

UNIVERSIDADE AGOSTINHO NETO
FACULDADE DE DIREITO
SECRETARIA DE PÓS-GRADUAÇÃO

**Lei Aplicável aos Contratos Internacionais
de
Petróleo e Gás**

Onofre António Alves Martins dos Santos

Trabalho apresentado à Secretaria de Pós-graduação, em cumprimento do Regulamento do Curso de Direito do Petróleo e Gás - LLM da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto.

Luanda

Dezembro de 2009.

Índice

I.	Introdução	2
II.	Princípios de exclusividade da Concessionária Nacional e de obrigatoriedade de associação	3
III.	Natureza contratual, pública e internacional dos contratos petrolíferos	4
IV	Os Contratos de Petróleo como contratos económicos internacionais e a importância da salvaguarda da arbitragem	6
V.	Lei aplicável aos procedimentos arbitrais: <i>deslocalização e territorialidade</i>	11
VI.	A lei aplicável à decisão de mérito na arbitragem internacional	14
1.	O princípio da autonomia da vontade	15
2.	Proibição do <i>reenvio</i>	16
3.	Escolha do direito aplicável pelos árbitros na falta de acordo das partes	17
4.	Aplicação pelos árbitros das regras de conflitos de leis angolanas	17
5.	Julgamento segundo a <i>equidade</i>	18
6.	<i>Composição amigável</i>	19
7.	Complementaridade dos <i>usos e costumes do comércio internacional</i>	20
8.	<i>Lex mercatoria</i>	20
9.	Princípios UNIDROIT	22
VII.	Lei aplicável aos Contratos de Estado	23
1.	Interesses contrapostos	24
2.	Casos da experiência internacional	24
3.	Modalidades de conciliação dos interesses contrapostos	25
4.	Exemplos da jurisprudência arbitral internacional	26
5.	Limitação do Direito Internacional e o Contrato de Investimento Angola LNG	29
6.	Soberania e compromisso do Estado contratante	31
	Bibliografia consultada	33
	Textos normativos relevantes	34

I. Introdução

A presente monografia corresponde ao relatório final do Curso de Pós-Graduação em Direito do Petróleo e Gás ministrado na Faculdade de Direito Agostinho Neto durante o ano lectivo de 2009.

Uma das disciplinas ou módulos que integraram o curso, foi o relativo à Resolução Internacional de Conflitos, de que foi regente o Professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Doutor Dário Moura Vicente. Nesta matéria foi particularmente relevante o tema do direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem internacional na medida em que suscita a questão da lei aplicável aos contratos celebrados entre o Estado ou outros entes públicos, nomeadamente os contratos previstos na Lei n.º 10/04 de 12 de Junho, Lei das Actividades Petrolíferas em que é parte interveniente a Concessionária Nacional *Sonangol E.P.*

O tema escolhido segue de perto as lições proferidas durante o Curso, pelo Doutor Dário Moura Vicente, cujo ensinamento está reflectido no geral deste trabalho, independentemente das referências expressas que são feitas a trabalhos e obras suas.

Este tema está ligado pela sua própria natureza à cláusula de arbitragem ou à cláusula de intangibilidade ou de estabilidade que, por regra, constituem elementos desses contratos em que uma das partes é ocupada por uma entidade que não se apresenta numa situação de absoluta igualdade com a outra ou as outras partes, entidades privadas, mormente as empresas que actuam no sector da exploração petrolífera em Angola.

De acordo com o modelo utilizado pela *Sonangol E.P.* nos seus contratos de partilha de produção, se não for possível solucionar amigavelmente os litígios, divergências ou reclamações emergentes daqueles contratos, os mesmos serão decididos definitiva e exclusivamente mediante arbitragem, de acordo com as Regras de Arbitragem da UNCITRAL devendo o tribunal arbitral decidir de acordo com a lei substantiva angolana.

Afigura-se, assim, muito interessante a abordagem deste aspecto da lei aplicável a estes contratos, de acordo com as regras estabelecidas no artigo 43.º da Lei n.º 16/03 de 25 de Julho, Lei Sobre a Arbitragem Voluntária atendendo ao grande número de contratos já estabelecidos no domínio do petróleo bem como muito recentemente no âmbito do projecto LNG que constituiu outro dos módulos do Curso, o Contrato de Investimento Angola LNG a que também se faz referência neste Relatório.

Neste breve estudo consideramos que seria útil proceder a uma sucinta revisão dos contratos previstos na Lei das Actividades Petrolíferas procedendo à sua caracterização

e qualificação jurídica à luz da nossa legislação, tendo em mente que esta qualificação poderá ajudar a melhor compreender as soluções do legislador angolano, tanto no aspecto da lei aplicável aos procedimentos arbitrais, como sobre o direito aplicável ao fundo que é o que particularmente interessa neste estudo.

Também para melhor compreensão dos critérios estabelecidos no artigo 43.º da Lei n.º 16/03, Lei sobre a Arbitragem Voluntária, os quais constituem o essencial desta monografia, procedemos a uma breve incursão na jurisprudência e na doutrina internacional sobre o direito aplicável aos chamados “*contratos de Estado*”, aqueles contratos celebrados pelo Estado, ou por entes públicos em sua representação, com particulares estrangeiros, visando designadamente a realização em território nacional de investimentos estrangeiros (tendo geralmente como contrapartida a outorga pelo Estado de benefícios fiscais ou outros incentivos financeiros), a obtenção pelo Estado de empréstimos destinados a financiar empreendimentos públicos ou a concessão de exploração de bens essenciais do domínio público ¹

II. Princípios da exclusividade da Concessionária nacional e da obrigatoriedade de associação.

A Lei Constitucional reserva a propriedade dos recursos petrolíferos, determinando que estes bens integram o domínio público. É o que resulta do n.º 1 do seu artigo 12 ao estatuir que “*Todos os recursos naturais existentes no solo e no subsolo, nas águas interiores, no mar territorial, na plataforma continental e na zona económica exclusiva são propriedade do Estado, que determina as condições do seu aproveitamento, utilização e exploração*”.

Por sua vez, o artigo 3.º da Lei das Actividades Petrolíferas (LAP) estabelece que “*Os jazigos petrolíferos existentes nas áreas referidas no artigo 1.º (e que são as mesmas indicadas no n.º 1 do artigo 12.º da LC) fazem parte integrante do domínio público do Estado*”.

É neste enquadramento legal e constitucional que é atribuída à Sociedade Nacional de Combustível, Empresa Pública (*Sonangol E.P.*) a condição de concessionária exclusiva nacional, a quem é expressamente “*vedada a alienação total ou parcial dos direitos*

¹ Direito Aplicável aos Contratos Públicos Internacionais, conferência proferida pelo Prof. Doutor Dário Moura Vicente na Faculdade de Direito de Lisboa, a 11 de Julho de 2006, publicada nos Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa 2006, Coimbra Editora.

mineiros, sendo nulos e ineficazes os actos praticados em contrário” (artigo 5.º da LAP).

Este princípio da exclusividade da Concessionária Nacional é temperado por outro princípio – o da obrigatoriedade de associação - estabelecido na LAP, no seu artigo 13.º nos termos do qual *“toda a sociedade que pretenda exercer em território nacional operações petrolíferas fora do âmbito da licença de prospecção, apenas o pode fazer conjuntamente com a Concessionária Nacional...”* e que volta a aflorar no n.º 2 do seu artigo 44.º que prevê que *“no caso de a Concessionária Nacional se pretender associar a terceira entidade para executarem em conjunto operações petrolíferas numa determinada área, a concessão é atribuída através de um decreto de concessão...”*.

O artigo 14.º da LAP esclarece que *“a Concessionária Nacional pode associar-se com entidades nacionais ou estrangeiras de comprovada idoneidade e capacidade técnica e financeira, mediante prévia autorização do Governo”*, podendo a associação revestir as formas de *sociedade comercial, contrato de consórcio e contrato de partilha de produção*, acrescentando-se a modalidade dos *contratos de serviços com risco*.

A autorização prévia do Governo relativamente a estes contratos deverá constar obrigatoriamente do decreto de concessão (artigo 49.º da LAP) assim como qualquer alteração que as partes pretendam introduzir ao contrato tal alteração só pode ser realizada mediante autorização do Governo, através de decreto (artigo 50.º LAP).

Decorre destes preceitos a possibilidade de a Concessionária Nacional celebrar contratos tendo como objecto a exploração de recursos nacionais (petróleo e gás), com as empresas petrolíferas, nomeadamente as companhias petrolíferas estrangeiras, contratos cuja qualificação jurídica interessa desde já fixar.

III. Natureza contratual, pública e internacional dos contratos petrolíferos

Para efeitos de qualificação jurídica de tais contratos, são de destacar os seguintes aspectos: (i) o facto de uma das partes ser uma entidade pública, a Concessionária Nacional, (ii) ser o co-contratante uma entidade nacional de outro Estado, (iii) o conteúdo do contrato versar sobre um objecto que corresponde a um bem do domínio público que é reserva do Estado (iv) cujo aproveitamento convencionado deve garantir a sua eficiência e rentabilidade (n.º 2 do artigo 11.º da Lei Constitucional) e, assim, corresponder ao maior benefício de toda a comunidade (n.º 2 do artigo 12.º da Lei Constitucional), (v) estar convencionada uma contrapartida para a entidade privada que

assume, mediante a assunção de determinadas obrigações, a exploração petrolífera uma contrapartida que lhe permite recuperar os seus custos em caso de sucesso e alcançar uma renda económica considerável.

Com base nestes elementos podemos facilmente constatar que a relação estabelecida é uma *relação contratual*, com obrigações sinalagmáticas, distinguindo-se claramente de um acto unilateral de outorga de uma concessão pelo Estado, ou subconcessão pela Concessionária nacional.

Ela é também uma *relação contratual internacional*. Como ensina o Prof. Doutor Dário Mário Vicente, a internacionalidade destes contratos deriva de estes contratos possuírem elementos que os ligam a duas ou mais ordens jurídicas nacionais, no caso que estamos a tratar, as empresas petrolíferas nacionais de outros Estados.

