencional. Isto significa que as atividades de perfuração e produção podem ser consideravelmente mais invasivas, envolvendo uma pegada ambiental geralmente maior.<sup>285</sup>

O Conselheiro Fernando Meirelles de Azevedo Pimentel alerta para os riscos ambientais da exploração do xisto, afirmando que:

Depois dos EUA, o Brasil possui a segunda maior reserva de xisto betuminoso do planeta, sendo que a Petrobras é detentora de uma patente para sua transformação em petróleo. A mineração e produção desse recurso em larga escala estão sujeitas a riscos ambientais semelhantes – embora ainda mais severos – aos representados pelas areias betuminosas. Além dos *tailing ponds*, o processo prevê o aquecimento (pirólise) do minério a temperatura superior a 482 graus Celsius, o adição de hidrogênio à mistura e a utilização de grandes quantidades de água. Outros processos,

<sup>283</sup> ANDREWS, Anthony et al. *Unconventional Gas Shales: Development, Technology, and Policy Issues*. Congressional Research Service. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40894.pdf>. Acesso em: 3 agost.2012.

<sup>284</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Environmental Protection Agency (EPA) EPA816-R-04-00. Disponível em: [http://waterwebster.org/documents/epa\\_evaluation\\_june2004.pdf](http://waterwebster.org/documents/epa_evaluation_june2004.pdf). Acesso em: 4 agost.2012. P. 3

<sup>285</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Golden Rules for a Golden Age of Gas*. World Energy Outlook, Special Report on Unconventional Gas, OECD IEA, 2012. Disponível em: [http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebsite/2012/goldenrules/WEO2012\\_GoldenRulesReport.pdf](http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebsite/2012/goldenrules/WEO2012_GoldenRulesReport.pdf). Acesso em: 2 agost. 2012. P.18

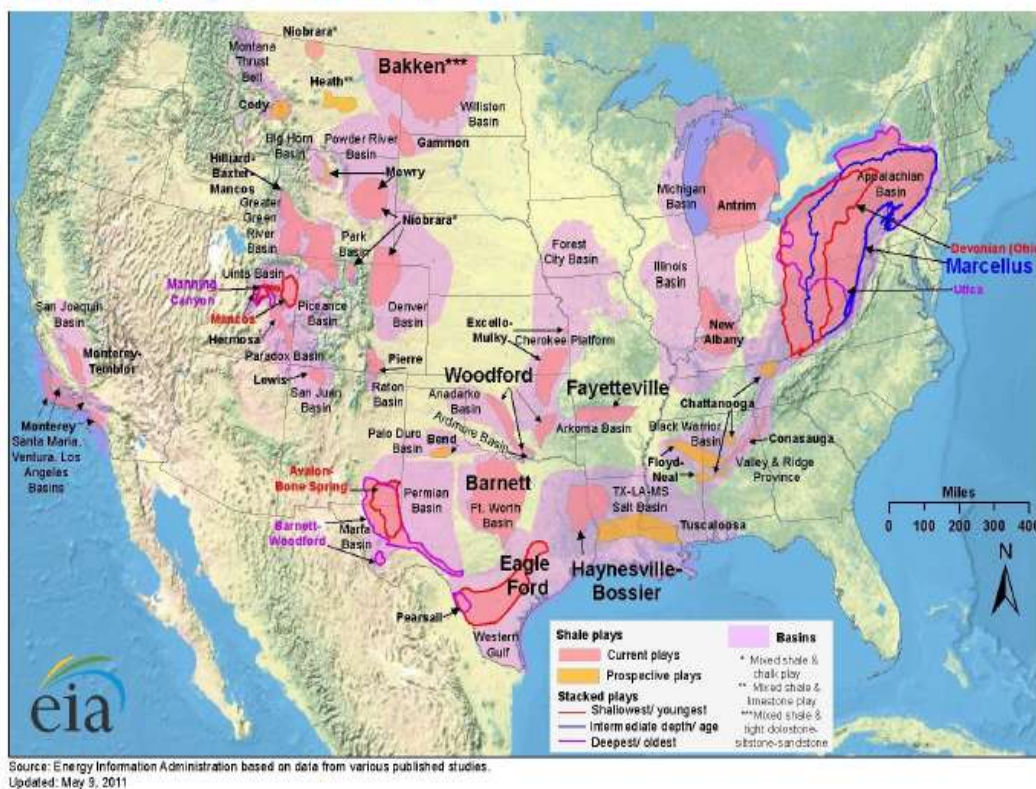
possivelmente menos ineficientes, mas ainda assim temerários do ponto de vista ambiental, estão em fase de testes científicos.<sup>286</sup>

São diversas as formas de exploração econômica de xisto, que resultam em diferentes produtos finais. O fraturamento hidráulico, mais difundido nos EUA, é apropriado para a exploração de gás de xisto. Também é possível a mineração desse material, procedimento adotado pela Petrobras na reserva de São Mateus do Sul, o Paraná.

Nos EUA, o xisto se encontra em grandes profundidades, o que inviabilizaria a mineração em larga escala. A heterogeneidade do xisto requer pesquisa geológica aprofundada para designar qual é a melhor forma de exploração do material. A própria característica do material, que se localiza em uma camada que pode variar entre 1,5 metro e 300 metros de espessura, direciona para o tipo de exploração mais adequado.

Figura 3 – Distribuição espacial do Xisto nos EUA

### Shale gas plays, Lower 48 States



Source: Energy Information Administration based on data from various published studies.

Figura 4 – Distribuição espacial do Xisto nos EUA <sup>287</sup>

<sup>286</sup> PIMENTEL, Fernando. *O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial: perspectivas e desafios para a atuação diplomática brasileira*. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2011, p. 72.

<sup>287</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, US ENERGY INFORMATION AGENCY. *Shale Gas and the Outlook for U.S. Natural Gas Markets and Global Gas Resources*. 2011 Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/usoecd/19452/pdfs/DrNewell-EIA-Administrator-Shale-Gas-Presentation-June212011.pdf>. Acesso em: 3 ago.2012.

A América Latina tem grande potencial para o desenvolvimento do gás não convencional, com a Argentina (principalmente gás de xisto), com a maior base de recursos, seguido por Venezuela (*tight gas*) e então o Brasil (gás de xisto). A atenção na Argentina para esse tipo de exploração concentra-se na Bacia de Neuquén, na Patagônia, o que pode gerar para a Argentina uma produção não convencional de gás que pode atingir 35 bmc em 2035, quase metade da produção de gás total do país. Tanto a Venezuela quanto o Brasil dispõem de amplos recursos convencionais, o que significa que há menos necessidade de desenvolver seu potencial não convencional durante o período de projeção, no entanto, alguns não convencional gás é produzido em 2035 na Bolívia (5 bmc), Peru (5 bmc), Paraguai (3 bmc) e Uruguai (3 bmc)<sup>288</sup>.

Até recentemente, a produção de gás não convencional natural era quase exclusivamente um fenômeno dos Estados Unidos. A produção de *tight gas* tem a história mais longa, sendo expandida constantemente por várias décadas. A produção comercial de hidratos de metano começou na década de 1980, mas só decolou na década de 1990, e tem se estabilizado nos últimos anos. O gás de xisto também teve produção durante várias décadas, mas começou a se expandir rapidamente apenas na metade da década 2000, crescendo a vertiginosos 45% ao ano entre 2005 e 2010.

Nos EUA, entidades nos níveis local, regional, estadual e federal podem regular aspectos do processo de desenvolvimento de gás de xisto. Localmente, municípios fazem zoneamento de áreas de exploração de gás de xisto dentro dos poderes que lhes foram concedidos pelos Estados, cobram impostos sobre exploradores de petróleo e de gás, regulam o uso de estradas e controlam certos aspectos da produção de petróleo e gás, tais como seguros, vedação de poços, prevenção de contaminação da água, divulgação de produtos químicos utilizados no processo de exploração, e o momento de extração de petróleo e gás.<sup>289</sup>

Os estados dos EUA têm a maior parte da competência regulatória sobre desenvolvimento de gás xisto, pois administraram a legislação ambiental federal, regulam e fiscalizam uma série regulamentos estaduais sobre extração de energia, incluindo, entre outros, regulamentos abordando a localização dos poços, a retirada de água para a exploração, manutenção de poços para contenção temporária de resíduos de petróleo e gás, revestimento e

---

<sup>288</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Golden Rules for a Golden Age of Gas. World Energy Outlook, Special Report on Unconventional Gas*, OECD/IEA, 2012. Disponível em: [http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012\\_GoldenRulesReport.pdf](http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012_GoldenRulesReport.pdf) Acesso em: 2 agost.2012. P. 84.

<sup>289</sup> WISEMAN, Hannah Jacobs e GRADIJAN, Francis. *Regulation of Shale Gas Development, Including Hydraulic Fracturing* (October 31, 2011). Energy Institute, The University of Texas at Austin, Forthcoming; University of Tulsa Legal Studies Research Paper No. 2011-11. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1953547> ; ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1953547>. Acesso em: 3 agost.2012.P. 17.

cimentação de poços, eliminação de resíduos, e recuperação da área explorada. Embora os estados tenham autoridade reguladora principal sobre petróleo e gás nos EUA, há uma série de normas federais aplicáveis às partes do processo de extração de gás ou óleo de xisto.<sup>290</sup>

No nível federal, diversas disposições do *Clean Water Act* são aplicáveis à exploração de xisto, dado que a atividade utiliza grandes quantidades de água no processo de fraturamento hidráulico. A Agência de Proteção Ambiental dos EUA (EPA) também tem passado a regular a atividade, com certas disposições do *Clean Air Act* sendo aplicáveis à exploração do gás de xisto.

Nota-se que a regulação estadunidense sobre a atividade de exploração de xisto não é de natureza autorizativa, mas é de natureza regulatória. Isso se deve ao fato de que, nos EUA, a propriedade dos recursos naturais no subsolo cabe ao do proprietário do imóvel sob o qual estes recursos são encontrados. Caso esse proprietário consiga se adequar às diferentes normas ambientais e de segurança elaboradas pelos diversos entes federativos, ele poderá realizar a exploração de gás de xisto, sem a necessidade de pedir concessão ao Estado. Há advocacia especializada no país para verificar os direitos dos proprietários de imóveis sobre o subsolo, além de haver intensa atividade de compra e venda desses direitos.

The United States is one of the few countries where ownership of mineral resources was originally granted to the person, or organization, who purchased the land. This complete ownership is called fee-simple. Over the years, due to sales, leases, and bequests, the ownership of real estate may belong to multiple people or companies. The once fee-simple property now has multiple layers of ownership. These layers should be clearly identified by anyone looking to purchase it before closing.<sup>291</sup>

Na produção de gás de xisto, há o pagamento de royalties aos proprietários das terras da mesma forma que se paga ao Estado, quando a produção ocorre em terras públicas:

Gas shale development takes place on both private and state-owned lands. Royalty rates paid to state and private landowners for shale gas leases range from 12½% to 20%. The four states (New York, Pennsylvania, Texas, and West Virginia) discussed in this report have shown significant increases in the amounts paid as signing bonuses and increases in royalty rates. Although federal lands also overlie gas shale resources, the leasing restrictions and the low resource-potential may diminish development prospects on some federal lands. The practice of severing mineral rights from surface ownership is not unique to the gas shale development. Mineral owners retain the right to access surface property to develop their holdings. Some landowners, however, may not have realized the intrusion that could result from mineral development on their property.<sup>292</sup>

<sup>290</sup> Ibid, p. 20.

