

**A REGULAMENTAÇÃO DOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS NO
TRATADO DA CARTA DA ENERGIA
(THE INTERNATIONAL INVESTMENT REGULATION IN THE
ENERGY CHARTER TREATY)**

*Giuliana Magalhães RIGONI**

RESUMO

O Tratado da Carta de Energia (TCE) estabelece um quadro legal multilateral para a cooperação energética, compreendendo o comércio, o investimento, e o trânsito de energia de forma detalhada. O TCE encoraja a abertura do mercado energético e a segurança de fornecimento de energia, repetindo os princípios do desenvolvimento sustentável e da soberania sobre os recursos naturais. Neste sentido, o TCE promove os Investimentos Diretos Estrangeiros no setor energético protegendo os investimentos estrangeiros contra os mais importantes riscos políticos no país receptor, como a discriminação, expropriação, perdas resultantes de conflitos, restrições de transferência e a ruptura individual dos contratos de investimento. Além disso, este tratado contém um detalhado mecanismo de solução de controvérsias, abrangendo tanto a arbitragem entre investidor-Estado quanto a arbitragem entre Estados. Ele inclui uma cláusula de “best-efforts” referente à não-discriminação na fase de pré-estabelecimento (constituição do investimento), e estipula negociações para transformá-la em uma obrigação legalmente imperativa. O escopo deste artigo consiste em analisar a regulamentação dos investimentos internacionais no setor energético, a sua promoção e proteção, e o funcionamento do mecanismo de solução de controvérsias entre investidor e Estado sob a perspectiva do TCE.

PALAVRAS CHAVE: INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS, ENERGIA, TRATADO DA CARTA DA ENERGIA, TRATAMENTO, SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.

ABSTRACT

* Mestre em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.

The Energy Charter Treaty (ECT) establishes a multilateral legal framework for energy co-operation covering energy trade, investment, and transit in a comprehensive manner. The ECT encourages openness of energy markets and security of energy supply, while respecting the principles of sustainable development and sovereignty over natural resources. In this sense, the ECT promotes Foreign Direct Investment in the energy sector by protecting foreign investors against the most important political risks in the host country, such as discrimination, expropriation, losses resulting from strife, transfer restrictions and breach of individual investment contracts. Moreover, this treaty contains a comprehensive dispute settlement mechanism, covering both investor-state arbitration and inter-state arbitration. It includes a “best-efforts” clause concerning non-discrimination in the pre-establishment phase (i.e. the making of an investment), and provides for negotiations to transform it into a legally binding obligation. The scope of this paper consists of analyzing the international investment regulation in the energy sector, its promotion and protection, and the functioning of dispute settlement mechanism between investor and State from the perspective of the ECT.

KEY WORDS: INTERNATIONAL INVESTMENTS, ENERGY, ENERGY CHARTER TREATY, TREATMENT, DISPUTE SETTLEMENT.

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO; 2. A CRIAÇÃO DE UM QUADRO FAVORÁVEL AOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS; 2.1 A ESTRUTURA DO TRATADO: *SOFT LAW* VS. *HARD LAW*; 2.2 PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS; 3- MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE UM INVESTIDOR E UMA PARTE CONTRATANTE; 3.1 A PROTEÇÃO JURISDICIONAL GARANTIDA AOS INVESTIDORES; 3.2 O CARÁTER INCONDICIONAL DO CONSENTIMENTO DO ESTADO; 4. CONCLUSÃO; 5. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

O Tratado da Carta da Energia (TCE), concluído em dezembro de 1994 e em vigor desde abril de 1998, é o único tratado multilateral consagrado ao desenvolvimento da cooperação no quadro particular da energia. Seu objetivo, conforme previsto no Artigo 2, é o estabelecimento de um “*quadro jurídico destinado a promover a cooperação de longo*

prazo no campo energético, baseado na complementaridade e nas vantagens mútuas, conforme os objetivos e princípios da Carta”.¹

A origem do tratado remonta à Carta Européia de Energia, declaração não obrigatória, adotada em Haia em 17 de dezembro de 1991. Tratava-se de uma iniciativa do Primeiro Ministro dos Países Baixos de reforçar a cooperação entre os países da Europa Central e Oriental com a Comunidade Européia no setor energético. A idéia foi bem recepcionada pelo Conselho Europeu, e a Comissão propôs a elaboração de uma Carta Européia, sendo as negociações abertas a alguns Estados não Partes, tanto da Europa do Leste quanto do Oeste, e igualmente aos Estados não europeus, como os Estados Unidos, Canadá, Austrália e Japão. A Carta prevê um regime multilateral e incita o prosseguimento das negociações.

