

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667

The background of the cover is a photograph of the National Congress of Brazil (Câmara dos Deputados) building in Brasília. The building is characterized by its modern architecture, featuring two prominent, tall, rectangular towers and a large, curved, white structure. The scene is captured during the day, with a clear sky and some vehicles visible in the foreground. The text is overlaid on a semi-transparent dark brown band across the top and bottom of the image.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 04 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2019

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro,
2019.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

- Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

- Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sunfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piriipiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Avaliadores:

- Sr. André Beirão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Bruno Teixeira Marcelos, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Debora Sotto, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil, Brasil
Sr. Eduardo Fortunato Bim, Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Brasil
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sra. Irene Nohana, Faculdade Presbiteriana Mackenzie, Mackenzie, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Maria Isabel Santana Pomaroli, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Phillip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Sr. Rodrigo Chauvet, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUCRIO, Brasil.
Sr. Rodrigo Gava, Empresa de Pesquisa Energética, EPE, Brasil., Brasil
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

Co-Editor-Chefe:

Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.

Editores:

- Sra. Amanda Pinheiro Nascimento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sra. Camila Pontes da Silva, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Srta. Gabriela Rabelo Vasconcelos, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Jonathan Mariano, Pontifícia Universidade Católica, PUCRJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Thiago Freire Allemão Santos, IEP-MPRJ, Rio de Janeiro Brasil

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	006
Emerson Affonso da Costa Moura	
Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do Direito Administrativo	007
Public agents of front line: the creator of administrative law	033
Juliana Bonacorsi de Palma	
Fato do príncipe e teoria da imprevisão entre o Brasil e a França	057
Leonardo Antonacci Barone Santos	
Raízes da regulação no Brasil	087
Jacinto Arruda Câmara e Filipe Natal De Gaspari	
Federalismo cooperativo e medidas alternativas à prisão: cumprimento da pena de prestação de serviços na Administração Pública municipal em Caçapava do Sul, RS	113
Vinicius Nahan dos Santos	
Repartindo o pão alheio: As consequências em Royalties aos Municípios em função dos tipos de contratos de Exploração de petróleo	134
André Pano Beirão e Gabriela Nichols	
Fomento público e suas formas de manifestação: uma análise sob a perspectiva do direito econômico	162
Lucas Ramiro Vedoin	
Das funções urbanas às dimensões básicas dos sistemas urbanos	185
From urban functions to the basic dimensions of urban systems	220
Horacio Capel	
Qual a natureza exercida pelo Tribunal de Contas da União?	253
Flávio Garcia Cabral	
Os deveres das agências reguladoras	273
Georges Louis Hage Humbert e Diego Castro Barbosa	

REPARTINDO O PÃO ALHEIO: AS CONSEQUÊNCIAS EM ROYALTIES AOS MUNICÍPIOS EM FUNÇÃO DOS TIPOS DE CONTRATOS DE EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO

REPARTING BREAD FOR OTHERS: THE CONSEQUENCES IN ROYALTIES TO THE MUNICIPALITIES IN THE FUNCTION OF THE TYPES OF OIL EXPLOITATION CONTRACTS

ANDRÉ PANNÓ BEIRÃO

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Mestre em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Mestre em Ciências navais pela Escola de Guerra Naval (EGN), Bacharel em Direito pela UNIRIO. Ex-Coordenador-Adjunto da CAPES para Programas Profissionais da Área de Ciência Política e Relações Internacionais (2014-2018).

GABRIELA NICHOLS

Mestra em Estudos Marítimos pela Escola de Guerra Naval (EGN), Analista de Relações Internacionais, Pesquisadora PIBIC/UESA em Direito ao Desenvolvimento e Globalização, Bacharelada em Direito.

RESUMO: A exploração petrolífera offshore no Brasil tem se expandido de forma exponencial. Esse crescimento, vem acompanhado da necessidade de consolidação de segurança jurídica a investidores (sejam nacionais ou internacionais) e, conseqüentemente, nos tipos de contrato disponíveis a essa exploração. Outra questão relevante decorrente é a consolidação das contrapartidas dos investidores aos entes da administração pública, sejam Agências, o Estado brasileiro, os estados federados ou mesmo o município que, mediante legislação, merecem distintos tipos de compensação. Assim sendo, o presente trabalho tem o propósito de apresentar o problema, descrevendo as modalidades contratuais previstas no ordenamento jurídico nacional, desde os mais usuais a outras modalidades menos utilizadas, mas existentes em outros países. Além disso apresenta a distinção de distribuição de Royalties aos diversos entes federados em cada uma dessas modalidades, permitindo concluir que não há ainda consolidação dessa contrapartida em todas as modalidades contratuais.

PALAVRAS-CHAVES: Contratos de exploração de petróleo; royalties, contrapartidas

ABSTRACT: Offshore oil exploration in Brazil has expanded exponentially. This growth is accompanied by the need to consolidate legal certainty for investors (whether national or international) and, consequently, on the types of contracts available to the holding. Another relevant issue is the consolidation of the counterparts of the investors to the entities of the public administration, be they Agencies, the Brazilian State, the federal states or even the municipality that, through legislation, deserve different types of compensation. Thus, the present work has the purpose of presenting the problem, describing the contractual modalities foreseen in the national legal system, from the most usual to other modalities less used, but existing in other countries. In addition, it presents the distinction of distribution of Royalties to the various federated entities in each of these modalities, allowing to conclude that there is not yet a consolidation of that counterpart in all contractual modalities.

KEYWORDS: Oil exploration contracts; royalties, counterparts.

