



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary, University of London

# International Arbitration Case Law

*Diretores Acadêmicos: Ignacio Torterola  
Loukas Mistelis\**

**ULYSSEAS, INC.  
V.  
REPÚBLICA DO EQUADOR**

Autor do resumo: Charles B. Rosenberg\*\*  
Editado por Ignacio Torterola \*\*\*  
Tradução em português por Laura Ghitti\*\*\*\*

---

Em uma decisão proferida em 12 de junho de 2012, conforme o TBI Estados Unidos-Ecuador e de acordo com o Regulamento de Arbitragem UNCITRAL, o Tribunal decidiu que a Requerida não havia descumprido nenhuma de suas obrigações estabelecidas no TBI em relação ao investimento da Requerente, rejeitou todos os pedidos da Requerente e condenou-a ao pagamento de USD 2 milhões pelas custas incorridas pela Requerida.

**Tribunal:**

Piero Bernardini (Presidente), Michael Pryles e Brigitte Stern

\* Os diretores podem ser contatados por e-mail em:  
[ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com](mailto:ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com)  
[loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com](mailto:loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com)

\*\* Charles B. Rosenberg é consultor jurídico no Tribunal Irã-Estados Unidos em Haia, Holanda. Pode ser contatado em [charles.b.rosenberg@gmail.com](mailto:charles.b.rosenberg@gmail.com).

\*\*\* Ignacio Torterola é co-diretor do *International Arbitration Case Law* (IACL).

\*\*\*\* Laura Ghitti é advogada brasileira e aluna do *Diplôme Supérieur de Droit International Privé* da *Université Panthéon Assas* – Paris II e pode ser contatada em [lauraghitti@hotmail.com](mailto:lauraghitti@hotmail.com)

## *Resumo*

### **1. Introdução**

Ulysseas, Inc. (a “Requerente”) começou um procedimento arbitral internacional contra a República do Equador (a “Requerida”) em 2009 de acordo com o Regulamento de Arbitragem UNCITRAL, alegando múltiplas violações do Tratado Bilateral de Investimentos Estados Unidos-Ecuador (o “TBI”). Em 28 de setembro de 2010, o Tribunal proferiu uma Sentença Parcial na qual decidiu que as duas objeções apresentadas pela Requerida não privavam o Tribunal de sua jurisdição sobre os pleitos relacionados ao tratado apresentados pela Requerente. Em 12 de junho de 2012, o Tribunal proferiu sua Sentença Final, na qual se decidiu que a Requerida não havia descumprido nenhuma de suas obrigações estabelecidas no TBI em relação ao investimento da Requerente, rejeitou todos os pedidos da Requerente e condenou-a ao pagamento de USD 2 milhões pelas custas incorridas pela Requerida.

### **2. Fatos e Alegações**

A Requerente é uma empresa estabelecida nos Estados Unidos que atua no ramo energético. Em 2003, a Requerente comprou duas barcaças geradoras de energia elétrica, *Power Barge I* (“PBI”) e *Power Barge II* (“PBII”), com o fim de geração de eletricidade para uso dos consumidores em terra. A Requerente importou e instalou PBI e PBII no Equador em 2003 e 2005, respectivamente. A Requerente e o *Consejo Nacional de Eletricidad* (“CONELEC”), a agência governamental equatoriana responsável pela regulamentação de investimentos no setor elétrico, assinaram contratos de concessão para PBI e PBII em 2005 e 2006, respectivamente.

Conforme o contrato de concessão para PBII (“Contrato PBII”), a Requerente deveria gerar energia elétrica por um período de 15 anos, a contar da data de assinatura do contrato. No entanto, a Requerente nunca iniciou as operações de geração de energia em PBII. De acordo com a Requerente, a situação cada vez mais agravante do setor elétrico não lhe deixou opção a não ser a tentativa de concluir um contrato de compra de energia (“CCE”), o qual estabeleceria um preço acordado dentro dos termos do contrato que permitiria a PBII tanto cobrir seus custos quanto obter um retorno do seu investimento.