O TCE visa a implementar os objetivos e os princípios da Carta. Atualmente, ele conta com a assinatura de pelo menos cinquenta e um Estados e a Comunidade Européia. Entre os Estados signatários, quase a totalidade é igualmente signatário da Carta, exceto o Canadá e os Estados Unidos. Segundo esses Estados, o tratado não ofereceria garantias suficientes aos seus investidores e, particularmente, os protegeria menos que os tratados bilaterais de investimentos (TBI) concluídos pelo seu governo.²

O TCE é um detalhado acordo multilateral na medida em que ele inclui todos os aspectos da cooperação energética, isto é, o comércio, o investimento, o meio-ambiente e a solução de controvérsias. Ele promove igualmente a abertura do mercado energético e a segurança de provisão de energia, observando os princípios do desenvolvimento sustentável e da soberania dos recursos naturais. Ademais, o TCE foi o primeiro tratado multilateral a prever uma regra geral de solução de controvérsias relativas aos investimentos através da arbitragem internacional.

2. A CRIAÇÃO DE UM QUADRO FAVORÁVEL AOS INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

O Tratado da Carta da Energia visa a encorajar os investimentos internacionais no território dos Estados Partes. O TCE protege os investidores estrangeiros contra os mais

¹ Artigo 2 do TCE, “This Treaty establishes a legal framework in order to promote long-term cooperation in the energy field, based on complementarities and mutual benefits, in accordance with the objectives and principles of the Charter.”

² POIRAT, Florence, L'article 26 du Traité relatif à la charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées, *Revue général de droit international public*, p. 46.

importantes riscos políticos aos quais eles podem se submeter no Estado receptor do investimento, tais como a discriminação, a expropriação e a nacionalização, a ruptura dos contratos de investimentos, as restrições de transferência, os danos devidos às guerras e eventos similares.³ Quando ele reduz esses riscos, o tratado busca promover a confiança dos investidores e aumentar o fluxo de investimentos internacionais no setor energético. O TCE é de fato um instrumento multilateral de suma relevância tendo em vista a importância dos investimentos realizados no setor.

De acordo com o TCE, qualifica-se como investimento todo tipo de bem pertencente ou controlado direta ou indiretamente por um investidor associado a uma atividade econômica no setor energético, como a exploração, a extração, o refino, a produção, a estocagem, o transporte terrestre, a transmissão, a distribuição, a troca, a comercialização e a venda de materiais ou de produtos energéticos.

As disposições sobre os investimentos no TCE se assemelham às disposições previstas nos tradicionais tratados bilaterais de promoção e proteção de investimentos. Entretanto, o TCE possui características que lhe são particulares. Ele estabelece um fórum permanente de discussão sobre o tema entre os membros e abarca tanto a fase de pré-estabelecimento quanto à fase de pós-estabelecimento dos investimentos. Em relação à primeira fase, as disposições são redigidas como *soft law*. Em outras palavras, neste caso não há uma verdadeira obrigação de se liberalizar a admissão dos investimentos no setor.

2.1 A ESTRUTURA DO TRATADO: *SOFT LAW VS. HARD LAW*

O regime dos investimentos internacionais previsto pelo TCE é dividido em pré-investimento, que corresponde à constituição do investimento e as condições de admissão, e em pós-investimento, que corresponde aos investimentos já constituídos. No que diz respeito à primeira fase, o tratado dispõe sobretudo de regras *soft law* caracterizada pela expressão “se esforça” (*best efforts*), não constituindo uma verdadeira obrigação para os Estados Partes. Por outro lado, para os investimentos já constituídos, o TCE dispõe de regras *hard law* que os Estados devem imperativamente respeitar.