<sup>291</sup> RIEDERS, TRAVIS, HUMPHREY, HARRIS, WATERS & WAFFENSCHIDT. *Marcellus Shale A Blessing or a Curse?* Disponível em: <http://www.riederstravis.com/Practice-Areas/Marcellus-Shale-Gas-Rights/> Acesso em: 3 agost.2012.

<sup>292</sup> ANDREWS, Anthony et al. *Unconventional Gas Shales: Development, Technology, and Policy Issues*. Congressional Research Service. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40894.pdf>. Acesso em: 3 agost.2012.



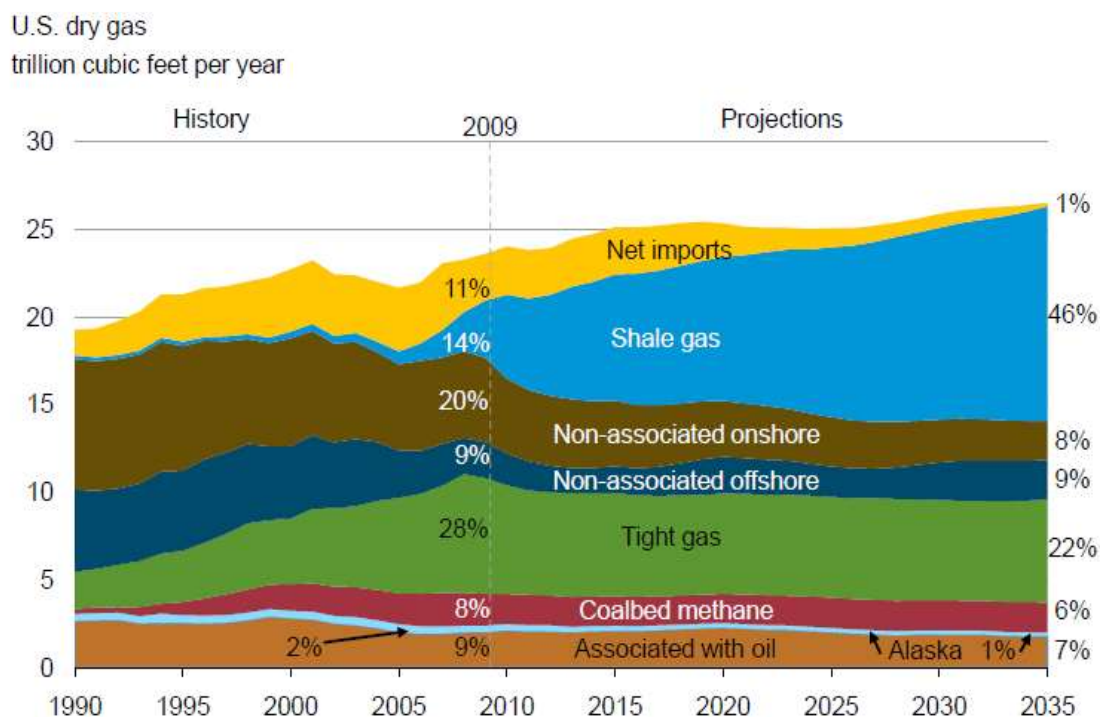
A produção de gás não convencional correspondeu, de acordo com os dados da International Energy Agency, cerca de 60% da produção total de gás nos Estados Unidos em 2010. Deve-se lembrar que os EUA são o maior mercado mundial de gás natural, para se ter ideia da proporção do avanço do gás de xisto na pauta energética norte americana. Espera-se que o gás de xisto continue a ser a principal fonte de crescimento global no fornecimento de gás nos Estados Unidos nas próximas décadas.<sup>293</sup>

Quanto ao investimento estrangeiro em exploração de xisto nos EUA, não foi encontrada nenhuma restrição, fora o controle do investimento pelo CFIUS. Conforme foi explorado no capítulo anterior, nos Estados Unidos da América, o *Committee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS) é órgão de fiscalização do investimento estrangeiro. Empresas dos EUA envolvidas em aquisição por empresa estrangeira devem voluntariamente notificar o CFIUS, para verificação da conveniência política da transferência do controle para empresa estrangeira, que pode rever transações não submetidas voluntariamente. O CFIUS tem poder de decidir sobre investimentos estrangeiros delegado pelo Presidente e o investimento estrangeiro é visto como questão de segurança nacional<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Golden Rules for a Golden Age of Gas*. World Energy Outlook, Special Report on Unconventional Gas, OECD/IEA, 2012. Disponível em: [http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012\\_GoldenRulesReport.pdf](http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012_GoldenRulesReport.pdf) Acesso em: 2 agost.2012. P. 102.

<sup>294</sup> Disponível em: <http://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Committee-on-Foreign-Investment-in-US.aspx> .Acesso em: 11 março2012.



Source: EIA, Annual Energy Outlook 2011

Figura 5 – previsão das fontes de gás nos EUA<sup>295</sup>

### 4.3 O Xisto no Brasil

Estudando o caso do xisto betuminoso e sua exploração no Brasil questiona-se se o investidor estrangeiro interessado em desenvolver essa atividade no país teria a segurança jurídica necessária para investir grandes volumes de recursos. Em outras palavras, estaria a atividade de exploração do xisto betuminoso adequadamente regulada no Brasil?

A exploração de *oil shale* é um interessante nicho estratégico para garantir a autossuficiência do Brasil em termos energéticos no futuro, considerando o tamanho das reservas brasileiras desse tipo de minério, além de ser uma possível fonte de desenvolvimento tecnológico que pode colocar o país em posição de destaque no cenário internacional. A pesquisa científica sobre fontes alternativas de petróleo pode garantir vantagens tecnológicas importantes para o país, especialmente em um setor tão competitivo quanto o da energia.

<sup>295</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, US ENERGY INFORMATION AGENCY. *Shale Gas and the Outlook for U.S. Natural Gas Markets and Global Gas Resources*. 2011. Disponível em: <http://photos.state.gov/libraries/usoced/19452/pdfs/DrNewell-EIA-Administrator-Shale-Gas-Presentation-June212011.pdf>. Acesso em: 3 agost.2012.

O custo de produção do óleo de xisto no Brasil, apesar de ser mais alto do que o da exploração convencional de petróleo pode ser considerado atrativo se houver comparação com os custos projetados da exploração da camada pré-sal, com a vantagem de que o xisto encontra-se na parte terrestre o território brasileiro, e não na plataforma continental.

No que se refere à questão econômica, em 2008, o petróleo produzido, a partir das tecnologias convencionais, teve um custo de produção em torno de US\$ 6,00/barril, para o petróleo produzido no exterior, enquanto que, no Brasil, o custo de produção de um barril de óleo foi, em média, de US\$9,20 (Petrobras, 2009 b). O óleo de xisto produzido com a tecnologia nacional (mineração a céu aberto e retortagem de superfície), por sua vez, apresenta um custo de US\$ 25,00/barril (UNICAMP, 2004).<sup>296</sup>

O gás que pode ser extraído de exploração da camada de xisto brasileira tem ainda uma vantagem econômica adicional. Os preços de gás natural não seguem a mesma lógica do petróleo, pois o escoamento da produção geralmente se dá por via de gasodutos. Recentes avanços em plantas de liquefação e regaseificação de gás fazem com que a exportação e importação de gás natural em larga escala seja cada vez mais viáveis. A exploração de gás de xisto, de acordo com o exemplo americano, mostra-se como alternativa economicamente viável.

A exploração de xisto no Brasil suscita questionamentos jurídicos sobre qual é o marco regulatório desse tipo de exploração de recursos naturais e quais são os órgãos regulatórios envolvidos na autorização e fiscalização dessa atividade. Para elucidar essas questões, foram realizadas pesquisas documentais e empíricas, envolvendo entrevistas com agentes governamentais e com funcionários de empresas envolvidas na exploração do xisto.

A Petrobrás não está alheia à exploração não convencional de petróleo, pois esse tipo de exploração foi concebido desde a gênese da companhia, na lei 2004 de 1953. Através do processo PETROSIX, a Petrobras realiza mineração de camada de xisto próxima à superfície e transforma esse material em óleo de xisto, por meio de retortagem<sup>297</sup>. O folhelho betuminoso da Formação Irati, explorado pela Petrobras, fica cerca de 10 a 15 metros da superfície e têm como produtos óleo combustível de baixa qualidade, gás GLP, nafta e enxofre.

Diferente de outros minerais, que podem ter veios mais valiosos, que justifiquem a mineração concentrada em larga escala, o xisto no Brasil consiste de uma camada

---

<sup>296</sup>SANTOS, Marilin Mariano dos; MATAI, Patricia Helena Lara dos Santos. *A importância da industrialização do xisto brasileiro frente ao cenário energético mundial*. Rem: Rev. Esc. Minas, Ouro Preto, v. 63, n. 4, Dec. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-44672010000400012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-44672010000400012&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 29 Julh.2011.

<sup>297</sup> Para descrição do processo Petrosix, ver site da subsidiária da Petrobras, a Unidade de Negócio da Industrialização do Xisto, disponível em: <http://www.petrobras.com.br/minisite/refinarias/petrosix/portugues/processo/index.asp>. Acesso em: 23out.2011.

razoavelmente ininterrupta que cobre a grande parte do Centro-Sul do país, conforme exposto nas Figuras 1 e 2. Via de regra, camadas mais espessas produzem mais hidrocarbonetos.

Reafirmando a importância do estudo do Direito Energético e do Direito Internacional dos Investimentos, a Petrobrás encontra-se em tratativas para a exploração de xisto betuminoso em outros países. Na nova realidade em que o Brasil é investidor em terceiros países, e não mais apenas o receptor de investimentos estrangeiros, torna-se ainda mais necessário o estudo dos instrumentos de proteção aos investimentos.

O Brasil deve procurar criar um ambiente propício aos investimentos no setor de energia, especialmente se deseja explorar esse setor em países estrangeiros. O estudo e a criação de padrões legislativos próprios aos interesses brasileiros podem funcionar como exemplos para alterações legislativas em países nos quais o Brasil investe.

Se o Brasil pretende receber grandes volumes de investimentos estrangeiros para diminuir o secular déficit de infraestrutura no país, é necessário que sejamos melhor compreendidos por parceiros estrangeiros, em especial no que concerne nossa complexa e sempre expandida legislação. O estudo do Direito Internacional dos Investimentos e maior preocupação com a eficiência e previsibilidade de nossa legislação passam, então, a ter importância fundamental para os próximos estágios do desenvolvimento econômico brasileiro, em que as fronteiras de nossa jurisdição não mais satisfazem as necessidades da economia brasileira.