I. INTRODUÇÃO

O mercado de exploração petrolífera no Brasil merece especial apreciação em função de suas peculiaridades locais. A característica original brasileira de um mercado quase fechado e monopolizado por apenas uma empresa, estatal, por um lado, apresenta facilidades de regulação e de decisão estratégica no direcionamento de lucros e de investimentos, obviamente, também de prejuízos e de distribuição de consequências dentro do ordenamento interno do Estado. Por outro lado, dado a magnitude e importância do mercado de Exploração e Produção (E&P) de petróleo à economia nacional, a manutenção do sistema monopolista nacional tornou-se quase inviável em função dos efeitos da globalização e da necessidade de vultosos investimentos para o enfrentamento dos desafios tecnológicos. Assim, o mercado teve que se adaptar a essa relação globalizada com investidores e empresas internacionais que vieram participar desse mercado anteriormente era só nacional.

No entanto, a evolução do mercado passou por diversos processos que ainda estão em amadurecimento e aperfeiçoamento. Agência Reguladora foi criada (a ANP – Agência Nacional do Petróleo), novos marcos legais foram estabelecidos, com especial menção à chamada Lei do Petróleo - Lei nº 9.478, em 6 de agosto de 1997¹⁴⁵. Ainda assim, a descoberta da imensa riqueza de exploração de petróleo e gás (P&G), na chamada camada do pré-sal, atraiu mais investimentos externos ainda e o marco legal foi alterado.

No entanto, o pacto federativo brasileiro prevê a distribuição de Royalties entre diversos atores: governo nacional, estaduais (mediante certos critérios) e municipais. Ao se alterar os modelos contratuais vigentes até a lei do petróleo, para novas formas de contrato, decididas unilateralmente pelo “titular do direito de exploração”, há de se verificar se a distribuição dos Royalties não se vê prejudicada a algum dos entes credores citados. Pode ocorrer uma decisão de um em detrimento do interesse de outro. Assim, o presente trabalho visa abordar esse problema partindo da recuperação das formas de contrato de E&P vigentes, passando pela legislação de distribuição de Royalties e a comparação dessa com os tipos de contratos vigentes, a fim de confirmar (ou refutar) que os interesses estaduais e municipais de direitos compensatórios de Royalties está mantido, independentemente do tipo de contrato escolhido pela União.

¹⁴⁵ *Lei nº 9.478, de 06 de agosto 1997*. Dispõe sobre a Política Energética Nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

Para tanto, preliminarmente, faz-se necessária a análise dos principais tipos de contrato de E&P vigentes no Brasil e, eventualmente, em outras partes do mundo também focadas em exploração de petróleo Offshore. Secundariamente, há de se identificar o que e como se distribui royalties no Brasil para, por fim, poder fazer a contraposição entre o primeiro e o segundo objetivo. Assim pretende-se verificar se a repartição do pão alheio está resguardando todos os direitos dos detentores de royalties, em especial aos entes mais periféricos nessa distribuição que são os municípios brasileiros.

II. FUNDAMENTOS DOS CONTRATOS

Pela teoria das obrigações do Direito Civil, um contrato é um documento que tem a característica de gerar direitos e deveres para as partes contratantes baseado em alguns princípios, sendo o principal deles a autonomia da vontade. Conforme este princípio, as partes decidem, por livre vontade, as cláusulas, as leis que vão regê-lo (no caso de contratos internacionais em que há mais de uma lei), as punições e multas. Não há uma lei especificamente que descreva como deve ser cada cláusula. As leis que definem os contratos-tipo, vistas anteriormente, agem como um sumário e estabelecem um padrão, sem ferir a autonomia das partes¹⁴⁶.

A autonomia da vontade aparece como meio de designação da lei aplicável aos contratos internacionais, permitindo que as partes optem, por exemplo, por submeter o contrato ao direito interno. Além disso, também permite eliminar o conflito de leis no âmbito interno ao incidir sobre objeto e efeitos, podendo as partes decidir sobre a melhor maneira de compor os conflitos. Isto significa dizer que as partes têm autonomia para decidir que sistema jurídico regulará o contrato¹⁴⁷. Esse princípio vai estruturar o conteúdo, o objeto e as partes envolvidas na celebração de determinado contrato.

O princípio da autonomia da vontade em contratos internacionais está amparado no art. 3º da Convenção de Roma¹⁴⁸ sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980), que diz:

¹⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – vol.3. Contratos e Atos Unilaterais*. Ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2017a.

¹⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – vol 1 – parte geral*. Ed. Saraiva, Rio de Janeiro, 2017b.

¹⁴⁸ CONVENÇÃO DE ROMA. *Lei aplicável às obrigações contratuais*. Roma: EU, 1980. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)&from=PT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:41998A0126(02)&from=PT)>. Acesso em: 23 jun. 2018.

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente Convenção. Qualquer modificação, quanto à determinação da lei aplicável, ocorrida posteriormente à celebração do contrato, não afeta a validade formal do contrato, na acepção do disposto no artigo 9º, nem prejudica os direitos de terceiros.

Esses princípios, da autonomia da vontade e da liberdade de contratação, são limitados, no Brasil, pelos princípios da soberania, supremacia do interesse público e segurança nacional. Embora o art. 170 § único da Constituição Federal¹⁴⁹ defina que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, a liberdade de escolha nos contratos não é absoluta, mas limitada pelo art. 173, que diz:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei¹⁵⁰.

A Convenção de Roma (1980), uma norma europeia sobre obrigações contratuais, inspirou a Convenção do México de 1994 com abrangência nas Américas. Como o Brasil ainda não internalizou essa norma romana, a regra é que os contratos sejam regidos pela lei do local de sua celebração (*lex loci celebrationis*), mas há divergências na doutrina em relação à possibilidade de escolha da lei aplicável (*lex voluntatis*).

Ainda incidem outras regras de conexão que são: a lei da nacionalidade da pessoa, para estatuto pessoal (*lex patriae*), lei do local, onde a obrigação principal do contrato deve ser

¹⁴⁹ *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Poder Executivo, 1988a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 dez. 2016.