Essa questão foi um dos principais desafios durante as negociações do tratado. Embora o *standard* do tratamento nacional seja aplicável aos investimentos já constituídos, a conferência não chegou a um acordo sobre a sua aplicação na fase de pré-

³ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *The Energy Charter Treaty – A Reader’s Guide*, 2002, p. 19.

estabelecimento. A Rússia e outros países em transição não tinham o costume de aplicar esse *standard*. Ao contrário dos países da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), eles não possuíam uma legislação prevendo exceções à aplicação do tratamento nacional na constituição de investimentos internacionais nos setores mais sensíveis. Por esta razão, eles deixaram que essa controvérsia fosse solucionada na fase de negociação de um tratado complementar.⁴

O TCE, portanto, contém não somente um regime fundado em *hard law* para a fase de pós-investimento, mas igualmente algumas regras, sobretudo sob a forma de *soft law*, referentes à fase de pré-investimento. O Artigo 10 § 2 e 3 do tratado encoraja os Estados Membros a concederem aos investidores de outras Partes Contratantes a aplicação do tratamento nacional e do tratamento da nação mais favorecida aos investimentos realizados em seu território. Por outro lado, o parágrafo 4 deste artigo prevê a existência de um tratado complementar que obrigaria todas as Parte a atribuir aos investidores de outras Partes o tratamento nacional e o da nação mais favorecida no momento da realização do investimento em seu território. Ele dispõe igualmente que as negociações deste tratado complementar iniciariam em 1º de janeiro de 1995 com conclusão prevista para o dia 1º de janeiro de 1998. Segundo as Partes, seriam necessários três anos para que cada Estado determinasse suas exceções aos princípios gerais do tratado.⁵

As negociações do tratado complementar iniciaram em 1996, e não foram concluídas. Em 2002, os Estados Partes decidiram aguardar os resultados das discussões na OMC sobre a regulamentação multilateral dos investimentos estrangeiros diretos para então dar prosseguimento às negociações.

O tratado complementar visa abordar duas importantes questões. Primeiramente, a obrigação dos Estados Partes de assegurar aos investidores o tratamento nacional e o da nação mais favorecida no momento de seu estabelecimento no Estado receptor, inclusive no caso de privatização. Em seguida, o direito de cada Estado de determinar as exceções individuais a estes compromissos (*top down*). Essas exceções seriam regularmente revisadas. Os Estados não podem introduzir novas discriminações (*standstill*) e as já

⁴ BAMBERGER, C., LINEHAN, J., WALDE, Th., The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase, **CEPMLP On-line Journal**, vol. 7, 2000.

⁵ Vide Final Act of the European Energy Charter Conference, Understandings, n. 10. referente ao Artigo 10(4), “The supplementary treaty will specify conditions for applying the Treatment described in Article 10(3). Those conditions will include, inter alia, provisions relating to the sale or other divestment of state assets (privatization) and to the dismantling of monopolies (demonopolization).”

existentes devem ser gradualmente reduzidas (*rollback*).⁶ A aplicação do princípio da não discriminação na fase de pré-estabelecimento é muito importante no setor energético uma vez que, na maioria das vezes, é necessário licença ou concessão para que o investidor possa iniciar suas operações.

Ainda quanto à realização do investimento, o parágrafo 5 do Artigo 10 dispõe que cada Parte Contratante deve se esforçar a limitar ao máximo as exceções ao tratamento nacional e ao tratamento da nação mais favorecida devendo suprimir progressivamente as restrições existentes relativas aos investimentos de outras Partes. O parágrafo 6 prevê que uma Parte pode a qualquer momento se comprometer voluntariamente a concedê-los aos investidores de outras Partes para a realização em seu território de investimentos voltados a certas atividades econômicas do setor energético. Contudo, esses compromissos devem ser notificados junto à Secretaria e listado no Anexo VC. Uma vez notificado, eles são obrigatórios às Partes no âmbito do TCE.