Assim, se desejamos que nossos parceiros econômicos tenham políticas públicas que protejam os interesses de empresas brasileiras em seus territórios, devemos liderar por exemplo e difundir os recentes avanços normativos do Brasil em matéria de regulação da atividade estatal, de sistema financeiro e de política econômica.

A criação de padrões brasileiros de proteção ao investidor e de exploração de recursos naturais, como o xisto, tem duplo papel: o de servir de modelo para transplantes legislativos<sup>298</sup> para países nos quais o Brasil investe, e o de facilitar o ingresso de novos capitais estrangeiros ao Brasil, para auxiliar no mencionado déficit de infraestrutura ainda existente no país.

A incongruência entre o tratamento do capital estrangeiro e a proteção dos investimentos estrangeiros brasileiros em outros países deve ser evitada, sob pena de dificultar esse novo ciclo de desenvolvimento brasileiro.

Em entrevista concedida ao autor, Demarco Epifanio, gerente de recursos não convencionais da Petrobras, explicou detalhes da exploração de xisto pela empresa, no Brasil e

---

<sup>298</sup> A. WATSON, *Legal Transplants and European Private Law*, vol 4.4 *Electronic Journal of Comparative Law*. (December 2000). Disponível em: <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

em outros países. Atualmente, o Brasil explora o equivalente a 3500 barris de petróleo oriundos de folhelho betuminosos por dia, em processamento de oito mil toneladas de minério por dia. Esse número é pequeno em comparação com a exploração nacional diária de petróleo. Essa produção está concentrada em São Mateus do Sul, no Paraná, e é considerada uma atividade não convencional. A Petrobras, por meio da subsidiária integral SIX, faz o processo de retorta (PARAHO) do xisto minerado. Na SIX existem duas retortas em funcionamento, uma em escala experimental e outra em escala industrial.

O início da exploração industrial de xisto pela Petrobrás ocorreu na década de 1960, em período em que o xisto era visto não só como uma fonte de energia, mas uma alternativa à importação de petróleo e ao dispêndio de preciosas divisas internacionais. Com as posteriores descobertas *offshore*, o Brasil deixou de realizar investimentos mais significativos, mas manteve a exploração como fonte alternativa e para desenvolvimento tecnológico. Os únicos países que mantiveram uma produção em baixa escala nesse período foram Brasil, China e Estônia, enquanto todos os outros países cessaram a exploração de xisto na década de 1970.

A Petrobras investe desde 2006 na exploração de xisto fora do Brasil, tendo como principal projeto em andamento a Jordânia. No momento ainda realizam a fase do projeto de planejamento de viabilidade técnico-econômica. Em 2012 serão apresentados os custos de empreendimento de exploração de xisto para o governo da Jordânia. Nessa negociação, a Jordânia pleiteia contraprestações para a exploração do minério, por meio de royalties e benefícios sociais, como reflorestamento, geração de emprego, melhora da infraestrutura viária, elétrica, etc., mas essas medidas ainda se encontram em discussão.

Depois do término das negociações, o possível fechamento do contrato com a Jordânia será realizado por meio do contrato de concessão. A assinatura deve ser realizada por um parceiro local, e o negócio requer planejamento de longo prazo, com mais de 25 anos de concessão e com estipulação de cláusulas de arbitragem para a solução de controvérsias.

#### **4.3.1 Histórico do Tratamento Normativo do Xisto no Brasil**

Na metade do século XX, a dificuldade de encontrar reservas de petróleo fez o Governo encarar o xisto como uma opção para diminuir as importações de petróleo e para melhorar a situação da balança de pagamentos. Nesse contexto, o decreto nº 28.661, de 19 de setembro de 1950, cria a Comissão de Industrialização de Xisto betuminoso.

A lei que criou a Petrobras (Lei 2004/1953) continha normas que regulavam a exploração do xisto, estabelecendo o monopólio estatal também sobre sua exploração. A palavra xisto é mencionada 15 vezes nessa lei. A primeira menção ao xisto ocorre logo nos primeiros

artigos, nas atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, incluindo o xisto no conceito de abastecimento nacional de petróleo.

Art. 3º O Conselho Nacional do Petróleo, órgão autônomo, diretamente subordinado ao Presidente da República, tem por finalidade superintender as medidas concernentes ao abastecimento nacional de petróleo.

§ 1º Entende-se por abastecimento nacional de petróleo a produção, a importação, a exportação, a refinação, o transporte, a distribuição e o comércio *de petróleo bruto, de poço ou de xisto*, assim como de seus derivados. (grifos nossos)

A utilização da expressão “petróleo de xisto” claramente diferencia o xisto de outros minerais, classificando-o junto a outras fontes de hidrocarbonetos. Na enumeração das atividades da Petrobrás, temos novamente a utilização da mesma fórmula de classificar o xisto como fonte de hidrocarbonetos.

Art. 6º A Petróleo Brasileiro S. A. terá por objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o comércio e o transporte do *petróleo proveniente de poço ou de xisto* – de seus derivados bem como de quaisquer atividades correlatas ou afins.

Ao utilizar a expressão “petróleo proveniente de xisto”, mais uma vez, a lei 2004 de 1953 estabelece o xisto como mineral que contém petróleo e está subordinado à legislação específica ao petróleo. No artigo 10 da lei 2004 de 1953, o legislador utiliza a expressão “jazidas e minas de petróleo de rochas betuminosas e piro-betuminosas”, afirmando que as rochas betuminosas consistem em jazida de petróleo.

Art. 10

§ 3º A União transferirá, sem ônus, aos Estados e Municípios em cujos territórios existem ou venham a ser descobertas *jazidas e minas de petróleo de rochas betuminosas e piro-betuminosas* e de gases naturais, respectivamente 8% (oito por cento) e 2% (dois por cento) das ações relativas ao valor atribuído a essas jazidas e pelo qual sejam incorporadas ao capital da Petrobrás no ato de sua constituição ou posteriormente. (grifos nossos)

No capítulo sobre o pagamento dos royalties do petróleo, a exploração do xisto é novamente mencionada e segue as mesmas regras que a exploração de gás.

Art. 27. A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra de petróleo e *xisto betuminoso* e a extração de gás, indenização correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o *valor do óleo extraído ou do xisto ou do gás*. § 1º Os valores do óleo e do *xisto betuminoso* serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo. (grifos nossos)

Subsequentes alterações desse artigo mantiveram o xisto dentro da mesma classificação que o petróleo:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) sobre o valor do óleo extraído ou *do xisto* ou do gás aos Estados e Territórios onde fizerem a lavra do petróleo e xisto betuminoso e a extração de gás, de indenização de 1% (um por cento) aos Municípios onde fizerem a mesma lavra ou extração. (Redação dada pela Lei nº 3.257, de 1957)

§ 1º Os valores do óleo e do *xisto betuminoso* serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo. (Redação dada pela Lei nº 3.257, de 1957) (grifos nossos)

Em 1985, após nova alteração do artigo 27 da lei 2004 de 1953, mantém-se a menção ao xisto:

Art. 27 - A Sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar indenização correspondente a 4% (quatro por cento) aos Estados ou Territórios e 1% (um por cento) aos Municípios, sobre o valor do óleo, do *xisto betuminoso* e do gás extraídos de suas respectivas áreas, onde se fizer a lavra do petróleo. (Redação dada pela Lei nº 7.453, de 1985) (grifos nossos)

Na lei de 7453 de 1985 há leve alteração no texto, não sendo o xisto betuminoso considerado tipo de petróleo, mas ainda sendo classificado como fonte de hidrocarbonetos. Tal alteração, no entanto, não sugere que o xisto não faça mais parte da política energética brasileira. Nova alteração ao artigo 27 da lei 2004/1953 estabeleceu que:

Art. 27. A sociedade e suas subsidiárias ficam obrigadas a pagar a compensação financeira aos Estados, Distrito Federal e Municípios, correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor do óleo bruto, do *xisto betuminoso* e do gás extraído de seus respectivos territórios, onde se fixar a lavra do petróleo ou se localizarem instalações marítimas ou terrestres de embarque ou desembarque de óleo bruto ou de gás natural, operados pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS, obedecidos os seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 7.990, de 1989) (grifo nosso)

Subsequentes normas sobre a repartição de royalties de petróleo incluíram a exploração do xisto como suscetível ao pagamento de royalties de petróleo, não CFEM, a Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais, tributo pago na exploração de recursos minerais. A Lei 7990, de 1989, ainda faz várias menções sobre o xisto, em trechos que alteraram a lei 2004 de 1953 (lei da Petrobrás), e em outros sobre a compensação financeira pela exploração do xisto, como, por exemplo:

Art. 8º O pagamento das compensações financeiras previstas nesta Lei, inclusive o da indenização pela exploração do petróleo, do *xisto betuminoso* e do gás natural será efetuado, mensalmente, diretamente aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e aos órgãos da Administração Direta da União, até o último dia útil do segundo mês subsequente ao do fato gerador, devidamente corrigido pela variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), ou outro parâmetro de correção monetária que venha a substituí-lo, vedada a aplicação dos recursos em pagamento de dívida e no quadro permanente de pessoal. (grifo nosso)

Em 1957, o xisto é colocado na competência regulatória do Conselho Nacional de Petróleo e no âmbito de atividades da Petrobrás, pelo Decreto nº 40.845, de 28 de janeiro de 1957, que dispõe sobre as relações entre o Conselho Nacional do Petróleo e a Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás, e dá outras providências.

Art. 2º A Petrobrás apresentará anualmente ao Conselho Nacional do Petróleo, até 30 de setembro, o plano de suas atividades futuras, destacando, especialmente, os trabalhos a serem executados no ano seguinte.

[...]

*II - quanto ao xisto, o programa de:*

*a) pesquisa de jazidas;*

*b) estudo sobre mineração, retortagem e refinação;*

*c) aproveitamento industrial de minérios de jazidas já pesquisadas e cubadas, compreendendo a mineração, a retortagem e a refinação;*

Art. 8º O Conselho Nacional do Petróleo fiscalizará:

I - a execução, pela Petrobrás, da pesquisa e lavra de jazidas, bem como dos projetos ou instalações destinadas à industrialização e ao comércio do petróleo, seus derivados e gases raros;

II - a natureza, qualidade, características e quantidade de matéria-prima elaboradas, assim como dos derivados produzidos;

III - a manutenção dos estoques mínimos determinados;

IV - a escrituração contábil para a determinação do custo de produção de petróleo e de poço e de xisto, e dos seus derivados;

Art. 10. Para o fim estipulado no art. 27 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953, os valores do petróleo, do gás natural e do xisto, betuminoso, lavrados pela Petrobrás, serão fixados pelo Conselho Nacional do Petróleo. (grifos nossos)

Parecer da Consultoria Geral da República, em 1958, solicitado pela Petrobrás, reafirma o interesse de países com grandes reservas de petróleo, como os EUA, na exploração do xisto. Segundo o parecer, a Petrobrás encontrava-se confiante de que o custo de produção do óleo de xisto poderia ser competitivo em relação ao óleo de poço.