Já não é tão clara a distinção deste contrato quanto à sua *natureza pública* ou *privada*, atendendo ao seu conteúdo e objecto. Ainda que o contrato tenha um carácter de direito público não deixa de ter características de acentuado interesse privado. As actividades das empresas contratantes não têm certamente carácter de serviço público sendo mais consideradas como actividades pertinentes a projectos e empreendimentos privados. Esta situação mista, é porém a que ocorre em todos os *contratos administrativos* que, nos termos da lei estão definidos como “*o acordo de vontades pela qual é constituída, modificada ou extinta uma relação jurídica de direito público entre a Administração e um particular tendo como finalidade a realização de um interesse público*” - artigo 120.º do Decreto-Lei n.º 16-A/95 de 15 de Dezembro que aprova as Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa. Como resulta implicitamente da enumeração dos contratos administrativos ali contemplados a realização do interesse público, sendo a razão fundamental de contratar por parte do Estado ou do entre público, não prejudica, antes pressupõe, a satisfação do interesse particular dos seus co-contratantes. São, com efeito, contratos administrativos, designadamente, os contratos de empreitada de obras públicas, de concessão de obras públicas, de concessão de serviços públicos, de exploração do domínio público, de concessão de uso privativo de domínio público, concessão de exploração de jogos de fortuna ou azar, de fornecimento contínuo ou de prestação de serviços para fins de imediata satisfação pública (n.º 2 do citado artigo 120.º do Decreto-Lei n.º 16-A/95).

É certo que os elementos de internacionalidade destes contratos implicam que se assinalem *elementos de estraneidade* (para usar a terminologia do Prof. Doutor Dário Moura Vicente) que não afectam a natureza do contrato público e que cada vez mais

ocorrem em consequência da abertura dos mercados públicos às empresas privadas estrangeiras, no quadro da globalização da economia internacional e da necessidade de conter a despesa pública que tem levado muitos países a recorrerem a *parcerias público-privadas* para a execução de infra-estruturas públicas por empresas e instituições de crédito estrangeiras.

Contudo, se a contratação pública internacional merece ser incentivada, não se pode ignorar que uma das partes nestes contratos detém, directa ou indirectamente, um poder normativo que cria entre ela e o seu co-contratante uma situação de fundamental desigualdade. Se o Contrato for submetido sem quaisquer restrições ao Direito do Estado que dele é parte, acentua-se, em prejuízo do seu co-contratante, a *álea legislativa* que inevitavelmente inere ao contrato internacional; em contrapartida, se o contrato for subtraído a essa lei, esta álea será por certo mitigada, mas o Estado poderá ver-se privado da livre disposição dos recursos económicos existentes no seu território e da possibilidade de responsabilizar efectivamente o seu co-contratante pelo incumprimento das obrigações que sobre ele impendem².

Compreende-se assim que sejam várias, e muito diferenciadas entre si, as propostas formuladas na doutrina e na jurisprudência quanto à forma preferencial de regulação destes contratos; desde a sua sujeição ao Direito Administrativo do Estado contratante à aplicação do Direito Privado desse ou de outro Estado, designado através de regras de conflitos de Direito Internacional Privado, passando pela aplicação do Direito Internacional Público, da denominada *lex mercatória*, dos princípios gerais do direito, etc.³

A opção por qualquer destas soluções não é indiferente sob o ponto de vista dos interesses fundamentais que se debatem nesta matéria – interesses esses cuja conciliação se mostra especialmente difícil nas situações em que ocorre um litígio entre as partes num contrato público internacional resultante, *v.g.*, da nacionalização ou expropriação por um estado da concessão de exploração de certos recursos naturais anteriormente feita a uma empresa estrangeira⁴.

IV. Os contratos de petróleo como contratos económicos internacionais e a importância da salvaguarda da arbitragem

² Apud Conferência do Prof. Doutor Dário Moura Vicente.

³ Idem.

⁴ Idem.

Embora se deva entender que a tipologia referida no n.º 2 do artigo 120.º do Decreto-Lei n.º 16-A/95 (NPPA) é meramente exemplificativa, é importante a previsão dos contratos de exploração do domínio público no elenco dos contratos administrativos. De notar que figurando no elenco vários contratos de concessão, o contrato de exploração do domínio público não aparece antecedido dessa qualificação. O que se afigura adequado à solução da Lei das Actividades Petrolíferas (LAP) que apenas prevê os contratos de associação e de partilha de produção celebrados entre a Concessionária Nacional depois de a concessão ser autorizada através de decreto respectivo do Governo.

Daí que nos pareça menos acertada a qualificação dos contratos de partilha de produção como *modelo de subconcessão* do contrato de concessão de exploração petrolífera, tal como entende o Prof. Dr. Carlos Teixeira na sua dissertação apresentada perante o Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra publicada pela Luanda Editora sob o título “*Os Contratos Administrativos no Direito Angolano*”.

Trata-se aquele contrato, como todos os demais em que a Concessionária Nacional tem participado, de verdadeiros contratos administrativos, dentro da categoria mais ampla de contratos públicos, qualificação que se torna inelutável não só pelo seu objecto e conteúdo como pela qualidade da parte contratante *Sonangol E.P.* empresa pública que, em sentido amplo, deve ser entendida como uma pessoa colectiva integrada na Administração Pública, dada a sua qualidade de Concessionária exclusiva do Estado⁵.

⁵ Na sua obra “A Regulação do Gás Natural em Angola” os Profs. Drs. Carlos Feijó e N’Gunu Tiny, pág. 91 e seg., atentam na *natureza jurídica* do contrato de investimento cujo objectivo foi o de concretizar o regime jurídico do Decreto-Lei n.º 10/07 de 3 de Outubro que aprova a implementação do Projecto Angola LNG, referem que “é imperativo que o contrato tenha a *natureza administrativa* (ou em último caso, natureza mista) e não comercial. A diferença note-se bem, é de monta. A *ratio* ou a teleologia de um contrato de natureza administrativa é a protecção do interesse público (sem no entanto negar o lucro que as partes envolvidas no contrato legitimamente almejem). A *ratio* de um contrato de natureza comercial é simplesmente o lucro comercial, o ganho comercial (excluindo considerações de interesse público). Ibidem, indicam três razões para considerarem o contrato de investimento como um contrato administrativo sendo a primeira e mais significativa a própria determinação da lei, visto ser a exploração de recursos naturais uma actividade económica reservada ao Estado angolano, ainda que a reserva seja relativa (artigo 13.º, n.º 4 da Lei da Delimitação dos Sectores da Actividade Económica) deve entender-se que os instrumentos contratuais que operacionalizam a exploração desses mesmos recursos, devem, em última instância, obedecer a *ratio* da reserva relativa dessa actividade económica por parte do estado: a defesa do interesse público. Acrescentam que se trata de um contrato administrativo por natureza do próprio contrato por ser um contrato que tem na sua base a transferência para um particular do exercício de uma actividade pública legalmente reservada à Administração. Por outro lado, a actividade transferida será exercida por conta e risco do particular ou particulares que a exploram, mas no interesse geral. No caso concreto, trata-se de transferir para um particular (ou conjunto de particulares) o exercício da actividade de conceber, projectar, construir e explorar gás natural em estado líquido (LNG). E concluem que trata-se de uma actividade que por natureza (e por lei) deve ser exercida ao abrigo do regime jurídico-administrativo. Contratos de natureza administrativa são, pois, aqueles que têm um objecto público.

Também não acompanhamos as dúvidas do Prof. Dr. Carlos Teixeira sobre bilateralidade da relação jurídico-administrativa dos contratos de partilha de produção, uma realidade nova relativamente à qual a tradicional estrutura relacional seria pouco ágil e nada elástica para dar operatividade prática aos problemas jurídicos que estes contratos suscitam⁶. Pelo contrário, entendemos que a relação bilateral é de tal modo importante que são introduzidas determinadas cláusulas neste tipo de contratos como a convenção arbitral e a cláusula de estabilidade, com vista reforçar o carácter contratual destes acordos celebrados e aprovados por decreto. Com efeito, é reconhecendo a necessidade de mitigar a desigualdade fundamental entre as partes a que acima se fez referência que o Estado, ao aprovar o contrato, entende como necessário garantir uma certa protecção dos direitos contratuais do particular. Como se refere na sentença arbitral proferida em Genève, a 12 de Abril de 1997 no processo que opôs a Libyan American Oil Company (LIAMCO) e o Governo da República Árabe Líbia, “*em geral, os investidores estrangeiros, antes de assumirem o risco de investir somas importantes de dinheiro e em mão de obra afim de explorar as suas concessões, desejam vivamente obter a garantia de que o princípio da inviolabilidade dos contratos será respeitado. Noutros termos eles procuram ser garantidos contra a eventualidade do uso arbitrário pelo Estado do seu poder de soberania para modificar ou alterar unilateralmente os seus direitos contratuais. Toda a modificação ou alteração dos contratos de concessão deveria ser feita de comum acordo pelas partes contratantes*”⁷

Uma das formas de atenuar esta desigualdade entre as partes, para além da cláusula de estabilidade ou intangibilidade, é a inclusão de uma convenção arbitral para resolução de todas as questões emergentes desses contratos, na medida em que se subtrai à jurisdição dos tribunais estaduais a resolução de quaisquer diferendos, disputas ou litígios entre as partes. A este respeito importa atentar no disposto no artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 4-A/96 que aprova o Regulamento do Processo de Contencioso Administrativo que estabelece a proibição da *arbitragem* “*nas acções derivadas de contratos administrativos*”, com excepção das “*questões emergentes de contratos económicos internacionais, desde que se verifiquem os requisitos exigidos pelo artigo 99.º n.º 2 e n.º 5 do Código de Processo Civil*”.

⁶ Dr. Carlos Teixeira, “Os Contratos Administrativos no Direito Angolano” pp. 98.

⁷ Sentences Arbitrales, arbitro único Sobhi Mahmassani

Como refere o Prof. Dr. Carlos Teixeira, na sua obra citada,⁸ embora ele detecte aqui uma clara contradição, há certamente razões de ordem económica e estrutural que justificam esta solução do legislador. Na realidade, embora já no Código de Processo Civil se proibissem os pactos privativos e atributivos de jurisdição, tendentes a privar de jurisdição os tribunais angolanos, *“no caso dos contratos económicos internacionais, as partes podem convencionar que as questões emergentes desses negócios jurídicos sejam decididas pelos tribunais do país de uma delas ou por tribunais internacionais”*. Também a Lei n.º 16/03 de 25 de Julho, Lei sobre a Arbitragem Voluntária, no seu artigo 1.º n.º 3 refere que *“o Estado e, em geral, as pessoas colectivas de direito público, só podem celebrar convenções de arbitragem nos seguintes casos:*

- a) Para dirimir questões respeitantes a relações de direito privado;*
- b) Nos contratos administrativos;⁹*
- c) Nos casos especialmente estabelecidos na lei.*

A este respeito o Governo, em perfeita coerência com o legislador, estabeleceu na sua Resolução n.º 34/06 de 15 de Maio, in DR I Série n.º 59 de 15 de Maio que, *“no contexto das negociações de contratos em que o Estado ou outras pessoas colectivas públicas que integram a administração estadual indirecta sejam parte e se proponham e convencionam cláusulas que privilegiam a composição de diferendos com recurso a meios alternativos de resolução de litígios, nos termos da lei”*.