2.2 PROMOÇÃO E PROTEÇÃO DOS INVESTIMENTOS

A Parte III do Tratado da Carta da Energia dispõe sobre a promoção e a proteção dos investimentos. O TCE visa a assegurar um *standard* de tratamento aos investidores estrangeiros. Segundo o Artigo 10 § 1º, cada Parte deve encorajar e criar condições estáveis, equânimes, favoráveis e transparentes para que o investidor de outras Partes possa investir em seu território. As Partes se comprometem igualmente a garantir tanto um tratamento justo e equânime quanto a proteção total e segurança a esses investimentos, não entrando de forma alguma, por medidas desrazoáveis ou discriminatórias, a sua gestão, manutenção, uso, usufruto e disposição. Ainda, os investimentos não podem ser tratados de maneira menos favorável que a exigida pelo direito internacional, incluindo as obrigações convencionais.

O parágrafo 7 deste artigo impõe ao Estado receptor a conceder aos investimentos dos investidores de outra Parte Contratante e às suas atividades conexas (gestão, uso,

⁶ Artigo 10 (4) do TCE, "A supplementary treaty shall, subject to conditions to be laid down therein, oblige each party thereto to accord to Investors of other parties, as regards the Making of Investments in its Area, the Treatment described in paragraph (3). That treaty shall be open for signature by the states and Regional Economic Integration Organizations which have signed or acceded to this Treaty. Negotiations towards the supplementary treaty shall commence not later than 1 January 1995, with a view to concluding it by 1 January 1998.

(5) Each Contracting Party shall, as regards the Making of Investments in its Area, endeavour to:

(a) limit to the minimum the exceptions to the Treatment described in paragraph (3);

(b) progressively remove existing restrictions affecting Investors of other Contracting Parties.

usufruto, manutenção e disposição), o tratamento nacional e o da nação mais favorecida. Entretanto, é necessário levar em consideração que estes princípios de não discriminação não são aplicáveis à proteção da propriedade intelectual. Esta deve ser regida pelas disposições previstas pelos acordos internacionais aplicáveis à proteção dos direitos da propriedade intelectual aos quais as Partes Contratantes sejam partes.⁷

A proteção dos investidores estrangeiros no caso de expropriação é um elemento essencial nos acordos internacionais. De acordo com o Artigo 13, os investimentos só podem ser expropriados sob certas condições. A disposição compreende igualmente as medidas com efeitos equivalentes a nacionalização ou expropriação. A expropriação deve ser realizada em razão de interesse público, não discriminatório, com garantias previstas por lei e acompanhada de uma compensação adequada e efetiva. Esta compensação deve ser equivalente ao valor de mercado do investimento imediatamente antes da expropriação ou no momento em que o anúncio da expropriação foi oficialmente conhecido e afetou o valor do investimento. O investidor pode pedir a compensação em divisa livremente conversível, incluindo juros à taxa comercial até a data do pagamento.⁸

A restrição de transferência de capital constitui um desencorajamento para os investidores estrangeiros. O Artigo 14 dispõe sobre a transferência de pagamentos referentes aos investimentos. As Partes Contratantes devem assegurar a liberdade de transferência dentro e fora de seu território. Ele prevê que as transferências devem ser efetuadas de forma imediata e em divisa livremente conversível. As transferências compreendem o capital inicial e adicional, os rendimentos, os pagamentos efetuados a título de contrato, as receitas não gastas e outras remunerações de pessoas empregadas no estrangeiro relacionadas ao investimento, o produto da venda ou da liquidação de todo ou parte do investimento, dos pagamentos resultantes da solução de controvérsia, e pagamentos de compensação por perdas ou expropriação.⁹

⁷ Artigo 10 (10) do TCE.

⁸ Artigo 13 (1) do TCE, "Investments of Investors of a Contracting Party in the Area of any other Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to a measure or measures having effect equivalent to nationalization or expropriation (hereinafter referred to as "Expropriation") except where such Expropriation is:

(a) for a purpose which is in the public interest;

(b) not discriminatory;

(c) carried out under due process of law; and

(d) accompanied by the payment of prompt, adequate and effective compensation.