Os pareceristas reconhecem que a lei 2004 de 1953 considera o vocábulo petróleo como gênero, que inclui as variantes de petróleo de poço e de xisto. Assim, consideraram que o xisto betuminoso estava sujeito ao monopólio Estatal do petróleo.<sup>299</sup>

No entanto, em 1965 o então Ministro de Minas e Energia solicita novo parecer sobre o tema. O parecerista afirma que o xisto betuminoso não é um hidrocarboneto, nem um fluido. O querogênio contido no xisto só poderia ser retirado com o aquecimento do material.

Para fundamentar essa assertiva, o parecerista cita o decreto-lei nº 3.236 – de 7 de maio de 1941, que institui o regime legal das jazidas de petróleo e gases naturais, de rochas betuminosas e piro-betuminosas. A exploração de rochas betuminosas e pirobetuminosas é regada por capítulo diferente do que regula o petróleo.

## TÍTULO II

*Das jazidas de rochas betuminosas e piro-betuminosas*

### CAPÍTULO ÚNICO

#### *DISPOSIÇÃO GERAL*

Art. 31. Incumbe ao Conselho Nacional do Petróleo exercer todas as atribuições e praticar todos os atos relativos à pesquisa e à lavra das *jazidas de rochas betuminosas e piro-betuminosas* que serão reguladas pelo decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940. (grifos nossos)

<sup>299</sup>Parecer CGR Nº Z-443, de 09 de julho de 1958.



As conclusões tiradas pelo parecerista são: i) que o petróleo e o xisto possuem regulamentos distintos; ii) que apesar de o petróleo e o xisto possuem regulamentos distintos, ambos são regulados pelo Conselho Nacional do Petróleo; e iii) o xisto é regulado pelo então Código de Minas o Decreto-lei 1985 de 1940. Assim, segundo afirmação do parecerista, no monopólio instituído pela União, em favor da Petrobrás, não se inclui a pesquisa e lavra dos xistos oleígenos.<sup>300</sup>

Em 1965, é estabelecido decreto específico que disciplina a exploração de xisto, o decreto nº 56.980, de 1º de outubro de 1965, que dispõe sobre a lavra e industrialização dos xistos oleígenos. No preâmbulo do decreto, é reconhecida a importância econômica de que se reveste a industrialização dos xistos oleígenos, de que há apreciáveis reservas, no País e os resultados já alcançados pela tecnologia da industrialização do xisto e, particularmente os já obtidos pela Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS, através de sua Superintendência de Industrialização do Sixto (SIX).

Também se afirma que a par da produção dos combustíveis a industrialização do xisto permitirá ainda a obtenção de matérias-primas de que carece o País, concorrendo para o desenvolvimento da indústria química e a conveniência de, futuramente suplementar as atuais reservas do petróleo de poço com a produção de óleo de xisto.

O decreto ainda reconhece as limitações de prazos e áreas para pesquisa e lavra estabelecidos nos artigos 16, 18 e 34 do Decreto-lei nº 1.985, de 29 de janeiro de 1940, articulados com as disposições do Decreto-lei nº 3.236, de 7 de maio de 1941 e Decreto-lei nº 9.605, de 19 de agosto de 1946. Além disso, faz alusão à controvérsia explorada pelo parecer da Consultoria Geral da República, ao afirmar que a Lei 2.004 não inclui a exploração e a industrialização do xisto no monopólio da União.

O decreto estabelece:

Art. 1º A pesquisa e a lavra dos xistos oleígenos, vulgarmente denominados rochas betuminosas e pirobetuminosas, regulam-se, inclusive quando às exigências de prazos, pelas disposições do Decreto-lei nº 1.985 (Código de Minas) de 29 de janeiro de 1940, e modificações posteriores.

Apesar de ser considerado um mineral sujeito Às normas do Código de Minas, um particular não poderia explorar xisto com o objetivo de produzir petróleo, pois:

Art. 2º As empresas que se propuserem a industrializar as rochas mencionadas no art. 1º, submeterão os anteprojetos de suas instalações o Conselho Nacional do Petróleo, que os licenciará desde que satisfaçam tôdas as condições seguintes:  
a) *não objetivarem a obtenção de produtos e subprodutos sujeitos ao monopólio de produção da União.*(grifo nosso)

<sup>300</sup>Parecer CGR Nº H-247, de 31 de agosto de 1965

Os produtos considerados monopólio da União pelo decreto nº 56.980, de 1º de outubro de 1965 são:

Art. 3º Constituem produtos e subprodutos da refinação de óleo de xisto sujeitos ao monopólio da produção pela União, na forma da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953: gás liquefeito (GLP), gasolinas, querosene, óleo combustível para motores de combustão interna (óleo diesel), gasóleo, óleo para lamparina (signal oil, óleo combustível (fuel oil) óleo, lubrificantes, parafina, asfalto e solventes.

Ou seja, o concessionário de uma jazida de xisto não poderia explorá-la para produzir hidrocarbonetos, criando, na prática, o monopólio estatal na exploração energética do xisto oleífero, algo que havia sido afastado pelo referido parecer. O decreto ainda assegura à Petrobrás o direito de explorar a jazida de São Mateus do Sul, no Paraná, pois estabelece que:

Art. 5º Independentemente do direito assegurado à Petrobrás de requerer novas pesquisas em quaisquer outras áreas do País cabe-lhe a exclusividade para a pesquisa e lavra do xisto contido na área definida neste artigo, pelas seguintes coordenadas geográficas:

<i>Longitude Oeste</i>	<i>Sul</i>	<i>Latitude</i>
<i>1º vértice: 50°30'54"</i>	<i>„</i>	<i>24°38'48</i>
<i>2º vértice: 50°22'16"</i>	<i>„</i>	<i>25°46'24</i>
<i>3º vértice: 50°27'07"</i>	<i>„</i>	<i>25°50'24</i>
<i>4º vértice: 50°36'22"</i>	<i>„</i>	<i>25°42'24</i>

Interessante observar que no registro de jazidas do DNPM, tal área não aparece marcada como exploração da Petrobrás. Pode-se conjecturar que não foi realizada a comunicação do Conselho Nacional do Petróleo para o DNPM no momento da promulgação do referido decreto.

Em 1968, com a entrada em vigor do regulamento do novo Código de Mineração, a controvérsia toma novo rumo. O Decreto nº 62935, de 1968, que regulamenta a aplicação do Código de Mineração, estabelece em seu artigo 114 que:

Art. 114. Compete ao D.N.P.M. a execução deste Regulamento, bem como a fiscalização das atividades concernentes à mineração, ao comércio e à industrialização das matérias, primas minerais.

§ 1º A execução e fiscalização referidas neste artigo não abrangem as jazidas da *Classe V*, as quais se incluem na competência do Conselho Nacional do Petróleo (C.N.P.), na forma da legislação específica. (grifo nosso)

As jazidas Classe V consistem em:

Art. 7º Classificam-se as jazidas, para efeito deste Regulamento, em 8 (oito) classes:  
[...]

*Classe V - jazidas de rochas betuminosas e pirobotuminosas; (grifo nosso)*

Com essa norma do Decreto n° 62935, de 1968, as rochas betuminosas são retiradas da normativa do Código de Mineração, estando sujeitas a normas específicas e à regulação do Conselho Nacional de Petróleo, e não ao DNPM.

Após esse decreto de 1968, a atenção legislativa ao xisto se resume a normas técnicas sobre especificação de combustíveis provenientes do xisto e normas sobre a repartição dos royalties oriundos da exploração do xisto entre os entes federativos.

A nova Lei do Petróleo (A Lei 9478 de 1997) trata do xisto apenas superficialmente, quando estabelece a área de atuação da Petrobras:

Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte *de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas*, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei. (grifos do autor)

Aparentemente, *o xisto foi esquecido pelo legislador brasileiro na lei de 1997*. Tal fato pode ser entendido se for levado em consideração que, em 1953, ainda não havia descobertas significativas de petróleo convencional no país. Naquele momento, o xisto apresentava-se como alternativa viável para a exploração em larga escala, na falta do petróleo de exploração mais simples. Em 1997, esse quadro foi invertido, e a atenção do legislador ao xisto foi mínima.

A ausência de menção ao xisto, ou ainda a outras modalidades de gás não convencional, também é identificada por Bisaggio, Estevão e Confort:

As Leis 9.478, de 06 de agosto de 1997, conhecida como “Lei do Petróleo”, e a Lei 11.909, de 04 de março de 2009, também denominada “Lei do Gás” não possuam referências diretas ao termo “gás não-convencional” para a maioria das fontes do produto. No entanto, poder-se-ia enquadrá-lo na definição de gás natural (Inciso II do Art. 6° da Lei 9.478/97 e Inciso XIV do Art. 2° da Lei 11.909/09), levando-se em consideração a definição de reservatório, insculpida no Inciso X do Art. 6° da Lei do Petróleo.<sup>301</sup>

A ausência de regulação pela nova Lei do Petróleo não significa que as normas infralegais também tenham permanecido silentes sobre as atividades econômicas envolvendo o xisto. Apesar da exploração do xisto ser considerada lavra mineral, a ANP regula essa atividade

---

<sup>301</sup> BISAGGIO, Helio da Cunha, ESTEVÃO, Luciana Rocha de Moura Estevão e CONFORT, Mário Jorge Figueira. *Gás Não-Convencional*. Ensaio Técnico, Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Boletim do Gás. Fevereiro 2010 \_ Número 14. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=22287](http://www.anp.gov.br/?dw=22287). Acesso em: 5 agost.2012.

no momento em que há processamento do material minerado, como, por exemplo, nos seguintes instrumentos normativos:

RESOLUÇÃO ANP Nº 16, DE 10.6.2010 - DOU 11.6.2010

Art. 31. As atividades relacionadas à industrialização e ou processamento do *óleo de xisto* e seus derivados são reguladas por esta Resolução, independentemente de seus produtos serem especificados ou não. (grifo nosso)

Essa resolução da ANP, no entanto, não menciona a pesquisa e da lavra de jazidas de xisto. Todavia, como o Decreto nº 62935, de 1968, que regulamenta a aplicação do Código de Mineração ainda está em vigor e estabelece que a competência normativa para as rochas betuminosas é do Conselho Nacional do Petróleo, cabe ao seu sucessor, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, a regulação dessa atividade.

Em entrevista para o autor, Ricardo Eudes Ribeiro Parahyba, Coordenador de Ordenamento da Extração Mineral da Diretoria de Fiscalização da Atividade Minerária do Departamento Nacional de Produção Mineral, afirma que o próprio Regulamento do Código de Mineração, no que se refere ao CNP, estabelece que ao órgão compete fiscalizar, mas não a outorga de autorizações de exploração de xisto. Fazendo analogia com o caso do carvão, que também estava sob a competência fiscalizatória do CNP, havia até a extinção do CNP em 1990, uma relação DNPM/CNP que envolvia a outorga de licença de exploração por parte do DNPM e fiscalização por parte do CNP. Posteriormente à extinção do CNP, os órgãos sucessores do CNP não mais envolveram efetivamente com carvão.

O mencionado Decreto 56.980/65, art.5º estabelecia que cabia a Petrobras a exclusividade para a pesquisa e lavra do xisto contido em área definida. A Petrobras teria que ter se habilitado à pesquisa e a lavra, o que não o fez, de acordo com os registros do DNPM.