¹⁵⁰ *Decreto nº 2.445, de 14 de janeiro de 1998*. Implanta a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, aprova sua Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e Funções de Confiança e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2455.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

cumprida (*lex loci solutionis*), e a lei do local, sobre um ilícito cometido (*lex loci delicti*, que não será estudada aqui).

Outro princípio, da boa-fé, está implícito nas relações costumeiras do mercado e na atenção às boas-práticas. Devido às relações jurídicas empresariais do mercado de P&G serem impessoais, a boa-fé subjetiva reside na lealdade e confiança recíprocas e a boa-fé objetiva está na ação das partes, de acordo com padrões estabelecidos pelos órgãos reguladores e convenções de entidades do mercado, prática conhecida como *compliance*¹⁵¹. As regras de *compliance* variam de acordo com os mercados e suas especificidades pois cada setor tem seu conjunto de regras específico (uma regra de P&G não é a mesma para montadoras de automóveis, nem para fábricas de tecidos etc.).

Faz-se necessário compreender que contratos de compra e venda de óleo cru e gás são formulados com multiplicidade de agentes, leis, culturas e idiomas. Comumente são redigidos em um terceiro idioma com cláusulas de arbitragem e incidência de uma terceira lei, pois o direito aplicável é variável, já que são celebrados em grande parte entre empresas internacionais ou Estados.

O preâmbulo dos princípios da UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado¹⁵²) trata dessas questões internacionais e traz a informação de que:

O caráter internacional de um contrato pode ser definido de várias maneiras. As soluções adotadas pelas legislações nacional e internacional vão, de uma referência ao lugar dos negócios ou da residência habitual das partes em países diferentes, para a adoção de um critério mais genérico, como o de que o contrato tem “conexões significativas com mais de um Estado”, ou “envolvendo a escolha entre leis de diferentes estados” ou “afetando os interesses do comércio internacional. Os Princípios propriamente ditos não expressam nenhum destes critérios. A presunção, no entanto, é de que o conceito de contrato de natureza “internacional” deve ser o mais amplo possível, a fim de que, em última análise, só exclua as situações

¹⁵¹ *Compliance* é o termo em inglês que significa agir de acordo com uma regra, estar em conformidade com leis e regulamentos dos órgãos reguladores de acordo com as atividades desenvolvidas pela empresa, bem como com seus controles internos. Uma empresa que segue bem o *compliance* é mais bem vista no mercado, corroborando a boa-fé objetiva.

¹⁵² O UNIDROIT é um instituto sediado em Roma, Itália, e tem como objetivo estudar os meios de harmonizar e de coordenar o direito privado entre os Estados e de preparar gradualmente a adoção por estes de uma legislação de direito privado uniforme. Conta com 63 Estados-Membros em todos os continentes que representam diversos sistemas jurídicos. Disponível em: <<http://gddc.ministeriopublico.pt/faq/instituto-internacional-para-unificacao-do-direito-privado-unidroit>>. Acesso em: 12 mar. 2018.

que não contenham elemento internacional algum, ou seja, em que todos os elementos relevantes do contrato estejam conectados com apenas um país.

Para esclarecer um pouco mais sobre as especificidades dos contratos internacionais, Irineu Strenger¹⁵³ coloca que:

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.

Incide, ainda, sobre essas minúcias jurídico-contratuais, o fato de que o comércio de P&G varia conforme políticas de governo, instáveis em muitos Estados produtores e consumidores. Somam-se a isso as variações cambiais que alteram os valores estabelecidos no contrato, levando-se em consideração a possibilidade de volatilidade no preço das commodities devido à oferta e procura e às questões mencionadas anteriormente. Também existe os riscos de crises como as quebras dos mercados financeiros¹⁵⁴, conflitos armados, acordos bilaterais favorecedores e inúmeros outros fatores¹⁵⁵.

Os contratos da indústria de petróleo são instrumentos de uma relação comercial entre empresas ou entre empresas e Estado, o que dá a esse documento o caráter híbrido de direito interno e internacional ao mesmo tempo, como mencionado por Rosado¹⁵⁶: “contratos petrolíferos são a designação corrente para os instrumentos firmados entre Estado – ou uma agência estatal ou empresa governamental – e uma ou mais empresas de petróleo, nacionais ou estrangeiras”. Nos contratos da indústria de petróleo celebrados no Brasil, há forte participação estrangeira por meio de empresas como Statoil, a British Petroleum e a Royal Dutch-Shell. Por causa dessa realidade, o mercado de P&G desenvolveu a característica de formar relações jurídicas complexas, com a incidência de partes distintas com legislações também distintas, principalmente quando em uma das partes é uma empresa estatal.

¹¹ STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. Imprensa: São Paulo, LTr, 2003.

¹⁵⁴ O mundo passou por várias crises financeiras que desencadearam efeitos negativos nas economias, como a de 1929, 1971, dentre outras (EXAME, 2010).

¹⁵⁵ PENNAS, 2010???

¹⁵⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.128-129

Muitas vezes esses contratos não são celebrados apenas com uma empresa ou um Estado, mas com uma multiplicidade de empresas e Estados, aumentando a quantidade de fontes normativas para regê-los. Nesse caso, quando um contrato é estabelecido em um único domicílio, ou local de assinatura, as obrigações incidentes sobre ele são de direito interno. Mas, quando as partes têm nacionalidades distintas, domicílios ou locais de celebração e execução das obrigações contratuais também em locais distintos, incide o direito dos contratos internacionais. Pelo fato de o mercado de petróleo e gás ter essa formação internacional, os contratos se enquadram em mais de um sistema jurídico.

Para reger essa amplitude de normas que incidem nos contratos, os princípios do Direito Contratual Internacional são orientadores fundamentais, com supremacia sobre as leis de direito internacional, que são chamadas em subsidiariedade. Para garantir a segurança jurídica, a autonomia da vontade é combinada com a boa-fé, com a supremacia da ordem pública e o *pacta sunt servanda*.