Such compensation shall amount to the fair market value of the Investment expropriated at the time immediately before the Expropriation or impending Expropriation became known in such a way as to affect the value of the Investment (hereinafter referred to as the "Valuation Date")."

⁹ Artigo 14 (1) do TCE, "Each Contracting Party shall with respect to Investments in its Area of Investors of any other Contracting Party guarantee the freedom of transfer into and out of its Area, including the transfer of:

(a) the initial capital plus any additional capital for the maintenance and development of an Investment;

(b) Returns;

3. MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENTRE UM INVESTIDOR E UMA PARTE CONTRATANTE

Aderindo à tendência dos tratados bilaterais de investimentos, os negociadores do TCE optaram pela arbitragem internacional como a forma mais eficaz de solucionar os conflitos sobre os investimentos. Na medida em que o tratado assegura meios alternativos de solução de controvérsias, ele favorece o aumento da confiança dos investidores e a promoção dos investimentos entre os Estados Partes. Constata-se que no setor energético esta questão tem uma importância particular uma vez que os conflitos podem ser muitas vezes complexos e implicar montantes consideráveis de investimento. Entretanto, o objetivo deste mecanismo de solução de controvérsias não visa favorecer os investidores estrangeiros, mas garantir um órgão jurisdicional independente e neutro.¹⁰

O TCE prevê no Artigo 26 um procedimento de solução de controvérsias entre o Estado receptor e o investidor. Trata-se de uma cláusula compromissória destinada a encorajar os investimentos já que este artigo ratifica a proteção jurisdicional oferecida ao investidor. Ele visa de fato garantir a segurança jurídica dos operadores privados face às manifestações de soberania dos Estados e ao caráter às vezes aleatório e imprevisível dos tribunais e dos direitos nacionais.¹¹ Quando o Estado adere a este artigo, ele se compromete de antemão a submeter as controvérsias a um órgão jurisdicional particular como será analisado em seguida.

3.1 A PROTEÇÃO JURISDICIONAL GARANTIDA AOS INVESTIDORES

O TCE prevê na Parte V mecanismos de solução de controvérsias, estabelecendo, primeiramente, a solução de controvérsias entre um investidor e uma Parte Contratante, e em seguida, a solução de controvérsias entre Partes Contratantes. Contudo, o presente

-
- (c) payments under a contract, including amortization of principal and accrued interest payments pursuant to a loan agreement;
 - (d) unspent earnings and other remuneration of personnel engaged from abroad in connection with that Investment;
 - (e) proceeds from the sale or liquidation of all or any part of an Investment;
 - (f) payments arising out of the settlement of a dispute;
 - (g) payments of compensation pursuant to Articles 12 and 13.

(2) Transfers under paragraph (1) shall be effected without delay and (except in case of a Return in kind) in a Freely Convertible Currency.

¹⁰ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *The Energy Charter Treaty – A Reader's Guide*, 2002, p. 52.

¹¹ POIRAT, F., *op. cit.*, p. 49.

artigo analisará apenas o primeiro caso que é regido pelo Artigo 26. Baseado no modelo dos tratados bilaterais de investimento, este artigo concede aos investidores estrangeiros o direito de apresentar uma demanda contra o Estado receptor no caso de descumprimento de uma obrigação prevista na Parte III do tratado, isto é, as disposições referentes à promoção e proteção dos investimentos. Desta forma, ele não se aplica a outros conflitos em que o investidor estrangeiro possa estar envolvido.

O Artigo 26 dispõe que uma Parte Contratante e um investidor de outra Parte Contratante devem primeiro, na medida do possível, solucionar a controvérsia amigavelmente. Se a controvérsia não for solucionada num período de três meses, o tratado oferece uma lista de procedimentos reagrupando em três hipóteses principais dentre as quais o investidor parte da controvérsia pode escolher: a) acionar os tribunais internos do Estado receptor; b) iniciar o procedimento convencionado previamente pelas duas partes; c) arbitragem internacional.