Ricardo Parahyba defende a existência de parceria entre a ANP e o DNPM na condução do processo de outorga, pois há grandes dificuldades técnicas de dois órgãos controlarem as mesmas áreas, tendo que instituir bancos de dados que se comuniquem. Deve-se ainda lembrar que pode-se requerer uma área exploratória para rochas betuminosas e pirobetuminosas e ela se mostrar viável economicamente apenas para a porção não oleígena.

No caso da exploração de gás de xisto, a solução parece ser mais simples. A lei 11909, a chamada “Lei do Gás”, usa a mesma definição de gás da lei do petróleo, sendo possível enquadrar o gás proveniente do xisto da mesma maneira.

Art. 2º Ficam estabelecidas as seguintes definições para os fins desta Lei e de sua regulamentação:

XIV - Gás Natural ou Gás: todo hidrocarboneto que permaneça em estado gasoso nas condições atmosféricas normais, extraído diretamente a partir de reservatórios petrolíferos ou gaseíferos, cuja composição poderá conter gases úmidos, secos e residuais;

Bisaggio, Estevão e Confort concordam com a possibilidade de enquadramento do gás de xisto dentro da lei do gás, afirmando:

Tendo em vista que o gás natural se caracteriza como um hidrocarboneto gasoso extraído de reservatórios e que um reservatório é um configuração geológica capaz de armazenar gás, pode-se depreender que, à exceção do gás de hidrato de metano, o produto obtido de todas as demais fontes não-convencionais poderia ser enquadrado simplesmente como “gás natural” conforme as supracitadas Leis.<sup>302</sup>

A ANP também foi local escolhido para pesquisa empírica, e foi concedida entrevista ao autor com pessoal relacionado à exploração de gás, controle de qualidade e distribuição. Sobre a competência regulatória sobre a atividade do xisto, os representantes da ANP reconheceram a existência de uma “área cinzenta” em relação a esse tema.

Até o presente momento, o xisto betuminoso estaria fora da alçada na ANP, na opinião dos funcionários desse órgão presentes na reunião. Entretanto, foi consenso que, se a exploração do xisto envolver processos mais próximos da exploração de gás natural, como, por exemplo, o procedimento americano fraturamento hidráulico, caberia à ANP a regulação dessa atividade.

Sobre essa possibilidade, Bisaggio, Estevão e Confort concluem:

Assim sendo, conclui-se que a ANP possui competência para regular as atividades envolvidas na extração e movimentação de praticamente todas as categorias de gás não-convencional apresentadas. Entretanto, face ao exposto, restariam dúvidas quanto à competência da Agência para regular as atividades relacionadas com a produção e movimentação de gás proveniente de hidratos, tendo em vista as definições para “reservatório” constantes na Lei do Petróleo e na Lei do Gás.<sup>303</sup>

Questionados sobre a possibilidade, então, de licitação de blocos de exploração de gás de xisto por meio de fraturamento hidráulico, os participantes reconheceram que tal medida seria necessária se houvesse interesse empresarial na atividade, o que até então não havia ocorrido.

---

<sup>302</sup> BISAGGIO, Helio da Cunha, ESTEVÃO, Luciana Rocha de Moura Estevão e CONFORT, Mário Jorge Figueira. *Gás Não-Convencional*. Ensaio Técnico, Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Boletim do Gás. Fevereiro 2010 \_ Número 14. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=22287](http://www.anp.gov.br/?dw=22287). Acesso em: 5 agost.2012.

<sup>303</sup> Ibid.

## CONCLUSÃO

O Direito Internacional dos Investimentos é um campo vasto, com décadas de decisões e mais de 2500 tratados versando sobre a matéria. Apesar de o Brasil não se inserir no regime internacional de proteção aos investimentos internacionais, o estudo da disciplina é importante, pois nossos parceiros, investidores e Estados hospedeiros de nossos investimentos provavelmente integram o sistema ou têm suas concepções influenciadas pelo Direito Internacional dos Investimentos. Ou seja, as negociações internacionais mantidas pelo Brasil no campo dos investimentos giram em torno dos princípios estabelecidos pelo Direito Internacional dos Investimentos, que possa não ser vincular juridicamente o Brasil, mas informam as decisões e as posições de nossos parceiros comerciais.

A discussão sobre investimentos internacionais também envolve a questão sobre se é vantajoso ou não participar do regime internacional de proteção dos investimentos. O Brasil não participa desse sistema, mas recebe enormes volumes de investimento produtivo estrangeiro, mesmo em períodos de crise internacional. Se o Direito Internacional dos Investimentos tem como premissa criar maior estabilidade ao investimento e diminuir os riscos políticos ao investidor, como explicar esses investimentos direcionados ao Brasil?

A participação no regime internacional de proteção de investimentos não confere necessariamente a estabilidade e previsibilidade pretendida na criação desse sistema. Há países que são parte da Convenção de Washington e de APPIs e simplesmente não cumprem as disposições dos tratados. Há laudos de arbitragem de investimento que não são cumpridos, não por divergências jurídicas, mas por pura recusa a seu pagamento.

O que vale mais para o investidor estrangeiro, a participação no regime internacional dos investimentos ou o cumprimento das “regras do jogo”, o respeito efetivo ao investidor? O influxo de investimentos produtivos ao Brasil parece indicar a resposta de que o *fair play* é mais importante. Contudo, investimentos no Brasil podem ser recusados, por exemplo, por fundos de pensão ou por fundos soberanos que possuam regras estatutárias que proíbam investimentos em países que não integram o regime internacional de proteção ao investidor. Esses investidores geralmente preferem investimentos de longo prazo, como obras de infraestrutura, que o Brasil tanto precisa.

A arbitragem de investimentos, que coloca o investidor e o Estado receptor em pé de igualdade, causa fortes reservas no Executivo e no Legislativo no Brasil. Mas um mecanismo alternativo, de prevenção de controvérsias, em que haja um diálogo constante e franco entre o

Governo e o investidor pode ser uma solução de compromisso que o Brasil esteja preparado a aceitar.

A recusa brasileira de participar no regime internacional de proteção dos investimentos deve ser encarada não como isolacionismo, mas como uma avaliação da ineficiência desse sistema, que não cumpre seu objetivo principal de proteção ao investidor. O problema central do Direito Internacional, o da eficácia das decisões internacionais, não é eliminado com a arbitragem investidor-Estado. O Estado receptor do investimento deve cumprir o laudo arbitral em seu território, e pode se recusar a fazê-lo.

A nova configuração do poder econômico internacional, em que o Brasil possui posição de destaque, cria desafios para a Academia e o Governo no Brasil. Mudanças nos currículos das faculdades de Direito são necessárias, para incluir disciplinas que tratem da natureza transnacional do capitalismo brasileiro. O ensino do Direito deve se adaptar à nova realidade econômica nacional, em que as atividades produtivas estão cada vez mais influenciadas pelo mercado internacional e pela realidade de nossos parceiros. O Brasil precisa acostumar-se com a ideia de que é uma potência, e isso envolve mudanças de perspectiva no Governo e na Academia, para essas instituições se adequarem a essa nova realidade.

O Ministério das Relações Exteriores pode desempenhar papel importante de transformação do ensino jurídico no Brasil, oferecendo bolsas de estudo de graduação e pós-graduação para temas que sejam de interesse do Itamaraty, como, por exemplo, a internacionalização de empresas brasileiras ou a situação jurídica de investimentos em um dado país importante investimentos brasileiros.

A regulação das relações econômicas internacionais, principalmente o Direito dos Investimentos Estrangeiros, deve ser estudada em maior profundidade pelo setor privado e pelo Governo. A nova realidade brasileira, em que o país passou a ser um exportador de capital, exige que o Brasil formule conceitos próprios sobre o Direito Internacional dos Investimentos, para criação de posição própria em relação ao tratamento e à proteção dos nossos investimentos no exterior. A Academia nacional é uma ferramenta essencial para a criação desses conceitos brasileiros do Direito Internacional dos Investimentos, pois as concepções da doutrina estrangeira não necessariamente correspondem aos interesses e à realidade nacionais.

O Direito Energético necessita de especial atenção, pois os investimentos brasileiros de maior monta giram em torno desse setor, que possui intrincadas particularidades e que suscita fortes reações emocionais. Não é à toa que o setor energético impulsiona as empresas brasileiras ao exterior, na medida em que a exploração energética alimenta toda a economia moderna. A importância da energia não pode ser superestimada, e a busca por fontes alternativas de

fornecimento energético é uma necessidade constante. Enquanto as reservas de petróleo mostram-se de exploração cada vez mais cara e complexa, fontes não convencionais ganham importância, como o xisto.

As mudanças tectônicas na geopolítica internacional, derivadas da exploração em larga escala do xisto, não podem ser ignoradas. Se os EUA continuarem no ritmo de crescimento atual de exploração de xisto, o país pode aproximar-se da autonomia energética. O impacto que esse fato teria na economia internacional seria enorme, podendo, inclusive, prejudicar a exploração brasileira de petróleo, com a queda internacional do preço do petróleo.

O Brasil, possuidor de uma das maiores reservas de xisto do mundo, está em posição privilegiada para dar o norte da exploração mundial desse recurso. O país conta com tecnologia própria e décadas de experiência na produção de óleo de xisto. Apesar desse desenvolvimento tecnológico autóctone, o Brasil não pode ficar atrás de novas tecnologias desenvolvidas em outros países. Devemos trazer novas técnicas de exploração, como as de fraturamento hidráulico e pirólise *in situ*, e averiguar se seus usos são possíveis nas reservas nacionais de xisto.

A exploração energética de xisto no Brasil ainda não possui a segurança jurídica necessária para atrair volume significativo de investimento estrangeiro ou ainda nacional. O exemplo estadunidense e a velocidade de crescimento da utilização de xisto nos EUA oferecem indicativo que o potencial econômico do xisto não deva ser ignorado.

O legislador brasileiro provavelmente esqueceu-se do xisto com as descobertas de petróleo no Brasil durante a década de 1970. A nova Lei do Petróleo parece comprovar essa afirmativa, além do testemunho dos servidores federais de órgãos reguladores, como a ANP e o DNPM, que informam a inexistência de regras claras para a exploração desse recurso.

A estabilidade e previsibilidade normativa é um dos elementos mais importantes de qualquer investimento de longo prazo, seja ele internacional ou nacional. A exploração energética, especialmente no campo de exploração não convencional, necessita de longo prazo de maturação, pois há enormes desafios logísticos e tecnológicos a serem superados. Para viabilizar a exploração de xisto no Brasil, deve-se criar ambiente favorável a esse tipo de investimento, com a elaboração de normas específicas, ou, ao menos, a divisão clara de competência regulatória para a atividade.

A exploração de óleo de xisto oferece as maiores dificuldades ao potencial investidor, que terá problemas na obtenção de licenças para exploração do recurso e insegurança sobre qual é o ente regulador da atividade, conforme foi apresentado nesta dissertação. O caso do gás de



xisto apresenta solução mais fácil, pois a atual Lei do Gás já abarca a exploração de gás proveniente de fontes não convencionais.