O princípio do *pacta sunt servanda* é um dos princípios mais comuns em negociações e dá segurança jurídica, seja em negócios internos ou internacionais. Ele se resume na noção de que ‘o contrato faz lei entre as partes’. Nesse respeito, o que foi convencionado no contrato pode ser relativizado em situações ímpares, como no caso fortuito ou motivo de força maior que impeça a execução do contrato. Contudo, nunca poderá ocorrer por decisão unilateral das partes.

Mesmo com o princípio da autonomia da vontade, já existe uma padronização dos contratos devido, entre outras coisas, aos costumes e boas práticas do mercado. Assim, a *lex petrolea* reforça a segurança jurídica, mesmo em casos que a legislação não for tão clara, como entende Clarissa Kowarski:

A principal questão que norteou o surgimento e a consolidação da *lex petrolea*, especialmente no tocante à construção jurisprudencial, foram os casos de expropriação de concessões petrolíferas das empresas privadas por parte dos Estados hospedeiros e as disputas judiciais concernentes a este ato, bem como aqueles subsequentes ao mesmo (tais como renúncia contratual, alteração das cláusulas contratuais, além de eventos imprevisíveis, força maior e caso fortuito)¹⁵⁷.

¹⁵⁷ KOWARSKI, Clarissa M. B. B. de Carvalho. *Lex Petrolea*. Revista Brasileira de Direito do Petróleo e Gás Natural (RBDP), n°2, p. 239-254. Rio de Janeiro: CEDPETRO, 200, P. 83.

A padronização dos contratos por tipificação legal aumenta a segurança jurídica das relações comerciais no mercado internacional de P&G, que funciona com fluxo constante, independente do tamanho da atuação estatal ou das reguladoras. Neste caso, a segurança jurídica é diretamente proporcional ao fluxo de investimentos externos e a confiança dos agentes.

Ao se observar a *lex petrolea*, compreende-se que as diferentes leis relativas a contratos não criam barreiras ao comércio, mas sugerem a padronização e harmonização destes no Direito Contratual Internacional.

Por causa dos casos de expropriação de concessões e disputas judiciais, as cláusulas de estabilidade são comumente adotadas em contratos da indústria de petróleo pelo fato desses acordos comerciais estarem sujeitos a situações com alto grau de imprevisibilidade, como atos da natureza¹⁵⁸, decisões políticas, econômicas e questões sociais. A inclusão de cláusulas de estabilidade reduz o risco contratual, estabelecendo características essenciais que se tornarão permanentes enquanto durar o contrato, de acordo com o princípio do *pacta sunt servanda*. As cláusulas de estabilidade mais comuns existentes nos contratos são:

a) Eleição de foro: somente para casos de competência relativa da Autoridade Judiciária Brasileira (art. 42 e segs. NCPC¹⁵⁹), comporta a escolha do juízo competente para dirimir controvérsias e não é a escolha da lei aplicável.

b) Lei a ser aplicável: o ordenamento brasileiro não admite essa cláusula, a não ser através da arbitragem com a inserção de uma cláusula específica. As partes convencionam qual será a lei aplicada na controvérsia por um terceiro, o árbitro. Isso está baseado na Lei 9.407/96 que aponta essa possibilidade, a não ser em casos de ofensa aos bons costumes ou a ordem pública.

c) Força Maior e Caso Fortuito: nas hipóteses de situações imprevistas e inevitáveis posteriores à celebração do contrato, e que impossibilitem sua execução, essa cláusula retira das partes a responsabilidade pelos prejuízos.

¹⁵⁸ Sobre atos da natureza, entende-se alterações com grande poder de destruição como vulcões, furacões, tsunamis etc.

¹⁵⁹ O Novo Código de Processo Civil trata da escolha de eleição de foro porque, como existem diferentes ramos de atuação no Direito e diferentes Varas, um contrato de P&G deve ser apreciado por alguém que seja do ramo específico de direito de empresas/internacional. Se diz competência relativa porque trata do conhecimento técnico e não da aptidão do juiz em si.

d) *Hardship*¹⁶⁰: é uma cláusula que visa o equilíbrio econômico, financeiro e negocial entre as partes, que não existia nos contratos tradicionais. Ela dá garantia da continuidade do contrato sob a ocorrência de algum evento (fortuito ou de força maior) que venha a alterar a realidade contextual da relação. Está ligada à cláusula anterior.

e) Confidencialidade: é prevista para garantir o sigilo das relações comerciais e pode envolver eventos pré e pós contratuais, não se limitando ao período do contrato. É comum o estabelecimento de cláusulas penais para quebra da confidencialidade.

f) Preços, prazos e garantias: é a parte do contrato que discrimina o preço do produto, a moeda utilizada e a taxa de câmbio, o prazo de entrega, pagamento e garantias contratuais. Comumente, essa cláusula tem natureza bancária e pode especificar que o pagamento seja realizado por documentos ou carta de crédito.

Mesmo com as cláusulas de estabilidade e padronização crescente dos contratos, é devido à complexidade intrínseca desse mercado que se precisa ter mais consideração às características do sistema internacional do que especificidades legislativas nacionais. O sistema internacional, por vezes, influencia mais do que as leis internas dos Estados hospedeiros, já que esses contratos se executam sob regimes legislativos distintos.

É em decorrência da inexistência de regras de harmonização entre os sistemas jurídicos, neste tema complexo, que se travam contenciosos quanto à lei aplicável, ao lugar da execução no contrato e em como esta se efetivará, por exemplo.

O mercado de P&G conta com características marcantes. Principalmente, e mais recentemente, após a crise de 2008¹⁶¹, houve um aumento dos processos de joint venture e integrações de grande porte, crescimento de conglomerados empresariais, acordos de transferência de tecnologia e intercâmbio técnico acompanhando o crescimento acelerado das inovações tecnológicas, aparelhos e dispositivos inteligentes conectados à internet, e a virtualização¹⁶² cada vez maior das relações sócio comerciais.