Aqui se estabelece claramente a opção do Governo por subtrair à jurisdição estadual a composição dos diferendos emergentes dos seus *“contratos de Estado”*. Esta opção do Governo não tem com único fundamento o seu reconhecimento da insuficiência *“do esforço que tem sido feito para introduzir no sistema judicial um acréscimo de recursos humanos e técnicos tais como magistrados, a formação e desempenho profissional dos seus funcionários, a criação de novas instalações e, sobretudo, a implementação de*

⁸ Dr. Carlos Teixeira, obra citada, pp.. 140.

⁹ Este artigo 1.º dispõe sobre a capacidade para a celebração da convenção de arbitragem. A Dra. Ana Perestrelo de Oliveira na sua obra *“Arbitragem de Litígios com Entes Públicos”* (Editora Almedina) pág. 29 e ss. coloca a distinção entre capacidade e arbitrabilidade subjectiva afirmando que *“a susceptibilidade de os entes públicos recorrerem à arbitragem é, antes de mais, um problema de arbitrabilidade subjectiva, assim se afastando a qualificação tradicional como matéria de capacidade”* Como porém refere, no mesmo texto *“não se exagere, todavia, a separação entre a “capacidade” e “arbitrabilidade”: como bem nota Hanotiau, a aptidão para recorrer a árbitros “não é afinal de contas, senão um aspecto da capacidade da pessoa colectiva em causa”, embora se integre “na problemática da arbitrabilidade mais do que na da capacidade, pelo seu objecto...”*. *“Em suma, a arbitrabilidade subjectiva, não sendo destacável da ideia de capacidade, é, todavia, aquela que melhor se adequa à problemática em estudo, permitindo alcançar soluções correctas para a mesma, nos planos prático e valorativo”*.

novos recursos tecnológicos e modelos organizativos, tendo em vista a preparação dos tribunais e a celeridade dos processos que este novo princípio de século exige”.

Esta opção tem também que ver muito especialmente com a própria especificidade dos contratos de petróleo, caracterizados pelos elevadíssimos investimentos que eles envolvem, os enormes riscos a correr desde a possibilidade de não se alcançarem quaisquer resultados até às alterações de preços durante os longos prazos de duração que estão na origem da necessidade cláusulas de estabilidade e de alteração de circunstâncias; e as já referidas desigualdade entre as partes e a sua internacionalidade que com grande probabilidade pode conduzir à aplicação de uma lei internacional. Os interesses contrapostos muito diferentes que são a essência destes contratos, o que inclui o interesse público defendido pelo Estado (valorizar o mais possível os recursos económicos de que dispõe, nas melhores condições possíveis, versus, do outro lado os particulares que pretendem valorizar o mais possível a estabilidade da relação contratual) tornam importante a opção pela arbitragem, tendo em mente algumas das principais vantagens de um processo arbitral, especialmente a possibilidade de os interessados escolherem os julgadores, os juízes da causa, em função da confiança que lhes merecem como julgadores isentos, imparciais e competentes, não tendo de se submeter aos juízes definidos pelo Estado, no caso da resolução de conflitos pelas vias judiciais do Estado. A neutralidade do foro arbitral é muito importante nos contratos internacionais em que há esse risco de se irem discutir os litígios para os tribunais de uma das partes (o Estado). A independência dos árbitros, por regra grandes especialistas, eminentes professores, está ligada a esta ideia. O tribunal arbitral, como não decide em nome de nenhum Estado, dá garantias de imparcialidade e isenção que o Tribunal do Estado não dá. Não há, por isso, contratos internacionais, *joint ventures* ou contrato de concessão petrolífera em que o investidor estrangeiro não queira, como salvaguarda sua, o estabelecimento de uma convenção arbitral.

Diga-se ainda que em reforço das razões que explicam a opção do legislador, o facto de a arbitragem não ser unicamente convencionada para resolver litígios mas para a composição de quaisquer diferendos em sentido amplo que se suscitem na execução dos contratos.

Há *litígio* quando há uma pretensão de uma parte e uma resistência da outra, há um choque entre pretensões contrapostas. Mas podem não ocorrer essas pretensões contrapostas e ambas as partes reconhecerem que o seu contrato, por alteração de circunstâncias (preços, as condições de prospecção revelaram-se mais difíceis, os preços

têm de ser actualizados, as contrapartidas podem ser outras) suscite a necessidade de ajustamentos podendo ser confiadas a árbitros a resolução dessas matérias (não tanto um litígio como, quando muito, um conflito de interesses não contencioso).

É isto que resulta artigo 2.º n.º 4 da Lei n.º 16/03 de 25 de Julho, Lei sobre a Arbitragem Voluntária, nos termos do qual “*as partes podem, na convenção de arbitragem, estender o respectivo objecto a outras questões relacionadas com o litígio, conferindo aos árbitros, nomeadamente, o poder de precisar, completar, actualizar e inclusivamente, rever os contratos ou as relações jurídicas que determinaram a convenção de arbitragem*”. A arbitragem é um meio de resolução de conflitos ou litígios, mas também pode servir, nos termos da lei angolana para actualização e revisão de contratos – mesmo sem haver litígio.

Acresce uma outra razão para preferirem as partes, nomeadamente as empresas petrolíferas, uma instância arbitral para resolver os seus diferendos e que se traduz no facto de, para além das partes poderem escolher os árbitros, estes deverem aplicar no julgamento das questões que lhes sejam cometidas os *usos e costumes do comércio internacional*, como adiante veremos na análise do artigo 43.º da Lei n.º 16/03, Lei sobre a Arbitragem Voluntária.

V. Lei aplicável aos procedimentos arbitrais: *deslocalização* ou *territorialidade*

Há duas grandes orientações nos sistemas jurídicos contemporâneos da arbitragem, sobretudo na arbitragem internacional, sobre as regras aplicáveis ao processo arbitral.

Esses dois modelos são: (i) a *deslocalização* da *arbitragem internacional*; (ii) a arbitragem que assenta no princípio da *territorialidade*.

No primeiro modelo a arbitragem realizada em determinado País não está necessariamente sujeita às leis desse País. É o que acontece em França. Assim, por exemplo, na Câmara do Comércio internacional (CCI), a arbitragem não tem que se conformar com o direito processual francês. Só quando se queira obter o reconhecimento da decisão arbitral em França é que haverá um controlo do tribunal judicial francês.

Quando se consagra a *deslocalização* da arbitragem feita no seu território, tem de se sujeitar a um crivo (controlo): o *exequatur*. A *deslocalização* é a admissão de num determinado território se aplicar uma lei diferente da do próprio Estado.

O 2.º sistema, diametralmente oposto, é o da *territorialidade*. Uma vez que a sede da arbitragem é o país onde se realiza a arbitragem, as regras de direito desse país sobre a arbitragem vão-se necessária e obrigatoriamente aplicar a essa arbitragem. As leis portuguesas, por exemplo, aplicam-se a todas as arbitragens que se realizem em Portugal. As arbitragens estão automaticamente sujeitas às leis imperativas da arbitragem do país em que se realiza a arbitragem. Assim, por exemplo, se a decisão arbitral, violar um dos conteúdos mínimos estabelecidos na lei da arbitragem, ela pode ser anulada. Se, porém, ela se conformar com essas regras, então ela pode ser invocada em Portugal para efeitos de caso julgado e para efeitos de execução.

Este sistema é também o inglês e o alemão e em África o sistema moçambicano. Em Angola não há nenhuma regra na Lei n.º 16/03 que consagre o *sistema de territorialidade*, pelo menos de forma expressa. O princípio poderá considerar-se, todavia, implícito no seu artigo 18.º: Nos termos deste preceito, o procedimento arbitral deve observar os seguintes princípios:

- a) *As partes são tratadas com absoluta igualdade;*
- b) *Em todas as fases do processo, é garantido o contraditório, devendo o demandado ser citado para se defender;*
- c) *Ambas as partes devem ser ouvidas, oralmente ou por escrito, antes de proferida decisão final.*

Trata-se de princípios fundamentais que são inderrogáveis, quer por vontade das partes quer dos árbitros, e a consequência, em caso de inobservância, daqueles princípios será sempre a possibilidade da sua impugnação, seja por via de anulação, nos termos do artigo 34 n.º 1 alínea f) da Lei n.º 16/03, seja por via de acção de recurso, admissível se porventura as partes não tiverem excluído os recursos, com base nos mesmos argumentos podem servir de fundamento à anulação (artigo 35.º n.º 2 da mesma Lei).

Quer isto dizer que qualquer decisão que tenha violado alguns dos princípios no artigo 18.º implicará, ou por via de anulação ou de recurso, a possibilidade de impugnação da decisão conduzindo á ineficácia da sentença.

Se pelo contrário, a decisão se conformar com esses princípios, não for anulada ou recorrida, a sentença goza de certos efeitos. Produz efeitos entre as partes e, se condenatória, força executiva. Ora, embora não consagrado, o princípio da territorialidade tem em vista o mesmo regime.

Dispõe, com efeito o artigo 33.º da Lei n.º 16/03, Lei sobre a Arbitragem Voluntária, que “*a decisão arbitral produz entre as partes os mesmos efeitos das sentenças judiciais*

e, sendo condenatória, tem força executiva”. Temos, pois, que a lei angolana atribui às decisões arbitrais os dois efeitos (i) de caso julgado e (ii) de execução. No entanto, uma coisa é a produção destes efeitos, e outra é a contrapartida ou a moeda de troca deste regime que consiste no Estado só admitir que uma sentença arbitral tenha estes efeitos se a sentença lhe der determinadas garantias, precisamente as que estão consubstanciadas no respeito pelos princípios estabelecidos no artigo 18.º citado.