O desafio de estudar o Direito Internacional dos Investimentos mostrou-se enorme, e as constantes releituras do trabalho serviram para indicar as lacunas que poderiam, ou deveriam ter sido exploradas. Este trabalho teve a intenção de oferecer ao leitor uma introdução ao tema do Direito Internacional dos Investimentos, explorando um caso específico do investimento em xisto energético no Brasil.

## REFERÊNCIAS

AAKEN, A., *Fragmentation Of International Law: The Case Of International Investment Protection*, Finnish Yearbook of International Law, 2008, U. of St. Gallen Law & Economics Working Paper No. 2008-1.

ANDREWS, Anthony. *Oil Shale: History, Incentives, and Policy*. Congressional Research Service, The Library of Congress. Disponível em: <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/RL33359.pdf>. Acesso em: 4 agost.2012.

\_\_\_\_\_. *Unconventional Gas Shales: Development, Technology, and Policy Issues*. Congressional Research Service. Disponível em <http://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40894.pdf>. Acesso em: 3

ALVES, Clarissa Maria Beatriz Brandão de Carvalho; MARINHO, Carlos Augusto Menezes; VASSALLO, João Guilherme da Hora. *Lex Petrolea: O Direito Internacional Privado na Indústria do Petróleo*. Paper apresentado no 4º PDPetro, Campinas, SP, 21-24 de Outubro de 2007. Disponível em: [http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO\\_8\\_2\\_0143-3.pdf](http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/4/resumos/4PDPETRO_8_2_0143-3.pdf).

AZEVEDO, Déborah Bithiah. *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Biblioteca Digital da Câmara de Deputados, Estudo Maio 2001.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado*. Teoria e prática Brasileira. 4.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ASEEVA, Anna. *EU-Russia Energy Relations : the Role of International Law from Energy Investment and Transit Perspective*; Institut Europeen de l' Université de Genève Collection Euryopa. Vol..65-2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10. ed., ampl., atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

AZEREDO, José Raphael Lopes Mendes. *O Investimento Brasileiro na Argentina no Século 21 – Desafios para a Atuação Diplomática Brasileira*. Brasília, FUNAG, Tese de CAE, 2009.

AZEVEDO, Sérgio Barreiros de Santana. *As negociações internacionais sobre investimentos e a preservação de espaço para a implementação de políticas de desenvolvimento: uma avaliação das posições brasileiras*. Brasília: IRBr, 2007. CAE, tese.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos Internacionais no Direito Comparado e Brasileiro*. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 1998.

BARBOSA, Denis Borges. *Direito de Acesso do capital estrangeiro* Rio de Janeiro Lumen Juris.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. ANP. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/>>. Acesso em: 23 out.2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados.. Parecer do Relator, Deputado José Dirceu, sobre o Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, Processo Legislativo 396, 13 de abril de 2000.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. *Termo de Referência: Internacionalização de Empresas Brasileiras*. (2009) Disponível em: [http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl\\_1260377495.pdf](http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1260377495.pdf) . Acesso em: 7 agost.2012

BRASIL. Ministério da Fazenda. Banco Central do Brasil.. RDE-IED *Manual do Declarante*. Disponível em:<http://www.bcb.gov.br/?RDEIED>. Acesso em: 2 nov.2010.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Cooperação, Cultura e Promoção Comercial, Departamento de Promoção Comercial e Investimentos. Apresentação no Instituto Rio Branco, 7/08/2012.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Subsecretaria-Geral de Cooperação, Cultura e Promoção Comercial, Departamento de Promoção Comercial e Investimentos. Informação Interna.

BRASIL. Parecer CGR N° Z-443, de 09 de julho de 1958

BRASIL. Parecer CGR N° H-247, de 31 de agosto de 1965

BRASIL. (SP). *Nota Técnica, 003/2009 - Desafios do Pré-Sal*. Diretoria de Gestão Estratégica – DGE, Centro de Tecnologias Ambientais e Energéticas – CETAE Fevereiro – 2009. Disponível em:<<http://www.energia.sp.gov.br/a2sitebox/arquivos/documentos/214.pdf>> . Acesso em: 3 agost.2012.

BRASIL. Tratado de Amizade, de Comércio e de Navegação, firmado em Paris a 5 de Novembro de 1895, entre os Estados Unidos do Brasil e o Império do Japão, promulgado pelo Decreto n° 2495 de 14 de abril de 1897

BRASIL ECONÔMICO, *Edição de Terça-feira*, 26 de outubro, 2010.

BENEVIDES, Neil Giovanni Paiva. *Relações Brasil-Estados Unidos no setor de energia: do mecanismo de consultas sobre cooperação energética do memorando de entendimento sobre biocombustíveis (2003-2007) / Neil Giovanni Paiva Benevides*. – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

BERING, J. / T. BRAUN, R./ LORZ A. / SCHILL S. /. TAMS J. / TIETJE C *General Public International Law and International Investment Law – A Research Sketch on Selected Issues* Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht ILA German Branch / Working Group Heft 105 March 2011.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. *Pensamento Econômico Brasileiro 1930-1964: o Ciclo Ideológico do Desenvolvimento*. Editora Contraponto, 2000.

BISAGGIO, Helio da Cunha, ESTEVÃO, Luciana Rocha de Moura Estevão e CONFORT, Mário Jorge Figueira. *Gás Não-Convencional..* Ensaio Técnico, Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural, Boletim do Gás. Fevereiro 2010 \_ Número 14. Disponível em: [www.anp.gov.br/?dw=22287](http://www.anp.gov.br/?dw=22287). Acesso em: 5 agost.2012.

BBC BRASIL. *'Novo petróleo' promete mudar mapa geopolítico da energia*. Matéria de 2 de maio de 2012. Disponível em: [http://www.bbc.co.uk/portuguese/celular/noticias/2012/05/120501\\_petroleo\\_geopolitica\\_rc.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/celular/noticias/2012/05/120501_petroleo_geopolitica_rc.shtml) >. Acesso em: 3 agost.2012.

CAMERON, Peter. *International Energy Investment Law: The Pursuit of Stability*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_ *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil & Gas Investors*. Association of International Petroleum Negotiators (AIPN) FINAL REPORT 5 de Julho de 2006. Disponível em: [http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc\\_log/2006-07-05\\_aipn\\_stabilization-cameron\\_final.pdf](http://lba.legis.state.ak.us/sga/doc_log/2006-07-05_aipn_stabilization-cameron_final.pdf) Acesso em: 31 julh.2012.

CARCIOFI, Ricardo, coord., *Informe MERCOSUR número 14 : segundo semestre 2008 -primer semestre 2009* Editora BID-INTAL p.86.

CASELLA, Paulo Borba et al (orgs.). *Direito Internacional, humanismo e globalidade: Guido Fernando Soares Amicorum Discipulorum Liber*. São Paulo: Atlas, 2008. In: CEDEPEN. *Uma Nova Forma de entreguismo: A Solução Vargas para o Petróleo*. Centro de Estudos e Defesa do Petróleo e da Economia Nacional, 1952.

CRANE, Keith et al. *Imported Oil and U.S. National Security*. INFRASTRUCTURE, SAFETY, AND ENVIRONMENT and NATIONAL SECURITY RESEARCH DIVISION. Disponível em: [http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND\\_MG838.pdf](http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monographs/2009/RAND_MG838.pdf). >Acesso em: 2 agost.2012.

CRETOIU, S.; BARAKAT, L.; XIMENES, M.; ALVIM, F; NEVES; Isabelle. *Ranking das Transnacionais Brasileiras 2011: Crescimento e Gestão Sustentável no exterior*. Fundação Dom Cabral, Junho, 2011, Disponível em: [http://www.fdc.org.br/pt/publicacoes/Paginas/relatoriodepesquisa.aspx?COD\\_ACERVO=23312](http://www.fdc.org.br/pt/publicacoes/Paginas/relatoriodepesquisa.aspx?COD_ACERVO=23312)>. Acesso em: 7 agost.2012.

CERVO, Amado Luiz & BUENO, Clodoaldo. *História da Política Exterior do Brasil*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais/Editora da Universidade de Brasília, 2008.

CHANG, Ha-Joon. *Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica* São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. *Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil)*, Judgment No. 15 of July 12, 1929, 1929 P.C.I.J. (Ser. A) No. 20/21, pp. 93, 101.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Direito Internacional do Investimento Estrangeiro* Juruá Editora Curitiba 2010

COSTA, Larissa. *Arbitragem Internacional e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Lawbook, 2007.

COSTA, José Augusto Fontoura. *Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul uma ferramenta para a implementação de um bom clima de investimentos?*. Rev. bras. polít. int. [online]. 2006, v.49, n.2.

DA GAMA E SOUZA Jr., Lauro; DE ARAÚJO, Nádia. Os Acordos Bilaterais de Investimento com Participação do Brasil e o Direito Interno: Análise das Questões Jurídicas. In: MERCADANTE, Aramita de Azevedo; CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo : LTr, 1998.

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick e PILLET, Alain. *Direito Internacional Público*.(4a. Ed.): Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, ESA. Tradução Edição da Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1999.

DINH, Nguyen Quoc et. al. *Direito Internacional Público*. FCG, 1999.

DOLINGER, Jacob - *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*, 2.ed., Renovar, 1993.

DOLZER, Rudolf. *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties* The International Lawyer (2005), v. 39 , issue 1.

Disponível em:  
<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/intlyr39&div=12&id=&page>. Acesso em: 12 julh./2012.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law (Foundations of Public International Law)*. Oxford University Press, 2008.

DRAGO, Luis M. *State Loans in their Relation to International Policy*, AM. J. INT'L L. 692-726 (1907).

DYNI, J.R. 2006 *Geology and resources of some world oil-shale deposits: U.S. Geological Survey Scientific Investigations Report 2005-5294*. Disponível em: [http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294\\_508.pdf](http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294_508.pdf). Acesso em: 17maio2012.

ESTADO DE SÃO PAULO. *Brasil e Argentina reafirmam integração produtiva em setores estratégicos*. Publicado em 09 de setembro de 2010. Disponível em:

<http://topicos.estadao.com.br/fotos-sobre-jbs-mercosul/brasil-e-argentina-reafirmam-integracao-produtiva-em-setores-estrategicos,641c9267-a3b0-466c-8254-f1b3e17c65b4>>. Acesso em: 3 nov.2010.

\_\_\_\_\_. *Fábrica da Marcopolo na Índia começa a dar lucro*. Publicado em 18/11/2009. Disponível em: [http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091118/not\\_imp468080,0.php](http://www.estadao.com.br/estadaodehoje/20091118/not_imp468080,0.php). Acesso em: 2 nov.2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, U.S. Department of the Interior U.S. Geological Survey. *Geology and Resources of Some World Oil-Shale Deposits - Scientific Investigations Report 2005-5294*. Disponível em: [http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294\\_508.pdf](http://pubs.usgs.gov/sir/2005/5294/pdf/sir5294_508.pdf)>. Acesso em: 4 agost. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Environmental Protection Agency (EPA) EPA 816-R-04-00*. Disponível em: [http://waterwebster.org/documents/epa\\_evaluation\\_june2004.pdf](http://waterwebster.org/documents/epa_evaluation_june2004.pdf)>. Acesso em: 4 agost.2012. P. 3

FAKHRI, Michael. *Law as the Interplay of Ideas, Institutions, and Interests: Using Polyani (and Foucault) to ask TWAIL Questions*. *International Community Law Review* 10 (2008). Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1336645](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1336645). Acesso em: 9 agost.2012. Pp. 456-457.