No que diz respeito à segunda hipótese, trata-se na verdade da aplicação de uma cláusula compromissória contida em um contrato de Estado. Por outro lado, se o investidor optar pela terceira hipótese, segundo o parágrafo 4 do Artigo 26, ele pode escolher, após ter dado seu consentimento por escrito, um dos seguintes procedimentos: ICSID (Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States), tanto pela Convenção de Washington quanto pelo Mecanismo Complementar; arbitragem *ad hoc* segundo as regras do UNCITRAL ou da Câmara de Comércio de Estocolmo.

O TCE estabelece condições para a admissibilidade da ação uma vez que ele prioriza a solução amigável da controvérsia. O tratado visa, por um lado, proteger o investidor contra as manifestações abusivas da soberania do Estado receptor, e por outro, proteger este contra as pretensões abusivas daquele. Na verdade, trata-se de prevenir que uma das partes faça uso excessivo da faculdade que lhe foi concedida de se situar de maneira precipitada no terreno contencioso.¹² Entretanto, a obrigação de negociar prevista no Artigo 26 é apenas uma obrigação de meio e não de resultado. A existência de um prazo de três meses constitui igualmente uma proteção ao investidor já que evita que a parte solicitada, o Estado receptor, retarde o acesso ao órgão arbitral prolongando as negociações.

¹² POIRAT, F., *op cit.*, p. 57.

O investidor é o único que dispõe da capacidade de escolher e dar início ao procedimento. De fato, este caráter unilateral traduz o objetivo almejado pelo tratado, visto que ele encoraja a realização dos investimentos no setor energético. Esta disposição teve inspiração nos textos do NAFTA (North American Free Trade Agreement), mas se diferencia deste por incluir na proteção garantida pelo Artigo 26 os contratos entre o Estado receptor e o investidor.¹³ Por sua vez, no NAFTA, segundo o Artigo 1116, o investidor de uma Parte apenas pode submeter à arbitragem uma demanda quando o Estado receptor descumpra uma obrigação proveniente do acordo, isto é, a Seção A que dispõe sobre a promoção e a proteção dos investimentos.

Quanto à lei aplicável, sem dúvida, para cada procedimento arbitral, existem regras processuais detalhadas, sobretudo no que diz respeito ao estabelecimento dos tribunais, à escolha dos árbitros e aos custos.¹⁴ Entretanto, o parágrafo 6 prevê que as arbitragens internacionais devem decidir as questões litigiosas conforme o tratado e as regras e princípios aplicáveis de Direito Internacional. Este artigo estabelece igualmente no parágrafo 8 que as sentenças arbitrais são definitivas e obrigatórias para as partes na controvérsia, na medida em que cada Parte Contratante deve de imediato tomar as medidas em vista de executá-las em seu território. Ademais, ele prevê que, no caso de sentenças arbitrais relativas às medidas adotadas pelo governo ou autoridade sub-nacional, pode-se permitir o pagamento de compensação monetária no lugar de outro remédio.¹⁵

A importância deste mecanismo de solução de controvérsia é igualmente reconhecida pelos tribunais internacionais. No caso *Plama Consortium Ltd c/ República da Bulgária*¹⁶, o Tribunal ICSID considerou que o Artigo 26 é um elemento essencial do TCE, que é em si um tratado muito significativo para os investidores, marcando uma etapa suplementar na transformação de seu status de objeto a sujeito de Direito Internacional.¹⁷ Ele ressaltou que o TCE assegura ao investidor uma via de direito sem precedente contra o Estado receptor. Contudo, a jurisprudência arbitral relativa à

¹³ Artigo 10 (1) do TCE, “[...]Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party.”

¹⁴ ENERGY CHARTER SECRETARIAT, *The Energy Charter Treaty – A Reader’s Guide*, 2002, p. 53.

¹⁵ Artigo 26 (8) do TCE, “The awards of arbitration, which may include an award of interest, shall be final and binding upon the parties to the dispute. An award of arbitration concerning a measure of a sub-national government or authority of the disputing Contracting Party shall provide that the Contracting Party may pay monetary damages in lieu of any other remedy granted. Each Contracting Party shall carry out without delay any such award and shall make provision for the effective enforcement in its Area of such awards.”