Ao certo o que significa este princípio da territorialidade? A obediência a princípios processuais mínimos; com a observância mínima de trâmites processuais que o Código de Processo Civil já consagra. Ainda que a arbitragem não esteja sujeita às regras do Código de Processo Civil, não tendo que se conformar necessariamente com as suas regras, não só porque não há regra que o imponha mas também porque as suas regras processuais não se coadunam com a natureza específica da arbitragem, há regras fundamentais e básicas que o Estado onde se realiza a arbitragem exige o cumprimento, sob pena de nulidade.

A arbitragem é um instituto de natureza híbrida ou mista – porque assenta num *acto de vontade das partes* (a convenção de arbitragem ou um contrato) por outro lado *é um meio de administrar a justiça*. Por um lado assenta num contrato, por outro lado é um meio jurisdicional de resolução de conflitos.

A *territorialidade* quer referir-se às regras processuais do País em que se realiza a arbitragem. Para além destas haverá a considerar as Regras do Regulamento de Arbitragem. Se as partes escolheram determinadas regras estas também se aplicam. Na CCI elas até se aplicam antes de quaisquer outras regras. Só subsidiariamente são aplicáveis outras regras sobre as quais as partes acordem. Mas a CCI, com base no princípio da deslocalização, desprende-se da lei de qualquer País. Decorre isto do princípio dispositivo que também vale no Código de Processo Civil para os processos relativos a direitos disponíveis ou quando o processo se encontre na disponibilidade das partes (reflexo do princípio da autonomia privada estabelecido no Código Civil). A vantagem na arbitragem é a disponibilidade das regras aplicáveis pelos árbitros como o permite o artigo 16.º da Lei n.º 16/03 ao estatuir que “*podem as partes acordar sobre as regras do processo a observar na arbitragem*”.

As partes podem fazê-lo de uma forma *directa*: estabelecendo o regulamento do processo arbitral; ou de forma *indirecta*, remetendo para o regime de uma instituição de arbitragem.

Há, apenas, os tais princípios mínimos do artigo 18.º que não estão disponíveis, ou seja, que não estão na disposição das partes para regular de modo diferente.

São, por conseguinte, muito importantes as consequências da solução angolana (que neste aspecto alinha pela lei portuguesa de arbitragem: (i) não há *deslocalização*, isto é, se a decisão não obedecer ao direito angolano, pode-se recorrer dela (ii) mas a sentença proferida tem *efeito executivo* e efeitos de *caso julgado*. Assim, a arbitragem na lei angolana, não tem essas especialidades do direito francês (especialmente a *deslocalização*) mas beneficia muito a eficácia da decisão arbitral.

Podem distinguir-se, sobre este aspecto, três modalidades de regime jurídico de arbitragem:

- a) O francês, mais arrojado, mais avançado, pensado para atrair arbitragens a França, permitindo a aplicação de regras procedimentais distintas das leis francesas mas exigindo o *exequatur* dessas decisões para que se lhes reconheça os efeitos executivos e de caso julgado;
- b) O inglês e o alemão, mais comedido em relação à arbitragem, pois que o processo arbitral não resultou de uma necessidade, visto que aí a arbitragem sempre existiu, está garantido à partida e o que é apenas preciso é articular as decisões arbitrais com o direito;
- c) O intermédio (português e angolano) que dispensa o *exequatur* e confere às decisões arbitrais eficácia de caso julgado e executiva, desde que a decisão arbitral tenha sido conforme o direito nacional, o que pode ser discutido por via de recurso das partes.

VI. A lei aplicável à decisão de mérito na arbitragem internacional

De longe, a questão mais importante é a de saber quais os critérios que podem servir de base à prolação da sentença ou seja a de saber qual a lei aplicável ao mérito ou ao fundo da questão a arbitrar. Ou seja, a questão de saber se (i) a decisão pode ser proferida com base no *direito constituído* (seja ele a lei, o costume, os princípios gerais do direito ou os princípios comuns às ordens jurídicas), (ii) com base na *equidade*, (iii) com base nos *usos e costumes* (iv) ou com base na *composição amigável*.

Há, pois, uma panóplia de critérios com base nos quais a decisão arbitral pode ser proferida. Qual é o regime da Lei Angolana? Estabelece o artigo 24.º no seu n.º 1 da Lei n.º 16/03 de 25 de Julho, Lei sobre a Arbitragem Voluntária, que “*As partes podem*

acordar na convenção de arbitragem ou em escrito posterior que o Tribunal Arbitral julgue, segundo a equidade ou segundo determinados usos e costumes, quer internos quer internacionais”.

O artigo 24.º estabelece no entanto que “*Na falta de acordo escrito, o Tribunal Arbitral julga segundo o direito constituído*”, ou seja que o tribunal julga de acordo com o direito estrito, vigente em Angola ou noutra País. Mas estas não são as únicas alternativas. Veja-se o disposto no artigo 43.º n.º 4 segundo a qual o Tribunal pode, quando autorizado, decidir em termos de uma *composição amigável* (critério que é diferente quer do direito constituído quer da equidade). Isto é possível apenas no âmbito da arbitragem internacional prevista nos artigos 40.º e seguintes. O artigo 43.º estatui sobre os critérios da decisão neste tipo de arbitragem, sempre que estejam em *jogo interesses do comércio internacional*.

É um regime muito pormenorizado aquele sobre que dispõe o citado artigo 43.º. Esta é uma matéria muito controvertida, em que se encontram no direito comparado orientações muito diferentes. Em Angola há duas grandes regras que tiveram acolhimento: (i) a primeira regra é que na arbitragem internacional *as partes podem escolher* a lei aplicável (n.º 1 do artigo 43.º); (ii) segunda regra: se as partes não tiverem escolhido a lei ou o direito aplicável, *compete aos árbitros* determinar a lei aplicável (n.º 3 do artigo 43.º).

1. O princípio da autonomia de vontade

O que é que as partes podem escolher? A lei ou o direito. Não é exactamente a mesma coisa. A lei é a lei de um Estado. O direito já pode contemplar uma ordem jurídica que não seja a de um Estado (por exemplo o Direito Internacional Público). Por exemplo, no caso da lei portuguesa, as partes podem escolher o direito, não se fazendo referência à lei. Na França, Itália, Suíça, as partes podem escolher as regras avulsas de direito, não se falando sequer de ordens jurídicas.

No seu comentário “*Un grand arbitrage pétrolier entre un Gouvernement et deux sociétés privées étrangères*” relativa à arbitragem Texaco/Calasiastic c/ o Governo Líbio, Jean-Flavien Lalive¹⁰ Abordando a questão do direito aplicável, refere que este direito é determinado pela livre escolha das partes o que não é contestado hoje em dia por ninguém. Podem evidentemente é levantar-se algumas interrogações sobre os limites a fixar ao princípio da autonomia aos contratos internacionais. Citando o

¹⁰ Docteur en droit, avocat au Barreau de Genève, ancien Secrétaire général de la Commission Internationale de Juristes

comentário de G. Delaume sobre o artigo 42.º da Convenção de Washington, refere” ... *Il est clair que cette disposition accorde effectivement aux parties une autonomie illimitée dans le choix du droit applicable et que cette autonomie n’est plus limitée aux choix d’un droit interne; elle comporte la possibilité de soumettre au droit international l’ensemble des rapports contractuels ou quelques uns dentre eux*”. Prosseguindo no seu comentário, sobre os limites ou não limites da autonomia das partes, Lalive considera ainda se, para além das duas ordens jurídicas possíveis, a ordem interna e a ordem internacional, não haverá ainda a considerar um terceiro sistema “*qui était censé échapper aussi bien au droit interne qu’au droit international, le système du «contrat dit sans loi», ensemble de règles à dégager du Seul contrat litigieux, comme si les parties avaient entendu et pu créer entre elles un microcosme juridique, un nouvel ordre de règles découlant de leurs rapports contractuels particuliers*”. No seguimento destas ideias, Lalive refere-se também ao direito transnacional, distinto tanto do direito interno como do direito internacional público e cuja substância seria a de uma nova «lex mercatória» a deduzir dos «princípios gerais do direito» e dos «usos do comércio internacional». A constatação final a este respeito é a de que as necessidades do comércio internacional não só aceleraram a evolução da prática contratual como concorreram para a deslocalização do contrato. O tribunal arbitral do litígio em causa referiu assim e bem que *«lorsqu’aujourd’hui le droit national d’un Etat et spécialement celui de l’Etat contractant se trouvent régir le contrat, c’est en vertu de l’accord des parties et non plus du fait d’une application privilégiée et en quelque sorte mécanique comme on a, un temps, pu le croire»*.

2. Proibição do reenvio

Já o n.º 2 do artigo 43.º estabelece que “*qualquer designação da lei ou do sistema jurídico de um determinado Estado é considerada, salvo indicação expressa em contrário, como designando directamente as regras jurídicas materiais desse Estado e não as suas regras de conflitos de leis*”. Ao proibir a remissão para outros ordenamentos, o legislador angolano consagrou a exclusão do *reenvio* (como aliás já constava do artigo 19.º n.º 2 do Código Civil que estabelece a mesma coisa que o n.º 2 do artigo 43.º).

O que quer isto dizer? Por exemplo as partes escolhem a Lei 1 mas esta lei, em matéria de regras de conflito remete para a Lei 2. Será que este *reenvio* deva ser aceite? De acordo com a lei angolana não. Porque é também a solução que está mais de acordo

com a vontade hipotética das partes que escolheram a lei de um determinado Estado e não a lei de outro estado que resulte de uma norma de conflitos.

3. Escolha do direito aplicável pelos árbitros na falta de acordo das partes

As complexidades e até divergências são todavia maiores nos casos em que as partes não escolheram o direito aplicável. Nesse caos, os árbitros devem escolher o direito com base numa regra de conflitos de direito internacional privado que remete para um determinado ordenamento jurídico (sistema inglês).

Na Alemanha, Suíça e Itália, os árbitros devem nesse caso aplicar o sistema jurídico com a *conexão* mais estreita com o conflito, não tendo, por conseguinte que se orientar por uma norma ou regra de conflitos. Em Portugal os árbitros devem aplicar o direito que considerem mais apropriado ao caso, em função do seu conteúdo.

Esta é, pois, uma matéria altamente controversa, em que tanto se admite que os árbitros, na ausência de indicação da lei aplicável, escolham o direito que resulta de uma *regra de conflitos*, quer de uma *conexão mais estreita* com o conflito, quer *o mais apropriado* tendo em consideração o conteúdo do conflito que pelo seu tecnicismo apele a um direito mais aperfeiçoado desse ponto de vista. Tudo isto quer dizer que a decisão dos árbitros, no caso de não haver escolha pelas partes do direito aplicável pode ser diferente da que seria tomada por um tribunal judicial aplicando normas de conflito.