Nesse ambiente cada vez mais digital, a crise financeira de 2008/2009 modificou o costume de contratos de longo prazo, com investimentos de alto valor e alto risco, que eram frequentes. Era comum, antes desse advento, uma petrolífera investir vultosos recursos para

¹⁶⁰ O termo *hardship* se refere à cláusula de garantia de continuidade do contrato ligada a eventos de força maior ou caso fortuito, acidentes e situações em que não há culpa das partes. Seu uso é no original em inglês como diversas outras expressões técnicas de petróleo e gás que não são traduzidas para o português.

¹⁶¹ Conhecida como “A Grande Recessão”, ocorrida originalmente nos EUA, a crise financeira se alastrou mundialmente, levando o governo norte-americano a endurecer internacionalmente as normas bancárias EXAME. *Cronologia das crises mais graves desde 1929*. São Paulo: Editora Abril, 24 jun. 2010. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/mundo/cronologia-criSES-mais-graves-1929-572924/>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

¹⁶² Criação de um ambiente virtual que simula o real (AMARAL, 2009).

sondar e explorar um poço, assumindo o prejuízo quando este se mostrava seco. Quando o poço era promissor, as petrolíferas ficavam presas em contratos com até mais de 20 anos com outras exploradoras ou prestadoras de serviços, porque obtinham lucro enquanto havia petróleo explotável no poço. As empresas sentiram o impacto dessas relações e se voltaram às joint ventures em contratos de E&P com prazos menores, modificando o costume contratual, adotando as cláusulas de estabilidade e seguindo uma padronização cada vez maior, o que levou a se considerar a utilização da *lex petrolea*.

Para as relações contratuais terem maior segurança jurídica e serem mais compatíveis com o Direito Público, garantindo a autonomia da vontade e a liberdade de escolha da lei aplicável, o instituto da arbitragem foi inserido como cláusula padrão. A arbitragem se tornou um instrumento não-jurídico de solução de controvérsias muito importante dentro das relações privadas, pois permite a celeridade nos processos de negociação e contratação. Quando eleita a arbitragem, as eventuais controvérsias são resolvidas sem a necessidade de se iniciar um processo jurídico longo e custoso.

O mercado de P&G tem suas especificidades que permitem uma autorregulação com menor participação dos Estados, aumentando a livre concorrência. Uma menor participação estatal aumenta a necessidade de agências independentes de regulação e a padronização dos contratos. Por outro lado, quanto menor for a presença do Estado, aumentado oportunidades para agentes estrangeiros, maior deve ser a preocupação de controle, monitoramento e supervisão em função da relevante importância estratégica do recurso ao país.

III. PRINCIPAIS TIPOS DE CONTRATOS NO BRASIL

Os contratos da indústria de petróleo são classificados no Direito Contratual Internacional devido ao elemento da estraneidade¹⁶³. Esse componente aparece como uma constante nos diferentes tipos contratuais, seja por questões de domicílio, de idioma ou de legislação das partes que negociam, cujos elementos não são contemplados na legislação específica do Estado onde o contrato será executado¹⁶⁴.

¹⁶³ Situação jurídica daquele que se encontra ou reside em país estrangeiro, onde ele não é nascido e não goza de cidadania, aquele que é estrangeiro. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/estraneidade/>>. Acesso em: 23 mar. 2018.

¹⁶⁴ ASSIS, Beatriz. *A lei aplicável aos contratos internacionais sob o ponto de vista do direito brasileiro*. JusBrasil, 2016. Disponível em: <<https://biassis2.jusbrasil.com.br/artigos/337513894/a-lei-aplicavel-aos-contratos-internacionais-sob-o-ponto-de-vista-do-direito-brasileiro>>. Acesso em 23 mai. 2018.

Como os elementos jurídicos de um contrato são baseados na autonomia da vontade e no *pacta sunt servanda*, conforme visto anteriormente, a presença de qualquer elemento estrangeiro já caracteriza esse documento como um contrato internacional. No caso dos contratos de petróleo, a maioria deles é firmada entre partes (Estados e empresas) em países distintos, com leis nacionais igualmente distintas, atribuindo elementos estranhos às leis dos países de origem. Devido à ampla variação de leis incidentes sobre esses contratos, o mais comum é que o Estado faça concessão ou partilha, conforme veremos no capítulo sobre indicadores.

As empresas exercem sua liberdade de contratar como forma de diminuir os custos da transação, associados aos efeitos das divergências jurídicas. A mitigação dos riscos negociais é feita por meio de garantias, limitações de responsabilidade, requerimentos de exame e notificações, entre outras. O grande nível de incerteza sobre reservas, alto custo de produção e a volatilidade dos preços dos hidrocarbonetos também afetam as negociações.

Regra geral, os contratos podem ser classificados em tradicionais, utilizados até a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), e contemporâneos, nascidos no pós-Segunda Guerra. Os contratos tradicionais apresentavam características próprias, sem padronização, com longa duração, sem previsão de ajustes, revisões ou desistência. As IOCs¹⁶⁵ tinham direitos exclusivos sobre as operações, isenção de impostos, taxas aduaneiras, pagamento de royalties, taxas sobre o total produzido e fixação de preço do produto¹⁶⁶.

O mercado de P&G tem inúmeras modalidades contratuais como: concessão, contrato de serviços, partilha de produção, cessão onerosa, *Joint Operations Agreement* (JOA ou acordos de operação conjunta), JVs – *Joint Ventures*¹⁶⁷, licenças, *lease* americano e outros. Para fins deste estudo, os modelos estudados serão os mais adotados no Brasil: “concessão” – que é o modelo mais antigo ainda vigente; “partilha” e “cessão onerosa”, que são os mais recentes adotados depois do marco do pré-sal, objetivo principal desta análise. O contrato de serviço, também utilizado na indústria de P&G não será estudado, apenas mencionado, pois não diz respeito às atividades de exploração e produção. Os outros modelos são citados porque são

¹⁶⁵ IOC, ou *International Oil Company*, são as petrolíferas internacionais. A designação para as petrolíferas nacionais é NOC (*National Oil Companies*).