FINON, D. 'From Energy Security to Environmental Protection: Understanding Swings in the Energy Policy Pendulum', *Energy Studies Review*. Vol. 6, No. 1, 1994.

FONSECA, K. C. *Investimentos estrangeiros: regulamentação internacional e acordos bilaterais*. Curitiba: Juruá, 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Natura amplia logística e produção para crescer no Brasil e AL*. Publicado em 27/10/2010,. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/821124-natura-amplia-logistica-e-producao-para-crescer-nobrasil-e-al.shtml> >. Acesso em: 2 nov.2010.

FOREIGN INVESTMENT IN BRAZIL, Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados. Disponível em: <[http://www.prac.org/newsletters/Foreign\\_Investment\\_In\\_Brazil.pdf](http://www.prac.org/newsletters/Foreign_Investment_In_Brazil.pdf) >. Acesso em: 10 nov.2010.

\_\_\_\_\_. Disponível em: [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CAN\\_Argentina\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/CAN_Argentina_e.asp)>. Acesso em: 5 julh.2012.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[http://www.encharter.org/fileadmin/user\\_upload/document/EN.pdf](http://www.encharter.org/fileadmin/user_upload/document/EN.pdf)>. Acesso em: 5 julh.2012.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>> . Acesso em: 5 julh.2012.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Committee-on-Foreign-Investment-in-US.aspx>>. Acesso em: 11 março/2012.

\_\_\_\_\_.Disponível em: <<http://www.treasury.gov/resource-center/international/Pages/Committee-on-Foreign-Investment-in-US.aspx> >.Acesso em: 11 março.2012.

\_\_\_\_\_.Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/minisite/refinarias/petrosix/portugues/processo/index.asp>>. Acesso em: 23 out.2011.

FURTADO, Celso. *Formação Econômica do Brasil*.. São Paulo: Editora Nacional, 1987.

GILABERTE, Katia Godinho. *Acordos sobre promoção e proteção de investimentos : evolução da política brasileira e perspectivas*. Brasília : IRBr,1995. CAE, tese.

HEAD, John W. *Global Business Law – Principles and Practice of International Commerce and Investment*, Durham, Carolina Academic Press.

HERSHEY, Amos S. *The Calvo and Drago Doctrines*. In: American Journal of International Law. Vol. 1, 1907.

HIPPOLYTE, Antonius R. Hippolyte, Antonius Rickson. *Third World Perspectives on International Economic Governance: A Theoretical Elucidation of the ‘Regime Bias’ Model in Investor-State Arbitration and its Negative Impact on the Economies of Third World States* (2012). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2080958> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2080958>. Acesso em: 9 agost.2012. P. 4.

IIA MONITOR No. 3 International Investment Agreements. *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BITs)* UNITED NATIONS New York and Geneva, 2006.

INTERNATIONAL ENERGY AGENCY. *Golden Rules for a Golden Age of Gas*. World Energy Outlook, Special Report on Unconventional Gas, OECD/IEA, 2012, Disponível em: [http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012\\_GoldenRulesReport.pdf](http://www.worldenergyoutlook.org/media/weowebiste/2012/goldenrules/WEO2012_GoldenRulesReport.pdf) Acesso em: 2 agost.2012; P. 18.

JAMES, Robert. A. e MAUEL, John. *An Integrated Approach To International Energy Investment Protection*. Disponível em: <http://www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/06A1DB2AA7B771D7BE35C38E152BA57F.pdf>. Acesso em: 31 julh./2012.

JUILLARD, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*. Hague Academy of International Law.

KAHN, Philippe . *Les investissements internationaux, nouvelles donnees : un droit transnational de l'investissement*. Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law. Eds. Philippe Kahn and Thomas W. Walde Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp.33-34.

KRASNER, Stephen D. 1982. *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables*. International Organization 36/2 (Spring). Reprinted in Stephen D. Krasner, ed., International Regimes, Ithaca, NY: Cornell University Press, 1983.

KRAJEWSKI, Markus. *The Impact of International Investment Agreements on Energy Regulation*. EUROPEAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1855639>. Acesso em: 31 junh./2012.

KEPPLER, Jan Horst e SHÜLKE, Christian. *Investing in the Energy Sector: An Issue of Governance*. Note de l'Ifri, Gouvernance européenne et géopolitique de l'énergie, February 2009. Disponível em: [http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green\\_Economy/IFRI\\_Investing\\_in\\_Energy\\_KepplerFeb2009.pdf](http://www.sefalliance.org/fileadmin/media/sefalliance/docs/Resources/Green_Economy/IFRI_Investing_in_Energy_KepplerFeb2009.pdf). Acesso em: 31 julh.2012.

KOTERA Akira. *What is the "Spaghetti Bowl Phenomenon" of FTAs?* Disponível em: [http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01\\_0193.html](http://www.rieti.go.jp/en/columns/a01_0193.html) .Acesso em: 13 julh.2012.

KRONKE, Herbert. *Most Significant Relationship, Governmental Interests, Cultural Identity, Integration: "Rules" at Will and the Case for Principles of Conflict of Laws*. Uniform Law Review 2004-3.

LICHTBLAU, J. 'Oil Imports and National Security: Is There Still a Connection?', *The Energy Journal* (Vol 15, Special Issue, 1994).

MAGALHÃES, José Carlos. *Direito Econômico Internacional*. Curitiba, Juruá Editores, 2005.

MANIRUZZAMAN, Abul F.M. *The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?* American University International Law Review 14, no. 3, 1999.

MANIRUZZIMAN, A.F.M. *The pursuit of stability in international energy investment contracts: A critical appraisal of the emerging trends*. Journal of World Energy Law & Business, 2008, v. 1, No. 2 . 19.

MAJLUF, Luis Abugattas. *Swimming in the Spaghetti Bowl: Challenges for Developing Countries Under the ' New Regionalism'*. United Nations Conference on Trade and development Policy issues in International Trade and Commodities Study Series. No. 27. Disponível em: [www.unctad.org/en/docs/itcdtab28\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/itcdtab28_en.pdf) .> Acesso em: 16 julh.2012.

MASTERS JA. *Deep Basin Gas Trap, Western Canada*. AAPG Bulletin (1979) 63, No. 2: 152. Apud. National Petroleum Council. Topic Paper # 29 Unconventional Gás. Working Document of the NPC Global Oil & Gas Study, Julho de 2007. Disponível em: [http://www.npc.org/study\\_topic\\_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf](http://www.npc.org/study_topic_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf).> Acesso em: 3 agost.2012.

MAREGA, Flavio. *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*. Brasília : IRBr, 2005. CAE, tese.

MEIERTÖNS, Heiko. *The Doctrines of US Security Policy - An Evaluation under International Law*, Cambridge University Press, 2010.



MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. *Direito Internacional Público*. 15.ed., Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2004 v.1.

MENEZES, Wagner. *Derecho internacional en América Latina*, Brasília : FUNAG, 2010.

MIRANDA, Maria Augusta Tibiriçá. *O Petróleo É Nosso: a luta contra o 'entreguismo', pelo monopólio estatal.*, Petrópolis: Editora Vozes, 1983.

MITCHELL, Nancy. *The danger of dreams: German and American imperialism in Latin America*, UNC Press Books, 1999.

MOURA, Gerson. *Autonomia na Dependência: A Política Externa Brasileira de 1935 a 1942*. Rio de Janeiro, Editora Nova Fronteira, 1980.

MUNDO LUSIADA. *Fábrica da Embraer em Portugal focará em jatos executivos*. Publicado em 25/07/2009. Disponível em: [http://www.mundolusiada.com.br/ECONOMIA/econ428\\_ago09.htm](http://www.mundolusiada.com.br/ECONOMIA/econ428_ago09.htm) .Acesso em: 2 nov.2010.

MCLAUGHLIN, J. T. *Arbitration and Developing Countries*. INTERNATIONAL LAWYER (1979), Apud HIPPOLYTE, Antonius R. Hippolyte, Antonius Rickson, *Third World Perspectives on International Economic Governance: A Theoretical Elucidation of the 'Regime Bias' Model in Investor-State Arbitration and its Negative Impact on the Economies of Third World States* (2012). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2080958> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2080958> >. Acesso em: 9 agost./2012. P. 3.

NATIONAL PETROLEUM COUNCIL, Oil Shaler and Hydrates Subgroup of the Technology Task Group of the NPC Committee on Global Oil and Gás. Topic Paper # 27 Oil Shales Disponível em: <[http://www.npc.org/Study Topic Papers/27-TTG-Oil-Shales.pdf](http://www.npc.org/Study%20Topic%20Papers/27-TTG-Oil-Shales.pdf) .> Acesso em: 4 agost./2012.P. 1.

\_\_\_\_\_ *Topic Paper # 29 Unconventional Gás*. Working Document of the NPC Global Oil & Gas Study, Julho de 2007. Disponível em: [http://www.npc.org/study\\_topic\\_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf](http://www.npc.org/study_topic_papers/29-ttg-unconventional-gas.pdf) > . Acesso em: 3 agost.2012.

NEWCOMBE, Andrew Paul. *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*. ICSID Review-Foreign Investment Law Journal, Vol. 20, No. 1, 2005. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=789706> or doi:10.2139/ssrn.703244>. Acesso em: 4 out.2010.

NEWCOMBE, Andrew Paul e PARADELL, Lluís, *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law*. KLUWER LAW INTERNATIONAL, Chapter 1, Historical Development of Investment Treaty Law, 2009. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1375600> .Acesso em: 4 out.2010.

OCDE. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations A Companion Volume to International Investment Perspectives*, OECD Publishing , Publication date: 04 Apr 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (ONU) Assembléia Geral, Comissão de Direito Internacional, , A/CN.4/L.682 13 de Abril de 2006, *Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskenniemi*, p.11

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. (ONU) Corte Internacional de Justiça. *Estatuto*. Disponível em: [http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER\\_II](http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0#CHAPTER_II). Acesso em: 9 julh.2012.