Como é que o legislador angolano resolveu esta questão? Não reproduzindo nenhum dos critérios referidos, foi buscar, precisamente, um elemento a cada um desses critérios. Quanto à escolha das partes, diz o n.º 1 do artigo 43.º que as partes podem escolher a *lei* para ser aplicada ao fundo da causa. Não se fala da escolha de um *direito*. Isto quer dizer que o legislador cingiu o espectro da escolha das partes a *leis estaduais*. O legislador angolano não permite, assim, que essa escolha remeta para o direito internacional público ou outros ordenamentos jurídicos não estaduais.

4. Aplicação pelos árbitros das regras de conflito de leis angolanas

Porém, se as partes não designarem a lei aplicável, dispõe a lei angolana, no n.º 3 do artigo 43.º que “*o tribunal aplica o direito resultante da aplicação da regra de conflitos de leis que julgue aplicável na espécie*”.

Se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável o legislador adoptou a solução mais prudente: os árbitros não vão aplicar livremente a lei que eles entendam a mais *apropriada* ao litígio que pode ser aferida com base em critérios que as partes nunca contemplaram. Mais de acordo com a tutela das expectativas das partes, a lei aplicável deverá ser determinada por uma regra de conflitos que os árbitros têm de explicitamente

referir na sua decisão (indicando com base em que artigo do Código Civil foi feita a escolha da lei aplicável).

5. Julgamento segundo a equidade

A lei angolana determina ainda no n.º 4 do artigo 43.º que “*o tribunal apenas pode decidir segundo a equidade ou proceder a uma composição amigável quando expressamente autorizado pelas partes*”.

Uma certa noção de equidade parece justificar a dispensa do tribunal arbitral do seu dever de fundamentar a sua decisão (artigo 27.º n.º 3 da Lei n.º 16/03. Esta não é talvez a solução mais adequada. Dispõe o n.º 3 do artigo 27.º que “*A fundamentação da decisão proferida segundo a equidade basta-se com a declaração dos factos dados como provados*”. Isto quer dizer que os árbitros julgando de acordo com a equidade não têm de apresentar as razões de direito, bastando-lhes indicar os factos que deram como provados. Em direito comparado há outros exemplos (no direito inglês há muito que existem restrições á necessidade de fundamentação) e há mesmo um certo entendimento de que as decisões arbitrais não devem ser fundamentadas¹¹. Mesmo os árbitros mais antigos produziam decisões muito sucintas. O que se pode perguntar é se em Angola se justifica, esta falta de fundamentação neste caso. Se foram conferidos ao Tribunal poderes para julgar de acordo com a equidade, isso justificará que o Tribunal não tenha de fundamentar a sua decisão? Como é que, aliás, vai poder justificar? Tudo depende do sentido a dar à palavra equidade. Se a equidade é igual *a justiça do caso concreto*, aquela que melhor se adequa ao caso que vai ser julgado (e por isso se podem ajustar as regras legais a aplicar), então, essa decisão deve indicar as razões pelas quais o julgador se afasta da regra aplicável e chega a outro resultado. Ou seja como doutamente expõe o Doutor Dário Moura Vicente em “Da Arbitragem Comercial Internacional”, “mesmo que se atribua à equidade o papel de elemento corrector da solução legal porventura inadequada na espécie, a decisão *ex aequo et bono* não dispensa a prévia determinação das disposições normativas aplicáveis”¹².

O artigo 8.º do Código Civil que estabelece a obrigação de julgar e o dever de obediência à lei, tem implícita ideia de que o julgador deve presumir que a lei consagra

¹¹ Embora no direito inglês não seja admitido que os árbitros julguem segundo a equidade, sendo também esse o caso do direito dos países da Europa de leste (Cfr. Doutor Mário Vicente “Da Arbitragem Comercial Internacional Direito Aplicável ao Mérito da Causa, Coimbra Editora, pp.. 201)

¹² Como refere o Prof. Doutor Dário Moura Vicente, na obra acima citada, “alguns autores são ainda mais restritivos, excluindo em princípio, a admissibilidade de uma decisão *contra legem*, baseada na equidade”.

as soluções mais justas. Se o julgador quer afastar-se da lei e quer julgar de acordo com a equidade deve expressar as razões de justiça concreta que o nortearam para chegar ao seu veredicto. Uma decisão nunca é uma decisão livre, não é uma decisão proferida em função do estado de espírito momentâneo do julgador. É antes uma decisão que deve estar sujeita ao escrutínio das razões pelas quais se chegou a determinado resultado. É assim que a equidade deve ser entendida. Entendendo de outro modo apenas se aumentam os riscos de arbitrariedade, ou se estabelecerá mesmo o receio de atribuir aos árbitros esse poder de julgar de acordo com a equidade.

6. *Composição amigável*

Não explica a Lei o que é esta *composição amigável*, mas trata-se de uma figura igualmente acolhida na lei portuguesa e que vem da doutrina francesa (*composition amiable*) ou *amiable composition*. É uma forma de arbitragem em que o árbitro vai tentar compor as partes, procurando proferir uma decisão mais justa que a que resultaria da pura e simples aplicação da lei. Não julgam nem de acordo com a equidade, nem de acordo com a lei mas tendo em consideração a reconstituição de um clima de confiança entre as partes que lhes permita manterem a relação contratual ou comercial que está na base do conflito. É uma figura sem tradição em Portugal e em Angola, importada de França, mas não é uma figura distinta da arbitragem. Continua a ser uma forma de julgar o mérito da causa. É apenas uma espécie de arbitragem que se caracteriza mais pelo resultado, o qual deve garantir a continuidade das relações comerciais entre as partes. O seu objectivo é que se restaure a relação anterior ao conflito.

Note-se, no entanto que, como referido antes, a *composição amigável*, só aparece consagrada para a arbitragem internacional (como aliás é assim também na lei portuguesa). Esta é, contudo, uma solução discutível, pois não se vê porque não se possa fazer a *composição amigável* também na arbitragem interna. É que com esta forma de solução o que se pretende é o restabelecimento do clima amistoso entre as partes e esse problema também se coloca na arbitragem interna. Num contrato entre duas empresas as partes podem desentender-se sobre a sua execução, podendo pedir ao tribunal arbitral que decida com base nos *poderes de composição* que lhes conferem. O que se visa é recriar entre as partes um clima amistoso, propício à colaboração entre si. É de supor que esta modalidade de apenas resolução de litígios internacionais não seja mais do que um resquício da arbitragem internacional que vem da lei francesa e que foi sendo criado à margem da lei da arbitragem pela jurisprudência para aquele tipo de arbitragem.

7. Complementaridade dos usos e costumes do comércio internacional

Um quinto critério é adoptado pela lei angolana no n.º 5 do artigo 43.º: “*em qualquer caso, o tribunal Arbitral toma em conta os usos e costumes do comércio internacional aplicável ao objecto da convenção de arbitragem*”. Esta é uma disposição muito interessante. Depois de ter dado provas da maior prudência no artigo 43.º n.º 2, n.º 3 e n.º 4 vem ainda dizer no n.º 5 que, apesar de tudo, devem os árbitros tomar em conta os *usos e costumes* aplicáveis. Assim, num eventual litígio sobre a exploração ou comercialização de produtos petrolíferos (como em múltiplos domínios da actividade económica), nestas matérias, devem ser tidos em conta os *usos e costumes do comércio internacional* aplicável ao objecto da convenção de arbitragem.

Esta previsão não existe na Lei portuguesa mas ela aparece exposta na Lei Modelo da CNUDCI (Viena 1985) que estabelece no n.º 4 do seu artigo 28.º que “*em qualquer caso, o tribunal arbitral decidirá de acordo com as estipulações do contrato e terá em conta o uso do comércio aplicável à transacção*”.

Nos termos do n.º 5 do artigo 43.º da Lei sobre a Arbitragem voluntária, “os árbitros podem atender aos usos e costumes do comércio internacional tanto no caso de as partes os terem expressamente referido no contrato ou na convenção de arbitragem, como devem, “*em qualquer caso*” aplicá-los desde que se mostrem compatíveis com as normas imperativas da lei aplicável à relação material em litígio. Como ensina o Doutor Dário Moura Vicente os usos podem, nesta medida, ser objecto de uma referência material, mas não de uma referência conflitual; ou seja aqueles usos e costumes não podem ser o critério único de apreciação do objecto do litígio na arbitragem internacional. Ainda que as partes não tenham feito referência a esses usos e costumes na sua convenção arbitral, os árbitros devem, nos termos da lei angolana, considerar as partes vinculadas a esses usos e costumes, como elementos de interpretação e integração do contrato. Se as partes nada tiverem dito, pois, a este respeito, podem ainda assim os usos e costumes ser tomados em consideração pelos árbitros como elementos de interpretação e integração das suas declarações negociais. É uma previsão que se afigura avisada e equilibrada, embora em termos de direito comparado esta solução não seja consensual.

8. *Lex mercatoria*

Há mesmo quem vá ainda mais longe e defenda não apenas a aplicação dos usos e costumes do comércio internacional, mas a aplicação de uma ordem jurídica internacional autónoma que seria a designada *lex mercatoria*.

Haveria, como referido acima, aquando da apreciação da autonomia da vontade das partes, uma ordem jurídica autónoma do Estado e da ordem jurídica internacional que regulando o comércio internacional seria uma verdadeira *lei do mercador* à qual, as partes podiam submeter os seus litígios e que os árbitros, na arbitragem internacional podiam escolher. O Prof. Lima Pinheiro fala, a este respeito em *arbitragem transnacional* cujas fontes seriam *supraestaduais, infraestaduais e paraestaduais*¹³, e a mesma ideia aparece em França com Fouchard, Gaillard, desde os anos 60. No direito angolano essa tese não tem acolhimento. Na lei angolana a lei aplicável é a escolhida pelas partes, com exclusão das regras de conflito dessa lei. Na falta de indicação da lei aplicável a lei angolana prescreve que os árbitros devem determinar a lei aplicável por via das regras de conflitos de leis aplicável e a única abertura é a tomada em consideração dos usos e costumes do comércio internacional *complementando* a lei aplicável. Ou seja, no entendimento da lei angolana, os *usos e costumes* do comércio internacional têm uma aplicação complementar mas não têm uma *função substitutiva* da lei aplicável. Por outras palavras os usos e costumes do comércio internacional não funcionam como *alternativa* mas como complemento da lei considerada aplicável, seja por ter sido escolhida pelas partes, seja por ter sido determinada pelos árbitros com base numa regra de conflitos.