¹⁶⁶ FERREIRA, Lier P. *O Diálogo entre o Direito do Petróleo e o Direito do Desenvolvimento*. Revista da Escola de Guerra Naval, nº 16. Rio de Janeiro: EGN, 2010, p. 61-94.

¹⁶⁷ JOAs e JVs são parcerias horizontais entre empresas para atuação conjunta. JOA se refere a parcerias operacionais, normalmente uma associação entre empresas concorrentes formando consórcios, também vistos comumente nas individualizações de produção. JV se refere a parcerias financeiras ou de investimentos, mas se difere da fusão porque as empresas associadas se mantêm, não há perda de personalidade jurídica. (BUCHEB, 2007).

comuns no setor e o Brasil adota, mas não têm normatizações próprias no direito interno e não são tão adotados como os três principais.

II.I.I. CONTRATOS DE CONCESSÃO

O regime de concessão para exploração de petróleo e derivados é o modelo mais antigo em uso no mundo, conforme destaca Alberto Clô (2000). Os contratos dessa modalidade (*concession agreement*) são considerados pela doutrina como o tipo de sistema mais avançado normalmente utilizado em países desenvolvidos com marcos regulatórios maduros e estáveis¹⁶⁸
169

A concessão é o regime jurídico-regulatório por meio do qual o governo do país hospedeiro¹⁷⁰, titular originário dos direitos sobre os hidrocarbonetos, concede a uma ou mais empresas nacionais ou estrangeiras, a exclusividade na exploração e produção do petróleo e gás, por sua conta e risco, em determinada área. Os contratos são celebrados através do órgão regulador, no caso do Brasil, a ANP.

Pelo regime de concessão, a propriedade do petróleo extraído em uma certa área é exclusiva do concessionário, por um certo período de tempo – em regra, de vinte a trinta anos, por sua conta e risco, com encargos relativos aos tributos e participações legais, de acordo com a Lei 9.478/97¹⁷¹. O concessionário possui a obrigação de arcar com todos os prejuízos que possam ocorrer, sem direito a qualquer pagamento, reembolso ou indenização, como a inviabilidade comercial do bloco concedido ou a insuficiência do volume de petróleo produzido para a recuperação dos investimentos realizados e o reembolso das despesas, direta ou indiretamente, incorridas. Dentre seus direitos, estão assegurados a pesquisa, extração e a venda do petróleo em troca de uma compensação financeira ao Estado, os royalties, acrescidos de uma obrigação de que parte da produção seja remetida ao abastecimento do mercado interno.

O edital e o contrato estabelecem ainda que o concessionário deverá pagar uma participação especial ao Estado nos casos de grande volume de produção, ou de grande

¹⁶⁸ RIBEIRO, Cássio G.; NOVAES, Henrique. T. *Da “Lei do Petróleo” ao Leilão de Libra: Petrobras de FHC a Dilma*. Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política. [S.l.]: RSBEP, 2014. Disponível em: <<http://www.revistasep.org.br/index.php/SEP/article/view/60/104>>. Acesso em 23 ago. 2017.

¹⁶⁹ *Direito do Petróleo*. 3. ed., v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

¹⁷⁰ Chama-se hospedeiro o Estado que vai receber, ou hospedar, as plataformas e empresas que vão explorar e produzir petróleo nos campos licitados/arrendados.

¹⁷¹ CORIOLANO, Ana C.F.; REIS, Edjane M.; DELGADO, Regina C.O.B. A indústria do petróleo e os modelos de contrato para exploração e produção no Brasil. Revista eletrônica de petróleo e gás da universidade potiguar, ano 2, n. 1. [S.l.]: RunPetro, out. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/runpetro/article/view/444>>. Acesso em: 07 abr. 2017.

rentabilidade. Essa participação é regulamentada em decreto do Presidente da República e se constitui em uma compensação financeira extraordinária que deverá ser paga, com relação a cada campo de uma dada área de concessão, a partir do trimestre em que ocorrer a data de início da respectiva produção. Pode-se dizer que “a participação especial corresponde a uma forma de compartilhamento de lucros (chamado, no caso, de ‘receita líquida’), dado que os custos, royalties¹⁷² e tributação podem ser deduzidos da base de cálculo da participação especial”¹⁷³. As participações governamentais estão descritas nos artigos 45 a 55 da Lei 9.478/97¹⁷⁴. Há também o pagamento do bônus de assinatura¹⁷⁵.

A concessão é realizada pela ANP em um processo de leilão de blocos exploratórios, que também é responsável pelos editais de licitação. Segundo relatório da STRAT Consulting (2004), em 1998, o primeiro leilão de blocos, a Rodada “0” de licitação, concedeu à Petrobras 115 blocos por meio da assinatura de 397 contratos. Em caso de fracasso em um prazo de três anos, era prerrogativa da empresa a devolução dos blocos à ANP¹⁷⁶. Em 2015, de acordo com dados divulgados pela agência em seu anuário de 2017, a 13ª rodada concedeu 37 blocos arrematados por 17 empresas, das quais 11 são nacionais e 6 estrangeiras, do Canadá, França, Argentina, Bermudas, Panamá, China. Somente um bloco não teve o contrato de concessão assinado. As cinco primeiras rodadas de concessão somaram um total de 189 blocos com o bônus de assinatura de R\$ 1.504.686.193,00 e percentual de aproveitamento de 11,1%¹⁷⁷.