Depois que as negociações do CCE não obtiveram êxito, a Requerente anunciou a existência de força maior em relação ao Contrato PBII, alegando que a sua execução havia se tornado impossível em razão do ambiente de negócios

degradado para o setor elétrico. Porém, CONELEC rejeitou os argumentos da Requerente, asseverando que não era sua obrigação garantir que a Requerente recebesse uma compensação comercialmente viável como retorno da geração de eletricidade. CONELEC informou posteriormente à Requerente que, tendo em vista que ela ainda não havia iniciado as atividades de geração de energia, CONELEC iria temporariamente assumir as atividades de geração previstas no Contrato PBII. Assim, CONELEC prosseguiu para tomar o real controle de PBII ao expulsar fisicamente a tripulação da Requerente do navio. Aproximadamente um ano depois, a Requerente recuperou o acesso a PBII, mas supostamente descobriu que graves danos haviam sido causados aos motores. CONELEC terminou o Contrato PBII em 2011, o que permitiu que a Requerente retirasse PBII do Equador.

### 3. *Questões jurídicas*

#### (a) *Atribuição*

O Tribunal decidiu que nenhum dos atos realizados por CONELEC, Centro de Controle Nacional de Energia (CENACE), *Corporación para la Administración Temporal Eléctrica de Guayaquil* (CATEG), a empresa estatal *Petróleos del Ecuador* (PETROECUADOR), ou PETROCHEMICAL (empresa estatal associada a PETROECUADOR) (coletivamente, as “Entidades”) eram atribuíveis à Requerida, conforme os Artigos 4º ou 5º dos Artigos da *International Law Commission on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (“Artigos ILC”) ou Artigo II(2)(B) do TBI.

Em primeiro lugar, o Tribunal decidiu que nenhuma das Entidades era órgão do Estado equatoriano, de acordo com o Artigo 4º dos Artigos ILC. O fato que a constituição equatoriana definiu todas as entidades como parte do setor público e sujeitou-as a um sistema de controle pelo Estado não era suficiente para atribuir a conduta dessas entidades ao Estado como se fossem seus órgãos<sup>1</sup>. Em segundo lugar, o Tribunal entendeu que, exceto em certas circunstâncias limitadas, nenhuma das entidades exercia autoridade governamental em suas relações com a Requerente, segundo o Artigo 5º dos Artigos ILC e Artigo II(2)(b)

---

<sup>1</sup> Ver Sentença ¶135.

do TBI<sup>2</sup>. O Tribunal enfatizou que o que importa é “o uso de ‘*prérogatives de puissance publique*’ ou autoridade governamental”<sup>3</sup>.

(b) *Expropriação*

O Tribunal decidiu que não houve nem uma expropriação temporária e nem uma expropriação indireta do investimento da Requerente, de acordo com o Artigo III(1) do TBI.

O Tribunal rejeitou o argumento da Requerente de que o seu investimento havia sido temporariamente expropriado como resultado da apreensão física direta de PBII por aproximadamente um ano. O Tribunal entendeu que CONELEC havia apreendido PBII depois que a Requerente descumpriu a sua obrigação contratual ao falhar em gerar eletricidade por 15 anos. A apreensão de PBII, de acordo com o Tribunal, foi “o comportamento comum da parte contrária em um contrato, não sendo, assim, um exercício de autoridade governamental como ‘*puissance publique*’ atribuível ao Estado Equatoriano”<sup>4</sup>. Desta forma, qualquer pedido de danos supostamente causados à barcaça durante a apreensão e administração temporária de PBII poderia ser resolvido de acordo com as disposições aplicáveis do Contrato PBII.

O Tribunal também rejeitou o argumento da Requerente de que o seu investimento havia sido expropriado indiretamente como resultado da retirada, por parte da Requerida, de todo o valor econômico do investimento. A Requerente havia argumentado que as mudanças no quadro regulatório introduzidas pela Requerida deixaram-na sem outra alternativa a não ser gerar energia em uma situação de perda, assim permanentemente privando-a de todo o benefício econômico esperado do seu investimento no Equador. No entanto, o Tribunal decidiu que as quatro razões arguidas pela Requerente, consideradas isoladamente ou por seus efeitos combinados, “*não constituem uma base suficiente*

---

<sup>2</sup> Artigo II(2)(b) do TBI determina que “[c]ada Parte garantirá que as empresas estatais que mantenha ou estabeleça ajam de maneira compatível com as obrigações dessa Parte em razão do presente Tratado, quando exerçam qualquer faculdade reguladora, administrativa ou pública que lhe tenha sido delegada por essa Parte.”