Está certo que assim seja, porque é mais do que discutível a aplicação de um conjunto de normas que não constituem verdadeiro direito. No Direito Português, o seu artigo 33.º também se refere à escolha das partes e à escolha dos árbitros em alternativa. As partes podem escolher a lei ou o direito aplicável e os árbitros do mesmo modo podem escolher o direito mais apropriado. Há quem entenda que a *lex mercatoria* também é um direito e que pode ser esse o *direito mais apropriado*. Ora a teoria da *lex mercatoria* revela-se algo perigosa porque, em última análise, ela é ditada pelas próprias empresas que actuam no mercado, e logo, naturalmente, as mais fortes e poderosas. É por isso uma *lex* que atende sobretudo ao interesse dos fortes, não dos fracos nem dos Estados. Ora nos litígios há também os interesses dos fracos e os interesses do Estado. Em Angola temos convenções de arbitragem com base nos contratos de investimento. A *lex mercatoria* não poderia ser a mais adequada para resolução dos conflitos deles emergentes pois ela desconsidera alguns interesses que devem ser atendidos. Nos

¹³ Luís de Lima Pinheiro, Direito comercial Internacional, Almedina, Outubro 2005, pp. 457.

litígios de consumo, por exemplo, não haveria interesse do consumidor que sobrevivesse à *lex mercatoria*.

Aliás é discutível o que seja o conteúdo da *lex mercatoria*. Ninguém demonstrou qual seja o seu conteúdo ou o seu teor. Seria um factor de grande *incerteza* quanto às regras aplicáveis. Se as partes tivessem a imprudência de escolher essa *lex mercatoria*, o que é que realmente os árbitros iriam aplicar?

9. Princípios UNIDROIT

Tem havido, no entanto, tentativas para superar essa dificuldade e problema, por via de uma organização internacional denominada UNIDROIT (uma agência da antiga Liga das Nações para a União do Direito Privado com a sua sede em Roma).

Em 1994 a UNIDROIT estabeleceu os princípios UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais. O que são estes princípios? Eles são uma compilação de princípios jurídicos, com anotações, feita por um grupo de juristas, professores universitários na sua maior parte. Refere-se no seu Preâmbulo que estes princípios podem ser considerados como a expressão da *lex mercatoria*, sempre que num contrato se suscitem dúvidas, constituindo, assim, um instrumento de superação da objecção quanto à incerteza relativa ao conteúdo da referida *lex mercatoria*. Aparentemente esta compilação de princípios teria o condão de tornar tudo claro, pondo o preto no branco. Isto não passa, porém, de mera ilusão, pois qualquer pessoa verifica que esses princípios não vigoram em parte nenhuma do mundo. São os princípios que um grupo de professores de direito acham que são os mais adequados, mas não são os princípios realmente observados no mercado internacional. São, como dizem os alemães, *professorenrecht*, um conjunto de regras ou princípios identificados por professores de direito mas sem uma autêntica correspondência com a realidade diversificada do comércio internacional.

Estão lá princípios como os da *boa fé* (artigo 227.º do Código Civil). Na nossa família jurídica, romano-germânica, isso faz sentido, pois reconhecemo-nos nesse princípio que está completamente aceite e enraizado. Mas já na Commonwealth e noutros sistemas jurídicos não há o reconhecimento desse princípio, pelo menos com o mesmo empenho. Podem romper-se contratos sem qualquer fundamentação e isso não constituir um acto de má fé. Podem omitir-se nas negociações preliminares informações essenciais para a outra parte e não haver violação de qualquer regra ou princípio, não havendo nestes casos responsabilidade extracontratual. É, pois, diferente a concepção contratual do

direito anglo-saxónico o que nos deve levar a reflectir se, por exemplo, o princípio da boa fé não é um princípio universal, da *lex mercatoria*.

O mesmo se diga quanto ao *abuso de direito* (artigo 334.º do Código Civil). Em Inglaterra não há nenhuma regra que o estabeleça. E os exemplos podem multiplicar-se. Há princípios que nós consideramos básicos, por exemplo, o princípio da igualdade, que ninguém questiona, na Europa, em Angola, entre marido e mulher... mas se olharmos para o mundo islâmico esse princípio não está lá, pelo contrário, ali o que vale é o primado do homem sobre a mulher (só o homem é que pode estar casado em regime de poligamia e pode repudiar a mulher).

Por isso, quando fazemos aplicação dos princípios UNIDROIT estamos, porventura, a incorrer num erro, num logro, ao acreditar que eles têm essa universalidade. Servem, sim, como modelo de regulação de contratos internacionais, ou remetendo para esses princípios ou usando alguns desses princípios como o fez a China (que não os adoptou em toda a extensão).

O UNIDROIT corresponde, assim, a uma espécie de *direitos contratuais gerais*, utilizáveis pelos contratantes internacionais que podem incorporá-los nos seus contratos, podendo igualmente os Estados incorporá-los nas suas leis. Por isso a *lex mercatoria* não evoluiu significativamente com esses princípios UNIDROIT.

Existem associações internacionais, na área das empreitadas e obras públicas, têm feito aplicações de usos e costumes do comércio internacional. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) editou regras de contratos de compra e venda e sobre garantias internacionais. Mas esses usos e costumes têm só essa função complementar. Tal como está previsto na lei angolana.

VII. A lei aplicável aos *Contratos de Estado*

Resta analisar as especificidades da lei aplicável sempre que os árbitros tenham de julgar um conflito ou um litígio emergente de um contrato celebrado pelo Estado com empresas estrangeiras, como acontecem ser as empresas petrolíferas actuando em Angola.

Há com efeito, arbitragens em que uma das partes é o Estado e outra parte um particular, sendo este uma entidade internacional. O objecto dessas arbitragens, é por regra constituído por investimentos feitos pelos particulares nesse País. São os “*State Contracts*” ou “*Contrats d’Etat*”, contratos celebrados entre um Estado e um particular

que têm em vista a realização de investimentos nesse Estado por particulares, ou a exploração por particulares de recursos públicos dentro desse Estado. A questão que se coloca quando submetidos os litígios emergentes desses contratos, é a de saber uma vez mais qual é o direito aplicável ao mérito da causa.

1. Interesses contrapostos

Haverá em primeiro lugar que atender aos interesses em jogo. Há duas ordens de interesses contrapostos: (i) os interesses do Estado, da soberania sobre os recursos naturais e gerir os contratos celebrados tendo em vista o interesse público; (ii) os interesses do particular igualmente legítimo da tutela da salvaguarda da sua confiança criada por esse contrato, nomeadamente a confiança na sua continuidade e estabilidade. O que desde logo caracteriza esta relação é o elevado risco da alteração da sua vigência (do contrato ou da lei) impostas pelo próprio Estado como por exemplo, expropriações, nacionalizações de bens porque entende que se for ele Estado directamente a explorar consegue uma melhor rentabilização sendo que é isso que lhe é determinado pelo interesse público que lhe compete salvaguardar, tendo os Estados inteira liberdade para alterar o seu próprio direito. A este interesse há o interesse contraposto do particular que se reflecte também no direito. A questão é de saber em que medida esse interesse na continuidade e na estabilidade contratuais pode ser também adequadamente salvaguardado.

2. Casos da experiência internacional

Estas situações acontecem com alguma frequência. Em Portugal, nos anos 70, em plena crise económica, uma determinada empresa estrangeira, a *Setenave*, estava na exploração de um estaleiro em Setúbal para construção de petroleiros. Essa empresa estrangeira viu-se confrontada com uma lei portuguesa segundo a qual as empresas que fossem declaradas em situação económica difícil, não podia ser invocada contra ela o atraso nos pagamentos, o que impediu a *Setenave* de proceder à cobrança dos seus créditos caindo na mesma dificuldade. A arbitragem, na Holanda, defendeu que se este contrato fosse exclusivamente sujeito ao direito português, deixaria o particular completamente *desarmado*. Tinha de se considerar que *algo mais, para além dos direitos do Estado português se devia aplicar*.

Na jurisprudência internacional há vários casos. Casos que opuseram diversas Companhias internacionais ao Estado líbio ditados pelo facto do Estado líbio em 1972 ter nacionalizado sem indemnização todas as concessões petrolíferas que a Líbia havia contratualizado com essas empresas petrolíferas estrangeiras. Também aí a submissão

exclusiva do conflito à lei do Estado líbico deixava essas empresas sem direito a qualquer indemnização.

3. Modalidades de conciliação dos interesses contrapostos

A saída que se tem encontrado para esta situação tem obedecido a vários modelos: um modelo advoga que além do direito do Estado contratante será aplicável nestes casos o Direito Internacional Público, cujas fontes radicam nos princípios gerais de direito (como consta do documento que serve de base ao Estatuto do Tribunal de Justiça no seu artigo 38.º).

Ora entre os princípios gerais de direito que são reconhecidos pela doutrina nessa matéria figura a regra do “*pacta sunt servanda*”.

Assim como se inclui o princípio de que em caso de nacionalização ou expropriação é sempre devida uma indemnização ao particular que for sujeito a uma nacionalização ou expropriação. É um corolário do respeito pelo *direito de propriedade*.

A saída, para este problema, é assim, a forma de *conciliar os dois interesses*. O elemento comum a todos os casos conhecidos na jurisprudência internacional é o que procura evitar-se que a essas arbitragens seja aplicado exclusivamente o direito do Estado para que o particular não fique desprovido de indemnização. Para tanto diz-se que os contratos objecto da arbitragem estão sim sujeitos ao direito do Estado em parte, mas também ao Direito Internacional Público e logo aos princípios gerais de direito.

No direito constitucional angolano não existe ainda uma norma como a do artigo 8.º da Constituição Portuguesa de acordo com a qual o direito internacional público faz parte da ordem jurídica (artigo 8.º da Constituição Portuguesa) independentemente de qualquer acto de recepção. Todavia os projectos dimanados da Comissão Técnica Constitucional, reproduzindo nesse aspecto o que já constava do anteprojecto de 2004, que “*o direito internacional geral ou comum faz parte integrante do ordenamento jurídico angolano*”.