Como o setor tem muitos requisitos para a entrada das empresas nas atividades exploração e produção, conforme previsto por competência da ANP no art. 25 da Lei 9.478/97¹⁷⁸, a estratégia utilizada era a associação com a Petrobras. A escolha da empresa concessionária se dava através de licitação na modalidade leilão e as empresas deveriam

¹⁷² Os royalties correspondem a uma alíquota incidente sobre o valor de produção do campo.

¹⁷³ GOMES, Carlos J. V. *O marco regulatório da prospecção de petróleo no Brasil: o regime de concessão e o contrato de partilha de produção*. Brasília: Senado Federal, 2009.

¹⁷⁴ Lei nº 9.478, de 06 de agosto 1997. Dispõe sobre a Política Energética Nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹⁷⁵ O bônus de assinatura é um pagamento que a empresa faz quando assina o contrato de exploração, para ter direito de explorar determinado campo. O valor do bônus de assinatura é definido em leilão, sendo vencedora a empresa que oferecer o maior valor (além de outros critérios, como participação de equipamentos produzidos no país e plano de exploração).

¹⁷⁶ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS - ANP. *Nota Técnica nº 021/2007-SCM*. Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2007. Encontrada em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=2283>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

¹⁷⁷ O percentual de aproveitamento é a proporção entre o número de blocos ofertados e o número de blocos concedidos.

¹⁷⁸ Art. 25. Somente poderão obter concessão para a exploração e produção de petróleo ou gás natural as empresas que atendam aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP (BRASIL, 1997).

preencher os requisitos técnicos, financeiros e jurídicos, seguindo os artigos 36 a 39¹⁷⁹ da referida Lei. Em caso de empate, a Petrobras seria a vencedora da licitação quando não estivesse em consórcio (art. 42)¹⁸⁰.

Desde a gênese normativa do petróleo no Brasil, sempre existiram muitas incertezas regulatórias, econômicas, políticas e empresariais, embora não tenham impedido a Petrobras, em razão de seu grau de conhecimento e tecnologia, de se consolidar como pioneira na extração em águas ultraprofundas. Esse cenário permaneceu de 1998, com a rodada “0”, até a mudança dos contratos com o pré-sal, em 2010¹⁸¹.

O que faz o regime de concessão ser distinto das outras modalidades contratuais é a propriedade do produto extraído, como foi visto. O petróleo, que era de propriedade exclusiva da União com base no art. 176 CF, passou a ser de domínio da concessionária, assim como, os equipamentos e ativos.

A Lei 9.478/97 ESTABELECE, no art. 24¹⁸², duas fases para a concessão: a de exploração – que envolve atividades de avaliação e eventual descoberta do petróleo ou gás natural determinando sua comercialidade; e a fase de produção – que inclui atividades de desenvolvimento. Cada qual com especificidades, tanto de tempo, quanto de obrigação contratual.

No que tange aos contratos, o Relatório I do BNDES¹⁸³ explica que a fase de exploração é mais curta, geralmente de 5 a 10 anos, incluindo a o período de avaliação, para garantir e dinamizar explorações, e se tornar mais eficientes e rápidas. No entanto, a fase de produção é mais longa, e pode durar de 20 a 40 anos com o objetivo de extrair o máximo de hidrocarbonetos dos blocos.

A especificação do contrato de concessão está no art. 43 da Lei 9.478/97 e tem como cláusulas essenciais: I - definição do bloco, objeto da concessão; II – prazo de duração da fase de exploração e as condições para prorrogação; III – programa de trabalho e investimento; IV – obrigações do concessionário quanto às participações; V – indicação das garantias quanto ao

¹⁷⁹ Seção III. Do edital de licitação, *idem*.

¹⁸⁰ Art. 42. Em caso de empate, a licitação será decidida em favor da PETROBRAS, quando esta concorrer não consorciada com outras empresas (BRASIL, *ibidem*).

¹⁸¹ PIMENTEL, Fernando. *O fim da era do petróleo e a mudança do paradigma energético mundial: perspectivas e desafios para a atuação diplomática brasileira*. Brasília: FUNAG, 2011.

¹⁸² Art. 24. Os contratos de concessão deverão prever duas fases: a de exploração e a de produção.

§ 1º Incluem-se na fase de exploração as atividades de avaliação de eventual descoberta de petróleo ou gás natural, para determinação de sua comercialidade.

§ 2º A fase de produção incluirá também as atividades de desenvolvimento. (BRASIL, 1997).

¹⁸³ BAIN & Company e Tozzini Freire Advogados. *Relatório I - Regimes Jurídico-Regulatórios e Contratos de E&P de Petróleo*. Rio de Janeiro: BNDES, 2009. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7681>>. Acesso em: 12 abr. 2017, p. 29.

cumprimento do contrato bem como os investimentos ajustados para cada fase; VI – regras sobre devolução e desocupação de áreas, retiradas de equipamentos e reversão de bens; VII – procedimentos para acompanhamento e fiscalização das atividades e auditoria do contrato; VIII – obrigatoriedade de fornecer à ANP relatórios, dados e informações das atividades; X – regras sobre solução de controvérsias incluindo conciliação e arbitragem internacional; XI – rescisão e extinção do contrato; XII – penalidades para descumprimento.

Além dessas, outras cláusulas previstas no art. 44, são: I – as medidas adotadas em todas as atividades para preservação dos conservatórios e recursos naturais, pessoas e meio ambiente; II – comunicar à ANP descobertas de jazidas de petróleo, gás ou outros hidrocarbonetos e minerais; III – apresentar relatórios de comercialidade, avaliação da descoberta e o interesse no desenvolvimento do campo; IV – submeter o plano de desenvolvimento com o cronograma e estimativa de investimento; V – responsabilidade civil por seus prepostos, bem como as indenizações por qualquer danos das atividades de E&P e ressarcir a ANP e a União de quaisquer ônus por eventuais demandas e VI – adotar as melhores práticas da indústria, obedecer normas e procedimentos técnicos e científicos inclusive de recuperação e racionalização da produção bem como de controle das reservas.