¹⁶ *Plama Consortium Limited c. República da Bulgária (Caso n° ARB/03/24)*, ICSID, 28 de outubro de 2005.

¹⁷ *Idem*, § 141, “By any standards, Article 26 is a very important feature of the ECT which is itself a very significant treaty for investors, marking another step in their transition from objects to subjects of international law.”

interpretação e a aplicação do TCE é ainda embrionária. A primeira sentença arbitral sobre o mérito foi proferida em 16 de dezembro de 2003 por um tribunal arbitral constituído sob a égide da Câmara de Comércio de Estocolmo no caso *Nykomb c. Letónia*. Neste caso, o tribunal condenou uma das repúblicas da antiga União Soviética a pagar uma indenização a um investidor ocidental por ter violado disposições do TCE.

3.2 O CARÁTER INCONDICIONAL DO CONSENTIMENTO DO ESTADO

Em geral, um órgão jurisdicional apenas tem competência se as duas partes no litígio o consentem previamente. O Estado, enquanto soberano, deve dar seu consentimento para tornar possível o estabelecimento de uma competência jurisdicional ao seu encontro. O TCE não exige somente que o investidor dê o seu consentimento por escrito se ele optar pelo procedimento arbitral internacional. Ele exige igualmente o consentimento incondicional da Parte Contratante que é previsto no parágrafo 3 (a) do Artigo 26. Segundo este, *cada Parte Contratante dá seu consentimento incondicional à submissão de toda controvérsia a um procedimento de arbitragem ou de conciliação internacional*.

Os consentimentos das partes no litígio satisfazem à exigência da Convenção ICSID ou do Mecanismo Suplementar de um consentimento escrito das partes. Eles satisfazem da mesma forma a exigência de um acordo escrito previsto pela Convenção de Nova Iorque¹⁸ e pela regras de arbitragem da UNCITRAL.¹⁹

O TCE estabelece que a arbitragem entre o investidor e o Estado receptor, à demanda de uma das partes da controvérsia, será realizada em um Estado Parte da Convenção de Nova Iorque.²⁰ Esta convenção exige que os Estados Partes reconheçam e executem em suas cortes arbitrais as sentenças proferidas em outros países. Certas Partes da Convenção de Nova Iorque declararam que só executariam as sentenças arbitrais proferidas em um Estado Parte da Convenção. Desta forma, esta disposição assegura ao investidor que o Estado receptor executará a sentença.

Entretanto, o parágrafo 3 (b) prevê uma exceção que permite às Partes Contratantes a não concederem o consentimento incondicional à arbitragem internacional se o investidor submeteu previamente a controvérsia à jurisdição nacional do Estado receptor

¹⁸ Convenção das Nações Unidas para o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais estrangeiras, Nova Iorque, 10 de junho 1958.

¹⁹ Artigo 26 (5) (a) do TCE.

²⁰ Artigo 26 (5) (b) do TCE.

ou a outro procedimento convencionado anteriormente. O Anexo ID enumera os Estados que condicionam seu consentimento.²¹ Por razão de transparência, esses Estados devem comunicar por escrito, o mais tardar a data do depósito de seu instrumento de ratificação, de aceitação ou aprovação, suas políticas, práticas e condições referentes à matéria ao Secretariado.

O Artigo 26 estabelece igualmente no parágrafo 3 (c) outra exceção. Segundo este, as Partes contratantes enumeradas no Anexo IA não dão o consentimento incondicional nos casos de controvérsias originárias de obrigações contratuais destas *vis-à-vis* de um investidor ou investimento de um investidor de uma outra Parte Contratante. Em outras palavras, trata-se de uma lista de Estados que não autorizam o investidor a submeter a controvérsia referente à última frase do Artigo 10, parágrafo 1 à arbitragem internacional.²² Esta exceção garante que esses Estados não serão submetidos à arbitragem internacional quando se tratar de obrigações contratuais, mas ela não os isenta da arbitragem no caso de descumprimento de outros princípios da Parte III do TCE, sobretudo o princípio da não discriminação. A revogação ou modificação de um contrato por uma lei, por exemplo, pode constituir uma violação de outra provisão do tratado, tais como a discriminação, a expropriação ou nacionalização e os impostos confiscatórios.