Nos termos do artigo 15.º da actual Lei Constitucional “*A República de Angola respeita e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas, da Carta da Organização de Unidade Africana, do Movimento dos Países não Alinhados, e estabelecerá relações de amizade e cooperação com todos os Estados, na base dos princípios do respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não ingerência nos assuntos internos de cada país e reciprocidade de vantagens*” pelo que não pode deixar de se entender, de forma positiva, que os princípios gerais de direito

integram, também, a ordem jurídica angolana e que, em caso de conflito desses princípios com a ordem jurídica interna devam prevalecer os princípios gerais de direito. Isto mesmo está consignado no texto normativo da Convenção de Washington de 1965 para a resolução de Diferendos Relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados, elaborada sob a égide do Banco Mundial¹⁴. Para estes casos está previsto um mecanismo específico de arbitragem em caso de litígio: a atribuição da resolução do conflito a um centro de arbitragem que existe no âmbito do Banco Mundial, com sede em Washington: CIRDI Centro Internacional para a Resolução de Diferendos Relativas a Investimentos entre Estados Contratantes e nacionais de outros Estados contratantes¹⁵.

O que nos diz a Convenção de Washington sobre esta matéria? O artigo 42.º segue a regra da determinação da lei aplicável ao mérito da causa ser da escolha das partes: “*O tribunal julgará o diferendo em conformidade com as regras de direito acordadas entre as partes*”. Na ausência de designação das partes quanto à lei aplicável são os árbitros que devem aplicar “*a lei do Estado Contratante parte no diferendo (incluindo as regras referentes aos conflitos de leis), bem como os princípios de direito internacional aplicáveis*. Ou seja, que além da lei do Estado aplicam-se os princípios gerais do direito – nomeadamente o princípio *pacta sunt servanda*, com base no qual deverá ser reconhecido o direito a indemnização à parte prejudicada.

4. Exemplos da jurisprudência arbitral internacional

Lendo algumas sentenças arbitrais que vêm sendo proferidas neste âmbito (algumas anteriores a 1965, em arbitragens ad hoc, assinadas por árbitros de grande reputação) constata-se que os árbitros procuraram soluções variadas, mas sempre visando limitar a aplicação do direito estadual.

- (i) No caso BP-Líbia, sentença proferida em Copenhague a 10 de Outubro de 1973 pelo árbitro Gunnar Lagergren, árbitro único, foram aplicados os princípios comuns ao estado líbio e ao Direito internacional e, quando não, os princípios gerais do direito¹⁶;

¹⁴ Convenção que já conta com um número recorde de adesões (144 Países) mas a que Angola ainda não aderiu, o que concorre para a não verificação de uma das vantagens da arbitragem quanto à maior facilidade do reconhecimento das sentenças arbitrais.

¹⁵ Ou na versão inglesa, ICSID, International Centre for Settlement of Investments Disputes

¹⁶ “This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals”.

- (ii) No caso Líbia – TEXACO, sentença proferida em 19 de Janeiro de 1977 pelo Prof. René-Jean Dupuy (France) aplicou-se o direito internacional público¹⁷;
- (iii) No caso LIAMCO – Líbia, sentença proferida a 12 de Abril de 1977, pelo árbitro único Sobhi Mahmassani, aplicaram-se os princípios gerais do direito e o direito internacional privado (nomeadamente o princípio da autonomia da vontade)¹⁸;
- (iv) No caso ARAMCO (Arabian American Oil Company) - Arábia Saudita sentença proferida a 23 de Agosto de 1958, pelos árbitros M. Sauser-Hall (surarbitre), MM. Hassan e Saba Habachi, foi aplicado o direito saudita, complementado pelos princípios gerais do direito¹⁹;
- (v) No caso AGIP (companhia italiana estabelecida no Congo desde 1962) – República Democrática do Congo, sentença proferida a 30 de Novembro de 1979 pelos árbitros J. Trolle (Chairman), René-Jean Dupuy e F. Rouhani, foi aplicado o direito congolês e os princípios do direito internacional²⁰;
- (vi) No caso AMINOIL (The American Independent Oil) contra o Estado do Koweit, sentença proferida em 1982 pelos árbitros: Prof. Paul Reuter (president) Prof. Hamed Sultan; Sir Gerald Fitzmaurice, Q.C. foi aplicado o

¹⁷ “The application of the principles of Libyan law does not have the effect of ruling out the the application of the principles of international law, but quite the contrary: it simply requires us to combine the two in verifying the conformity of the first with the second”.

¹⁸ “Que les contrats de LIAMCO n.º 16, 17 et 20 datant de 1955 et modifiés en 1966, ont un caractère contractuel et sont régis para la loi propre du contrat qui est, d’abord la loi libyenne, dans la mesure où elle est compatible avec le droit international, et subsidiairement, les principes généraux de droit, le droit libyen incluant à cet égard la législation libyenne, le droit islamique, la coutume, le droit naturel et l’équité”.

Dans l’affaire LIAMCO, cherchant à déterminer la regle de conflit applicable, l’arbitre commence par declarer qu’il lui semblerait inequitable « de se baser sur l’un des systems juridiques à l’exclusion de l’autre sans violer le principe de l’égalité dès parties» (p.62) ert que par conséquent il lui convient de se «guider sur les principes généraux régissant les conflits de lois en droit international privée (40). Deux remarques en partie liées: il est à noter que l’Etat et la société sont traités sur un pied d’égalité et que par conséquent l’Etat traité comme entité de droit prive se voit appliquer les règles de conflit du droit international prive. Et selon ce droit, l’autonomie de la volonté fonctionne et la clause 28 indique le droit applicable. L’arbitre cependant cherche confirmation de sa decision en examinant le droit interne libyen et le droit international, où se retrouve ce meme principe”

¹⁹ Esta sentença pôs fim a um litígio entre o Governo da Arábia saudita e a ARAMCO a propósito de um acordo concluído entre aquele Governo e o armador grego Aristóteles Onassis.

²⁰ In the present case under Article 15 of the Agreement, Congolese law can be “supplemented”if necessary by any principle of international law. AGIP has maintained that the term “supplemented” should be interpreted as implying the subordination of Congolese law to international law. Whatever the merits of this argument, it is enough for the Tribunal to note that the use of the term “supplemented” means as a minimum that there can be recourse to the principles of international law either to fill the gap in Congolese law or to supplement it if necessary”.

direito do Koweit e os princípios gerais do direito incorporados no direito do Koweit²¹;

- (vii) No caso que opôs a ELF Aquitaine à empresa nacional iraniana National Iranian Oil Company (INOC), proferida a 14 de Janeiro de 1982, pelo árbitro único Prof. Dr. Bernhard Gomard foram aplicados os princípios gerais do direito e o direito internacional²²;
- (viii) No caso que opôs a Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd e o Sheikh do Abu Dhabi, sentença proferida em Setembro de 1951 pelo árbitro Lord Asquith of Bishopstone, foram aplicados os princípios gerais do direito²³;
- (ix) No caso que opôs o Governo do Qatar e a International Marine Oil, sentença proferida em Junho de 1953, pelo árbitro Sir Alfred Bucknill, foram aplicados os princípios de justiça natural e equidade²⁴.

²¹ "The parties base their relations with regard to the agreements between them on the principle of goodwill and good faith. Taking account of the different nationalities of the parties, the agreements between them shall be given effect, and must be interpreted and applied, in conformity with principles common to the laws of Kuwait and of the State of New York, United States of America, and in absence of such common principles, then in conformity with the principles of law normally recognized by civilized states in general, including those which have been applied by international tribunals".

²² "It is agreed that the Arbitration Board or the sole arbitrator in arriving at the award, shall in no way be restricted by any specific rule of law, but shall have the power to base his award on considerations of equity and generally recognized principles of law and in particular International Law".

"A State which was itself entered into an international agreement or has permitted companies or institutions controlled by it to enter into such agreement regulated as *lex contractus* by recognized principles of international law, is not free to change that *lex contractus* by subsequent legislation. The agreement contains in Art. 44 a clause of intangibility and in the Preamble to the agreement the parties NIOC and EARP (now ELF) express their intention to "carry out in a spirit of good faith and good will the provisions of the agreement".

The arbitrator also noted that a State "is bound by its obligations under international agreements or concessions" in accordance with the principle of *pacta sunt servanda*.

²³ What is the "Proper Law" applicable in construing this contract? This is a contract made in Abu Dhabi and wholly to be performed in that country. If any municipal system of law were applicable, it would prima facie be that of Abu Dhabi. But no such law can reasonably be said to exist. The Sheikh administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments. Nor can I see any basis on which the municipal Law of England could apply. On the contrary, Clause 17 of the Agreement, cited above, repels the notion that the municipal Law of any country, as such, can be appropriate. The terms of that Clause invite, indeed prescribe, the application of principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations – a sort of "modern law of nature". I do not think that on this point there is any conflict between the parties".

"But, albeit English Municipal Law is inapplicable as such, some of its rules are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence – this "modern law of nature"

²⁴ "The first question was whether the proper law to be applied in the construction of the Principal Agreement is Islamic law or the principles of natural justice and equity". "In my opinion neither party intended Islamic law to apply, and intended that the agreement was to be governed by the principles of justice, equity and good conscience".

As expressões através das quais os árbitros procuraram fundar a responsabilidade dos Estados são, como se vê, muito variáveis, ilustrando que há espaço para alguma *imaginação*, como o atestam os acima invocados “*princípios da justiça natural*”. É possível que estes princípios tomem o seu lugar numa zona indiferenciada onde a diversidade vocabular (princípios gerais de direito, princípios de direito internacional, princípios gerais do comércio internacional, *lex mercatória*, etc.) não seja mais do que uma forma de mascarar noções realmente sinónimas ou intercambiáveis, sem especificidade jurídica própria ou que então se esteja, ao contrário, em presença de normas dotadas de uma natureza própria situadas em relação às outras normas numa total independência, com o seu próprio lugar bem distinto numa ordem hierarquizada, como se interroga o Professor da Universidade de Direito, Economia e Ciências Sociais de Paris Bruno Oppetit no seu comentário à arbitragem Framatome e outros c/ a Atomic Energy Organization of Iran.

5. A limitação do Direito Internacional e o Contrato de Investimento Angola LNG

A conclusão é estabelecer que o Estado não esteja completamente livre para alterar as suas leis e os contratos de que seja parte eximindo-se a qualquer responsabilidade no sentido de reparar as partes que consigo contrataram confiando na continuidade e estabilidade desses contratos. Entender doutro modo seria o mesmo que admitir que o Estado pudesse livremente estabelecer as cláusulas do contrato a que está obrigado.