<sup>3</sup> Sentença ¶ 138 (citando *Jan de Nul v. Egito*).

<sup>4</sup> *Id.*

*para a pleiteada privação substancial do valor do seu investimento resultando em uma expropriação indireta ou em medidas equivalentes a expropriação”<sup>5</sup>.*

Primeiro, o Tribunal entendeu que uma multa pela falha da Requerente em produzir eletricidade é uma sanção que a Requerente sabia que poderia ser imposta por CONELEC conforme o Contrato PBII. O Tribunal decidiu que “[e]ssa medida, logo, não é atribuível à Requerida ... [porque] foi uma ação baseada no contrato e não um exercício de *puissance publique*”<sup>6</sup>.

Segundo, o Tribunal entendeu que as mudanças no regime prioritário em 2007 e 2008 – os quais supostamente tornaram impossível que a Requerente gerasse eletricidade, vendesse eletricidade no mercado *spot* e recebesse dinheiro por fazer isso – não eram a causa de tal privação substancial do valor econômico do investimento da Requerente de forma a significar uma expropriação indireta. O Tribunal reconheceu que não havia garantia de rentabilidade: A Lei de Regime do Setor Energético de 1996 claramente especifica que “o Estado equatoriano não deve garantir o preço de produção ou a rentabilidade do investimento e mercado de eletricidade a qualquer gerador, de nenhuma maneira”. O Tribunal, além disso, entendeu que “[o] caráter evolucionário da mudança na ordem de prioridades... repele a suposta privação substancial do valor do investimento da Requerente do caráter permanente exigido”<sup>7</sup>.

Terceiro, o Tribunal decidiu que a alegada impossibilidade de chegar a um acordo para um CCE comercialmente viável não pode ser imputada à Requerida. O Tribunal entendeu que a Requerente era incapaz de garantir um CCE, pois propôs preço e outros termos e condições que nenhuma empresa de distribuição estaria disposta a aceitar. O Tribunal notou que “mesmo que algumas autoridades públicas ou oficiais pudessem ter dado uma expectativa à Requerente através de afirmações feitas em encontros de que um CCE viável seria assinado pela Requerente, as provas no procedimento demonstram que nenhuma garantia efetiva havia sido dada à Requerente nesse sentido”<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> *Id.* ¶200.

<sup>6</sup> *Id.* ¶185.

<sup>7</sup> *Id.* ¶189.

<sup>8</sup> *Id.* ¶191.

Quarto, o Tribunal observou que o fato de que a Requerente não estava autorizada a deixar o Equador não deve ser imputado à Requerida, considerando que: (i) a Requerente obrigou-se a produzir eletricidade por 15 anos conforme as condições contratuais aceitas livremente ao fazer parte do Contrato PBII; e (ii) conforme o Contrato PBII, terminação sem sanção poderia ser feita apenas com consentimento mútuo.

(c) *Tratamento Justo e Equitativo*

O Tribunal rejeitou o argumento da Requerente de que a Requerida falhou em garantir um tratamento justo e equitativo ao seu investimento, conforme o Artigo II(3)(a) do TBI.

Como uma questão preliminar, o Tribunal observou que iria aderir ao *standard* de tratamento justo e equitativo articulado pelo Tribunal ICSID em *EDF (Services) Limited v. Romania*: “Exceto onde promessas específicas ou representações são feitas pelo Estado ao investidor, este não pode se fiar em um tratado bilateral de investimento como uma forma de apólice de seguro contra o risco de qualquer mudança no quadro legal e econômico do país hospedeiro. Tal expectativa não seria nem legítima e nem razoável”<sup>9</sup>.