4. CONCLUSÃO

O setor energético necessita de novos investimentos para suprir a crescente demanda global por energia. O Tratado da Carta da Energia vem criar um clima favorável a estes investimentos. Ao mesmo tempo em que ele ratifica o princípio da soberania nacional de cada Estado sobre seus recursos energéticos, o TCE estabelece que as regras sobre a exploração, desenvolvimento e aquisição destes recursos devem ser acessíveis, não discriminatórias e transparentes.

Como analisado ao longo deste artigo, o TCE visa garantir uma confiante e estável relação entre o investimento estrangeiro e o Estado receptor. O tratado protege o investidor estrangeiro contra riscos não comerciais como o tratamento discriminatório, expropriação direta e indireta, ou ruptura do contrato individual de investimento.

²¹ Anexo ID Lista das Partes Contratantes: Austrália, Azerbaijão, Bulgária, Canadá, Croácia, Chipre, Republica Tcheca, Comunidade Européia, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Japão, Cazaquistão, Noruega, Polónia, Roménia, Federação da Rússia, Eslovénia, Espanha, Suécia e Estados Unidos da América.

²² Anexo IA Lista das Partes Contratantes: Austrália, Canadá, Hungria e Noruega.

Sem dúvida, as regras previstas no TCE têm um importante e positivo papel na eliminação destes riscos. Isto é igualmente assegurado pela previsão de uma arbitragem internacional. Desde a entrada em vigor do TCE em 1998, muitas controvérsias entre investidor e Estado receptor foram apresentadas com base no TCE sendo solucionadas amigavelmente ou por sentença arbitral.²³

Entretanto, muitos Estados com expressivo potencial energético ainda não são Partes do TCE, como grande parte dos países da América Latina. Recentemente, estes Estados têm demonstrado um grande interesse em estabelecer um projeto de cooperação energética regional.²⁴ Neste sentido, seria de suma importância à promoção da confiança dos investidores e ao aumento do fluxo de investimentos internacionais no setor energético na região a adesão destes Estados ao TCE ou a criação de um acordo multilateral alicerçado nas contribuições deste tratado.

5. BIBLIOGRAFIA

BABADJI, Ramdane, Le Traité sur la charte européenne de l'énergie - 17 décembre 1994, **Annuaire français de droit international**, 1996, XLII, pp. 872-893.

BAMBERGER, C., LINEHAN, J., WALDE, Th., The Energy Charter Treaty in 2000: In a New Phase, **CEPMLP On-line Journal**, vol. 7, 2000.

ENERGY CHARTER SECRETARIAT, **The Energy Charter Treaty – A Reader's Guide**, 2002, 82p. Disponível em: <http://www.encharter.org/index>. Acessado em 24 de agosto de 2007

POIRAT, Florence, L'article 26 du Traité relatif à la charte de l'énergie : procédures de règlement des différends et statut des personnes privées, **Revue général de droit international public**, 1998, Tome 102, pp. 45-84.

²³ Casos disponíveis no site: <http://www.encharter.org/index>. Acesso em 25 de agosto de 2007.

²⁴ Como exemplo podemos citar: PETROAMERICA, PETROCARIBE, PETROANDINA, PETROSUL, Anel Energético, Gasoduto do Sul.

RIGONI, Giuliana. **L'investissement étranger dans le secteur énergétique en Amérique du Sud- Les exemples de l'Argentine et du Brésil.** 2006. 92p. (Dissertação em Droit international économique) - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne, Paris, 2006.

TUCKER, A., The Energy Charter Treaty and 'Compulsory International State/Investor Arbitration, **Leiden Journal of International Law**, v. 11, 1998, pp. 513-526.

WÄLDE, Thomas W., Investment Arbitration Under the Energy Charter Treaty – From Dispute Settlement to Treaty Implementation, **Arbitration International**, 1996, vol. 12, n° 4, p. 429-466.