\_\_\_\_\_*Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 2; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1924. Disponível em:<[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30\\_mavrommatis/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/)>. (Acesso em: 1 nov.2010.*

\_\_\_\_\_*Case Concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil), Judgment No. 15 of July 12, 1929, 1929 P.C.I.J. (Ser. A) No. 20/21.*

\_\_\_\_\_*Publications of the Permanent Court of International Justice Series A. No. 6; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1925. Disponível em:<[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25\\_silesia/option\\_ii/1925.08.25\\_silesia.pdf](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1925.08.25_silesia/option_ii/1925.08.25_silesia.pdf)> .Acesso em: 1 nov.2010.*

\_\_\_\_\_*Publications of the Permanent Court of International Justice Series A - No. 17; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1928. Disponível em: ,[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13\\_chorzow1/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1928.09.13_chorzow1/) >.Acesso em: 1 nov.2010.*

\_\_\_\_\_*Permanent Court of International Justice Case concerning the Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France. PCIJ, Ser. A., No. 21, 1929. Publications of the Permanent Court of International Justice Series A – No. 20/21; Collection of Judgments A.W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1929. Disponível em:<[http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12\\_payment2/](http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment2/)> .Acesso em: 22 out.2010.*

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO. GATT, Artigo I, parágrafo 1º. Disponível em: <<http://www2.desenvolvimento.gov.br/arquivo/secex/omc/Acordos/GATT47Port.pdf>.> Acesso em: 13 julh.2012.

OTILLAR, Steven P. e MCQUAID, Kristina A. et al. *Lance Shaner Recent Developments in Brazil's Oil & Gas Industry: Brazil Appears to be Stemming the Tide of Resource Nationalism*. Disponível em: <[http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/ed378d6c-27eb-4154-89e4-8dc7b3326a61/Presentation/PublicationAttachment/47b32c21-56df-4849-8ef5-9b93e5776865/ar\\_brazil\\_recentdevelopmentsoilgasindustry\\_apr08.pdf](http://www.bakermckenzie.com/files/Publication/ed378d6c-27eb-4154-89e4-8dc7b3326a61/Presentation/PublicationAttachment/47b32c21-56df-4849-8ef5-9b93e5776865/ar_brazil_recentdevelopmentsoilgasindustry_apr08.pdf) >. Acesso em: 2 nov.2010.

PIMENTEL, Fernando. *O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial : perspectivas e desafios para a atuação diplomática brasileira*. Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2011.

PRADO Jr., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. São Paulo, Editora. Brasiliense, 23.ed. 1994.

QUAGLINO, Maria Ana; *A questão do petróleo no Brasil: uma história da PETROBRAS*. Rio de Janeiro: CPDOC: PETROBRAS, 1993.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As empresas transnacionais e os novos paradigmas do comércio internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado;

PEREIRA, Antônio Celso Alves (Coord). *Estudos em Homenagem ao Prof. Celso R. D. de A. Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. *Sovereignty over Natural Resources Investment Law and Expropriation: The case of Bolivia and Brazil*. *Journal of World Energy Law & Business*, 2009, v. 2, No. 2.

\_\_\_\_\_. *Direito do Petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TOPIK, Steven. *Comércio e canhoneiras: Brasil e Estados Unidos na Era dos Impérios (1889-97)*, Companhia das Letras, 2009.

PAULWELYN, Joost Editor. *Global Challenges at the Intersection of Trade, Energy and the Environment*. Centre for Trade and Economic Integration Graduate Institute of International and Development Studies, 2010, p. 3. Disponível em: <<http://www.cepr.org/press/CTEI-CEPR.pdf>> .Acesso em: 31 julh./2012.

PEREIRA, Celso de Tarso. *O Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI - ICSID)*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 35 n. 140 out./dez. 1998, p. 88.

PERRONE-MOISÉS, Claudia. *Direito ao Desenvolvimento e Investimentos Estrangeiros*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PINHEIRO, Armando Castelar *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Disponível em: [https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando\\_Castelar\\_Pinheiro.pdf](https://www.febraban.org.br/Arquivo/Destaques/Armando_Castelar_Pinheiro.pdf) >. Acesso em: 13 agost.2012.

REUTERS. *Obama says to suspend trade benefits for Argentina*. Reportagem de 26 de Março de 2012. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/2012/03/26/us-usa-argentina-trade-idUSBRE82P0QX20120326>>. Acesso em: 9 agost.2012.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e o Petróleo*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1360/1148>>. Acesso em: 31 julh.2012.

RIEDERS, TRAVIS, HUMPHREY, HARRIS, WATERSs & WAFFENSCHIDT. *Marcellus Shale A Blessing or a Curse?* Disponível em: <http://www.riederstravis.com/Practice-Areas/Marcellus-Shale-Gas-Rights/>>. Acesso em: 3 agost.2012.

PROTOCOLO SOBRE PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DE INVESTIMENTOS PROVENIENTES DE ESTADOS NÃO-MEMBROS DO MERCOSUL. Disponível em:

<[http://www.bcb.gov.br/rex/sgt4/Ftp/CD%20Fluxograma/Decis%C3%B5es%20Mercosul/MC\\_DEC\\_1994-011\\_PT\\_Prot-Promo-Prot-Investimentos.pdf](http://www.bcb.gov.br/rex/sgt4/Ftp/CD%20Fluxograma/Decis%C3%B5es%20Mercosul/MC_DEC_1994-011_PT_Prot-Promo-Prot-Investimentos.pdf)>. Acesso em: 2 nov,2010.

SANTOS, Marilin Mariano dos; MATAI, Patricia Helena Lara dos Santos. *A importância da industrialização do xisto brasileiro frente ao cenário energético mundial*. Rem: Rev. Esc. Minas, Ouro Preto, v. 63, n. 4, Dec. 2010 . Disponível em:<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0370-44672010000400012&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0370-44672010000400012&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 29 julh. 2011.

SACCO, Rodolfo. *La Comparaison Juridique au Service de La Connaissance du Droit*. Collection Études Juridiques Comparatives. Dirigé par André Tunc, Ed. Economica 1991, p.5.

SALACUSE, Jeswald e SULLIVAN, Nicholas P. *Do BITs Really Work?: An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain*. 46 Harvard International Law Journal 67 Winter, 2005.

SCHILL, Stephan W. *Enabling Private or Dering- Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties IILJ Working Paper 2008/9 (2008)*. Disponível em: <http://www.iilj.org/publications/documents/2008-9.Schill.pdf> Acesso em: 4 out.2010.

\_\_\_\_\_. *From Sources to Discourse: Investment Treaty Jurisprudence as the New Custom?* P. 4. Disponível em: <[http://www.biicl.org/files/5630\\_stephan\\_schill.pdf](http://www.biicl.org/files/5630_stephan_schill.pdf)>. Acesso em: 8 julh.2012.

SCOTT, George Winfield. *Hague Convention Restricting the Use of Force to Recover on Contract Claims* The American Journal of International Law Vol. 2, No. 1 (Jan., 1908), pp. 78-94. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2186560>> .Acesso em: 24 out. 2010.

SCHWEBEL, Suffolk. *The Overwhelming Merits of Bilateral Investment Treaties* Transnational Law Review 32 (2009), 263

STIPP, Nilza A. *Freres. Folhelhos oleígenos: notas sobre as ocorrências, implantação da usina industrial e alternativas de utilização no estado do Paraná*. Universidade Estadual de Londrina, 1984. Disponível em: ,<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/view/9811/8602>>. Acesso em: 4 agost./2012.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. Cambridge University Press, 6.ed..

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

TAWIL, G. S. *Investor-State Arbitration: A Hot Issue in Latin America*, in : Bomchil Group Newsletter, 12 (2002), no. September; VERNAVA, A. M., *Latin American finance : a financial, economic and legal synopsis of debt swaps, privatizations, foreign direct investment law revisions and international securities issues*, in : Wisconsin International Law Journal, 15 (1996), no. 1.

THE ECONOMIST *Brasil Takes Off - Relatório especial*. Londres, 14 de Novembro de 2009.

UNCTAD. *World Investment Report 2006*. FDI from developing and transition economies: implications for development. New York: United Nations, 2006. Disponível em: <[http://unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf)>. Acesso em: 7 agost.2012.

VANDEVELDE, Kenneth J. *A Brief History of International Agreements*. U.C. Davis Journal of International Law & Policy. Fall, 2005.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo et al. *Panorama Jurídico-econômico dos Investimentos Transnacionais: Análise Crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

WÄLDE, Thomas W. The Specific Nature of Investment Arbitration. *Les aspects nouveaux du droit des investissements internationaux / New Aspects of International Investment Law*. Eds. Martinus Nijhoff Publishers, 2007.

\_\_\_\_\_. *International Energy Investment*. Energy Law Journal. Vol. 17:191.

\_\_\_\_\_. *In The role of arbitration in the globalisation of energy markets (introduction to future book on international energy arbitration)*. Center for Energy, Petroleum and Mineral Law and Police Internet Journal, Dundee, v. 6, n. 18, 1997. Disponível em: <<http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/journal/html/vol6/article6-18.html>>. Acesso em: 05 abr. 2006.

WATANABE, Carmen Ballão. *Impactos Ambientais da Mineração do Folhelho Pirobetuminoso nos Meios Físicos e Antrópicos em São Mateus do Sul, Paraná* Tese defendida na Universidade Estadual Paulista, Instituto de Geociências e Ciências Exatas. Disponível em Acesso em: 21 maio.2012.

WATSON, A. *Legal Transplants and European Private Law*, vol 4.4 *Electronic Journal of Comparative Law*. December 2000). Disponível em: <<http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>>

WEINER, Robert J. e CLICK, Reid W. *Resource Nationalism Meets the Market: Political Risk and the Value of Petroleum Reserves* (July 29, 2009). *Journal of International Business Studies*, Forthcoming. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=971147> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.971147>>. Acesso em: 3 agost.2012.

WEINTRAUB, Sidney. *Bolivia's Natural Gas Nationalization* Issues in International Political Economy Center for Strategic and International Studies, May 2006, Number 77, Washington DC. Disponível em : <<http://csis.org/files/media/csis/pubs/issues200605.pdf> >. Acesso em: 22 out.2010.

WISEMAN, Hannah Jacobs. *Untested Waters: The Rise of Hydraulic Fracturing in Oil and Gas Production and the Need to Revisit Regulation* (September 23, 2008). *Fordham Environmental Law Review*, Vol. 20, p. 115, 2009. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1595092>>. Acesso em: 3 agost.2012.

WISEMAN, Hannah Jacobs e GRADIJAN, Francis. *Regulation of Shale Gas Development, Including Hydraulic Fracturing* (October 31, 2011). Energy Institute, The University of Texas at Austin, Forthcoming; University of Tulsa Legal Studies Research Paper No. 2011-11.

Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1953547>> ; ou: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1953547>>. Acesso em: 3 agost.2012.

WORLD ENERGY COUNCIL, *2007 Survey of Energy Resources* Disponível em: <[http://www.worldenergy.org/documents/ser2007\\_final\\_online\\_version\\_1.pdf](http://www.worldenergy.org/documents/ser2007_final_online_version_1.pdf)> .Acesso em: 23 out.2011.

XAVIER, Alberto. *Natureza jurídica do certificado de registro de investimento estrangeiro*. In: RDM v 69.

YERGIN, Daniel. *Ensuring Energy Security*. Foreign Affairs. v 85 n. 2.

YEFIMOV, Victor e LI, Shuyuan. *Extraction of Oil Shale: Surface and In-situ Retorting*. Oil Shale Research Institute, Estonia - Department of Chemical Engineering, University of Petroleum – China. Disponível em: <<http://www.eolss.net/Sample-Chapters/C08/E3-04-04-03.pdf>> .Acesso em: 4 agost.2012.