O Tribunal explicou, na sequência, que os quatro fatores *Salini* “informam a determinação do momento em que a Requerente ‘investiu’ no Equador no sentido comum e começou a invocar as expectativas legítimas que poderia ter formado”<sup>10</sup>. O Tribunal esclareceu que “para que um investimento surja nesse sentido, deve existir uma transferência atual de dinheiro ou outro valor econômico para um nacional... de um Estado estrangeiro para o Estado hospedeiro através de uma presunção de algum tipo de comprometimento, garantindo a efetividade da contribuição e sua duração por um período”<sup>11</sup>. O Tribunal, assim, decidiu que as legítimas expectativas da Requerente foram fixadas em 2006 quando esta assinou o Contrato PBII. O Tribunal se recusou a aceitar que as legítimas expectativas da Requerente surgiram quando

---

<sup>9</sup> *Id.* ¶249.

<sup>10</sup> *Id.* ¶251.

<sup>11</sup> *Id.* ¶252.

PBII foi importado ao Equador em 2005, pois “a Requerente ainda estava livre, tanto objetiva como subjetivamente, para deixar o Equador a qualquer momento na ausência de comprometerimentos que a obrigassem a permanecer no país”<sup>12</sup>.

Finalmente, o Tribunal decidiu que em 2006 a Requerente não poderia esperar que geradores como os seus iriam: (i) ter direito a cobrar um valor que, pelo menos, cobriria seus custos; e (ii) realmente receber tal valor.

(d) *Ampla proteção e segurança*

O Tribunal afastou o argumento da Requerente de que a Requerida descumpriu o *standard* de tratamento de ampla proteção e segurança, conforme o Artigo II(3)(a) do TBI.

O Tribunal rejeitou a visão da Requerente de que “ampla proteção e segurança” e “tratamento justo e equitativo” podem ser considerados conjuntamente, pois “ambos os tratamentos requerem que o Estado forneça estabilidade e previsibilidade”<sup>13</sup>. O Tribunal explicou que a referência aos dois *standards* no Artigo II(3)(a) do TBI demonstra que os dois são autônomos. De acordo com o Tribunal, o *standard* de ampla proteção e segurança “impõe uma obrigação de vigilância e cuidado pelo Estado conforme o direito internacional, compreendendo o dever de devida diligência para a prevenção de prejuízos ilegais por terceiros a pessoas ou propriedades de estrangeiros em seu território ou, caso não bem sucedido, para a repressão e punição de tais prejuízos”<sup>14</sup>.

O Tribunal fundamentou que, já que a administração temporária de PBII foi realizada por um terceiro de acordo com o Contrato PBII, qualquer dano físico causado a PBII deveria ser resolvido de acordo com o Contrato PBII.

(e) *Medidas Discriminatórias*

O Tribunal rejeitou o pleito da Requerente de medidas discriminatórias, de acordo com o Artigo II(3)(b) do TBI.

A Requerente alegou que empresas estatais estavam operando em condições mais favoráveis do que os geradores privados, tanto nacionais como estrangeiros, em situações similares. Especificamente, a Requerente alegou que a

---

<sup>12</sup> *Id.*

<sup>13</sup> *Id.* ¶¶271-72.

<sup>14</sup> *Id.* ¶272 (citando *El Paso Energy v. Argentina*).

garantia de tratamento equitativo para a atividade de negócios públicos e privados havia sido violada por: (1) mudanças na ordem de prioridade, de forma que os geradores privados sempre estiveram classificados abaixo de geradores estatais; (2) empresas estatais de transmissão sendo consistentemente priorizadas ao se tornarem imunes a custas dos geradores privados; e (3) a estrutura de custo do setor elétrico se tornando um benefício para os geradores estatais, pois estes não tinham necessidade de gerar lucro, assim enchendo o mercado com CCEs de baixo custo, tornando impossível que os geradores privados ganhassem CCEs viáveis.

O Tribunal entendeu que *“para que uma medida seja discriminatória é suficiente que, objetivamente, duas situações similares sejam tratadas de forma diferente”*<sup>15</sup>. Então, o Tribunal analisou e rejeitou as três alegações da Requerente.

Primeiro, o Tribunal identificou geradores estatais classificados abaixo de geradores privados com CCEs. O Tribunal distinguiu entre ter um CCE e comprar no mercado *spot* e concluiu que *“havia claramente uma política pública para promover empresas geradoras, tanto públicas como privadas, para entrar em CCEs”*<sup>16</sup>.