Esta é, no entanto, a posição de que parecem aproximar-se os Profs. Drs. Carlos Feijó e N’Gunu Tiny na sua recente obra “A Regulação do Gás Natural em Angola”²⁵ onde incluem um parecer expandido face à consulta sobre se à luz das regras legais e contratuais pertinentes, seria ou não – e, em caso negativo como tornar – juridicamente vantajoso para o Estado angolano e para a *Sonagol, E.P.* a redacção da cláusula da lei aplicável da versão preliminar do Contrato de Investimento Angola LNG com a seguinte redacção:

1. *This contract is governed by Angolan Law.*
2. *The following rules of international law shall also apply:*
 - a) *the right to enforce contractual rights against a State party (the rule “pacta sunt servanda”;*

²⁵ Almedina Maio 2009

b) the right to prompt, adequate and effective compensation in case of expropriation of tangible properties or property rights or interference with contract rights”.

Concluem aqueles autores que esta cláusula não é vantajosa, apesar da escolha da lei angolana, isto é, o conjunto de todas as regras substantivas do ordenamento jurídico angolano, incluindo as regras e princípios de resolução de conflitos do âmbito do direito internacional privado, pela aplicação expressamente prevista de dois regimes específicos do direito internacional: o princípio de *pacta sunt servanda* e o direito á justa, pronta e adequada indemnização em caso de expropriação por utilidade pública ou actos de natureza análoga.

Analisando o Contrato à luz dos interesses do Estado angolano e da *Sonangol* referem aqueles autores que “*alguns contratos internacionais de investimento prevêm ou antecipam situações em que a lei local não é aplicável, contém lacunas ou omissões, ou não é de todo conveniente ou vantajosa (ou mesmo credível). Assim, também é frequente, ainda que não natural, a referência a certas regras e princípios gerais do direito, nomeadamente do direito internacional*”. Neste entendimento os autores defendem e propõem excluir do clausulado acima transcrito do âmbito de regulação do Contrato de Investimento, considerando que o recurso aos princípios internacionais não é a única e, talvez nem seja a melhor forma de garantir a estabilização de um contrato de investimento. A referência ao direito internacional, ao invés, tem sido progressivamente eliminada ou duplamente constringida, sendo feita uma referência a regimes ou regras específicas de direito internacional ou sujeitando a aplicação deste a certos condicionalismos, como por exemplo: a existência de lacuna legislativa, a compatibilidade com regras de direito nacional, ou ainda a compatibilidade com outros princípios jurídicos (por exemplo da *common law*), isto é, uma referência ao direito internacional geral é feita de forma casuística e condicionada²⁶.

Indicam em apoio da sua posição o direito comparado: no âmbito dos contratos internacionais de petróleo e gás: no Azerbaijão, existe uma referência casuística à regra de *pacta sunt servanda* (tal como previsto no Contrato de Investimento de Angola LNG); na China, os princípios de direito internacional só são aplicáveis nos casos de inexistência de princípios do direito chinês (o direito internacional tem, pois, carácter subsidiário); na Índia, o direito internacional é aplicável se e apenas quando não

²⁶ Dr. Carlos Feijó e Dr. N’Gunu Tiny, obra citada, pp. 103 e ss..

contrariar o direito indiano; no Kazaquistão, o direito internacional é aplicável em caso de lacuna do direito kazaquistânês, isto é, quando o direito local não regula determinada matéria.

No mesmo parecer os mesmos autores analisaram a cláusula de resolução de conflitos que na parte que interessa estabelecia: “*The arbitral tribunal shall find in accordance with Angolan substantive law and the relevant principles of international law*”, propondo-se no parecer que esta última referência fosse excluída do texto do Contrato de Investimento de Angola LNG.

6. Soberania e compromisso do Estado contratante

Pensamos que as conclusões destes doutos pareceres pecam apenas por uma certa contradição entre aceitarem a arbitrabilidade de litígios interessando o Estado angolano e a dificuldade de aceitarem uma noção de soberania com a faculdade do Estado se comprometer juridicamente sobre questões que tocam os seus poderes soberanos. Como aconteceu com a arbitragem Framatome e outros c/ a Atomic Energy Organization of Iran²⁷, a reafirmação pelo tribunal da soberania do Estado sobre os seus recursos naturais e as suas actividades económicas correspondem hoje a um princípio indiscutível, nos termos que já tinham sido perfeitamente enunciados na sentença Texaco em 1977 a propósito do Estado Líbio proceder a nacionalizações:...«*c'est une prerogative essentielle de la souveraineté pour les autorités de l'Etat qui sont chargés constitutionnellement de l'exercer que de choisir et d'édifier librement un système économique et social. Cette prerogative est reconnue à l'Etat par le droit international au même titre que celle de déterminer en toute indépendance son régime politique et ses institutions constitutionnelles*»....

O reconhecimento deste direito sacrossanto, não obsta à distinção entre a soberania e o seu exercício, tal como feita na sentença Texaco. Com a quase unanimidade da doutrina, o Tribunal subscreveu a ideia de que a conclusão de contratos é um modo de exercício da soberania que nenhuma regra de direito internacional público positivo, susceptível de se aplicar enquanto *jus cogens* o interdita.

Pode acrescentar-se que a jurisprudência arbitral testemunha o mesmo rigor quando se tenta deslocar o problema sobre o terreno da imunidade da jurisdição. É assim que uma sentença arbitral afirmou com todo o vigor que a imunidade da jurisdição dos Estados,

²⁷ Arbitrage et contrats d'Etat l'arbitrage Framatome et autres c/ Atomic Energy Organization of Iran da comentário da autoria de Bruno Oppetit, Professeur à l'Université de Droit, économie et Sciences sociales de Paris.

pela sua própria natureza, não tinha lugar em matéria de arbitragem internacional. O árbitro em causa exprimiu-se nestes termos que consideramos lapidares para conclusão deste Relatório:

«Je dois admettre que j'ai quelque peine à suivre le fil du raisonnement selon lequel un Etat, uniquement en raison de sa situation et de ses qualités suprêmes, sera incapable de donner une promesse que l'engage. Le principe "pacta sunt servanda" est de façon général reconnu en Droit International et il est difficile de voir une raison quelconque pour laquelle il ne s'appliquerait pas ici. Un Etat souverain doit être suffisamment souverain pour faire une promesse qui l'engage aussi bien en Droit International qu'en droit interne... Exiger ou supposer dans ses conditions qu'une promesse de l'Etat de se soumettre à l'arbitrage devrait, pour l'engager, être confirmée devant l'arbitre, affecterait plus la souveraineté de l'Etat et sa dignité que n'en ferait l'exécution, par l'arbitre, de la mission qui lui a été confiée en application de l'accord des parties».

Aceitando que os Estados possam livremente nacionalizar ou expropriar os bens que sejam objecto dos contratos com entidades particulares, a jurisprudência e a doutrina têm procurado equilibrar a relação entre as partes estabelecendo que pelo menos o Estado que nacionaliza ou expropria esteja sujeito, de forma explícita ou implícita, à obrigação de indemnizar os danos que essa sua decisão soberana causar à outra parte, determinando um valor indemnizatório correspondendo ao valor que o particular retiraria dessa exploração até ao termo dela. Como acima se refere esta determinação não afecta a soberania do Estado contratante que é ela própria o fundamento da sua decisão soberana de contratar.

Bibliografia consultada

Almeida, Carlos Ferreira de – “*Convenção de arbitragem: conteúdo e efeitos*”, in / Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de arbitragem comercial). *Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2008) pp. 81 ss.

Feijó, Carlos e N’Gunu Tiny – *A regulação do gás natural em Angola*, Coimbra, Almedina, 2009

Mimoso, Maria João – *Arbitragem do comércio internacional Medidas provisórias e cautelares*, Quid Juris, 2009

Oliveira, Ana Perestrelo de – *Arbitragem de litígios com entes públicos*, Coimbra, Almedina, 2007

Pinheiro, Luís de Lima – *Arbitragem transnacional. A determinação do estatuto da arbitragem*, Coimbra, Almedina 2001, pp. 1 ss.; *Direito Comercial Internacional. Contratos comerciais internacionais – Convenção de Viena sobre a venda internacional de mercadorias – arbitragem transnacional*, Coimbra, Almedina, 2005 pp.443 ss.

Semedo, José António Lopes – *A arbitragem voluntária em Angola: quadro normativo e perspectivas*” in II Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de arbitragem comercial), *Intervenções*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 13 ss.

Teixeira, Carlos – *Os contratos administrativos no direito angolano*, Luanda Editora.

Vicente, Dário Moura – *Da arbitragem comercial internacional. Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra, Coimbra Editora, 1990; *Direito aplicável aos contratos públicos internacionais*, in *AAVV Estudos em homenagem ao professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa/Coimbra Editora, 2006, Vol I, pp. 289 ss..

Textos normativos relevantes

1. Lei n.º 23/92 de 16 de Setembro, Lei Constitucional
2. Código Civil
3. Código de Processo Civil
4. Decreto-Lei n.º 16-A/95 que aprova as Normas do Procedimento e da Actividade Administrativa
5. Decreto-Lei n.º 4-A/96, de 5 de Abril, que aprova o Regulamento do Processo Contencioso Administrativo
6. Lei n.º 16/03, de 25 de Julho, sobre Arbitragem Voluntária
7. Lei n.º 10/04, de 12 de Novembro. Lei das Actividades Petrolíferas
8. Resolução n.º 34/06, de 15 de Maio que aprova o engajamento do Governo na arbitragem como meio de solução de litígios sobre direitos disponíveis
9. Resolução da Assembleia Nacional n.º 17/07, de 25 de Abril que autoriza o Governo a legislar sobre o quadro legal aplicável ao projecto Angola LNG
10. Decreto-Lei n.º 10/07 de 3 de Outubro que aprova a implementação do Projecto Angola LNG e define o respectivo regime jurídico
11. Decreto-Lei n.º 11/07, de 5 de Outubro de concessão dos direitos mineiros de avaliação, desenvolvimento e produção de gás natural, condensados e líquidos extraídos do gás natural
12. Convenção para a Resolução de Diferendos Relativos a investimentos entre estados e Nacionais de Outros Estados, assinada em Washington em 18 de Março de 1965

13. Lei Modelo Sobre a Arbitragem Comercial Internacional adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional em 21 de Junho de 1985