Segundo, o Tribunal analisou que *“empresas de transmissão estão em uma situação diferente em relação às empresas de geração, de forma que nenhuma discriminação entre as duas categorias parece existir”*<sup>17</sup>.

Terceiro, o Tribunal notou que o Ministério de Finanças deveria cobrir qualquer déficit em pagamentos a geradores operando no setor elétrico. É importante, entretanto, a Requerente preceder vendendo no mercado *spot* ou sob um CCE.

(f) *Tratamento arbitrário*

O Tribunal rejeitou o argumento da Requerente de tratamento arbitrário pela Requerida, conforme o Artigo II(3)(b) do TBI.

O Tribunal primeiramente rejeitou o pleito da Requerente de que a Requerida agiu arbitrariamente quando o Ministro Mosquera transmitiu para a Requerente que CATEG entraria em um CCE em termos aceitáveis. O Tribunal notou que era

---

<sup>15</sup> *Id.* ¶293.

<sup>16</sup> *Id.* ¶294.

<sup>17</sup> *Id.* ¶295.



obrigação da Requerente, a qual foi livremente assumida através da assinatura do Contrato PBII, a gerar eletricidade para o Equador durante 15 anos. Não era responsabilidade do Ministro Mosquera ofertar soluções alternativas ou autorizar que PBII deixasse o Equador na ausência de fundamentos para terminar o Contrato PBII.

Em seguida, o Tribunal rejeitou a alegação da Requerente de que a Requerida agiu arbitrariamente ao apresentar um quadro regulatório incerto e contraditório. Justificando que “*uma determinação de arbitrariedade requer que alguma medida imprópria se manifeste*”, o Tribunal entendeu que não havia nada “impróprio” na promulgação do *Mandato Constituyente* No. 15 em 23 de julho de 2008, o qual se destinava a resolver problemas de pagamentos e melhorar o funcionamento do setor de eletricidade favorecendo as CCEs<sup>18</sup>. O Tribunal destacou que todas as empresas privadas de geração estavam aptas para garantir CCEs; a Requerente foi a única que falhou em garantir a CCE em razão de considerações comerciais.

O Tribunal também rejeitou a alegação da Requerente de que a Requerida agiu arbitrariamente quando Termoesmeraldas, uma empresa pública, negociou por sete meses a compra de PBII para apenas então confirmar que não tinha fundos suficientes. O Tribunal enfatizou:

Em seus negócios com a Requerente, Termoesmeraldas não exerceu autoridade governamental, mas agiu meramente em uma base comercial. A sua conduta como um ente estatal não é, desta forma, atribuível ao Estado equatoriano. Se ela não se comportou adequadamente nas negociações com a Requerente para a compra de PBII, não cabe ao Tribunal julgar, na ausência de atribuição de sua conduta, ao Estado<sup>19</sup>.

Finalmente, o Tribunal decidiu que CONELEC não agiu arbitrariamente ao penalizar a Requerente por sua falha a iniciar a geração de energia elétrica dentro do prazo prescrito. Mais do que isso, CONELEC tinha o direito de agir assim conforme o Contrato PBII.

---

<sup>18</sup> *Id.* ¶319 (citando *Enron v. Argentina*).

<sup>19</sup> *Id.* ¶321.

(g) *Custas*

Após perceber que o Artigo 40(1) do Regulamento de Arbitragem UNCITRAL prevê que as custas da arbitragem devem, em princípio, ser suportadas pela parte perdedora, o Tribunal lembrou que a Requerente foi vencedora quanto à jurisdição, enquanto a Requerida foi vencedora no mérito. O Tribunal, assim, ordenou que a Requerente reembolsasse a Requerida pelas custas com representação legal e assistência no valor de USD 2 milhões.

**4. *Decisão***

Em 12 de junho de 2012, o Tribunal proferiu uma Sentença Final na qual decidiu que a Requerida não havia descumprido nenhuma de suas obrigações estabelecidas no TBI em relação ao investimento da Requerente, rejeitou todos os pleitos da Requerente e condenou-lhe ao pagamento de USD 2 milhões pelas custas processuais da Requerida.