Os motivos para a eventual extinção das concessões estão previstos no art. 28, conforme descrito a seguir:

As concessões extinguir-se-ão: I - pelo vencimento do prazo contratual; II - por acordo entre as partes; III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato; IV - ao término da fase de exploração, sem que tenha sido feita qualquer descoberta comercial, conforme definido no contrato; V - no decorrer da fase de exploração, se o concessionário exercer a opção de desistência e de devolução das áreas em que, a seu critério, não se justifiquem investimentos em desenvolvimento¹⁸⁴.

Os §§ do art. 28 pontuam que a devolução das áreas não implica em ônus para a União ou para a ANP e nem dá à concessionária qualquer direito a indenização por serviços, bens (imóveis ou reversíveis) ou poços, que passam a ser de propriedade da União com administração da ANP conforme o art. 43, VI. Além disso, em casos de extinção, a remoção dos equipamentos e bens que não forem de reversão, fica por conta da concessionária, bem

¹⁸⁴ Lei nº 9.478, de 06 de agosto 1997. Dispõe sobre a Política Energética Nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

como reparações, indenizações e reparações determinadas pelos órgãos competentes. Já o art. 29 permite a transferência de concessão, desde que prévia e expressamente autorizada pela ANP.

Nessa modalidade de contrato, o Estado fica isento de responsabilidade civil, sendo única e exclusivamente do concessionário pelos seus próprios atos e os de seus prepostos e subcontratados. O concessionário também fica obrigado à reparação de todos e quaisquer danos causados pelas operações e sua execução, independentemente da existência de culpa, devendo ressarcir ao Estado quaisquer ônus que este venha a suportar em consequência de eventuais demandas motivadas por atos de sua responsabilidade (GOMES, 2009).

Há, ainda, um menor controle por parte do Estado sobre as fases de exploração e produção e sobre a comercialização do petróleo extraído, que é do concessionário. É comum em alguns países, como no Brasil, a possibilidade de o Estado restringir a venda ou exportação do produto e seus derivados por interesse de segurança energética nacional ou em caso de risco de abastecimento de combustíveis no país¹⁸⁵, conforme a resolução nº 8, de 2016¹⁸⁶.

II.II.II. CONTRATOS DE CESSÃO ONEROSA

O contrato de Cessão Onerosa foi estabelecido com a Lei nº 12.276/2010¹⁸⁷ que autorizou a União a ceder para a Petrobras, sem licitação, o direito de exercer atividades de exploração e produção em áreas do pré-sal que não estão sob o modelo de concessão, limitadas ao volume máximo de 5 bilhões de barris equivalentes (boe) de petróleo e gás natural. O pagamento referente ao produto, cuja titularidade é da empresa, foi fixado em títulos da dívida pública federal sob condições determinadas pelo Ministério da Fazenda e precificados a valor de mercado. O valor inicial do contrato, nos termos do art. 3º da referida Lei, ficou determinado

¹⁸⁵ GOMES, *idem*.

¹⁸⁶ CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA ENERGÉTICA - CNPE. Resolução nº 8, de 14 de dezembro de 2016. Estabelece diretrizes para os procedimentos de individualização da produção em situações onde as jazidas de petróleo e gás natural se estendam para áreas não contratadas. Brasília: MME, 2016. Disponível em: <http://www.mme.gov.br/documents/10584/3201726/Resolucao_CNPE_8.pdf/61c81ec5-d59a-4d1a-a5ea-21b61d2343dd>. Acesso em: 23 abr. 2018.

¹⁸⁷ *Lei 12.276 de 12 de junho de 2010*. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília: Poder Executivo, 2010a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112276.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

em R\$ 74.807.616.407,00. Foi previsto, ainda, um pagamento de royalties mensal à União, a partir do início da produção de cada campo¹⁸⁸.

A Petrobras obteve o direito de exploração por 40 anos, permitida a prorrogação por, no máximo cinco anos, ficando impedida de transferir o direito exploratório para terceiros¹⁸⁹. Como obrigação, em caráter exclusivo, deverá realizar todos os investimentos, custos e riscos relativos às operações e arcar com todos os prejuízos venham a ocorrer devido a, por exemplo, acidentes ou eventos da natureza que venham a afetar a produção. A ANP possui a autoridade reguladora e os direitos de inspeção sobre as atividades nas áreas definidas no contrato entre outras.

Essas particularidades contratuais foram definidas no art 2º da referida Lei, como segue:

Art. 2º O contrato que formalizará a cessão de que trata o art. 1º deverá conter, entre outras, cláusulas que estabeleçam: I - a identificação e a delimitação geográfica das respectivas áreas; II - os respectivos volumes de barris equivalentes de petróleo, observado o limite de que trata o § 2º do art. 1º; III - valores mínimos, e metas de elevação ao longo do período de execução do contrato, do índice de nacionalização dos bens produzidos e dos serviços prestados para execução das atividades de pesquisa e lavra referidas no caput do art. 1º; IV - o valor e as condições do pagamento de que tratam os §§ 3º e 4º do art. 1º; e V - as condições para a realização de sua revisão, considerando-se, entre outras variáveis, os preços de mercado e a especificação do produto da lavra (Lei nº 12.276/2010).

Com o fim da produção, ou extinguindo-se o contrato por qualquer motivo, a cessionária entrega à ANP um relatório de devolução de campos. No caso de possibilidade de exaustão da produção, durante o período de vigência do contrato, a empresa apresenta um programa de desativação, com a forma de tamponamento e abandono dos poços, desativação das instalações e remoção dos equipamentos.

¹⁸⁸ Lei nº 12.351 de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Brasília, DF: Poder Executivo, 2010c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

¹⁸⁹ Até o momento da finalização dessa pesquisa, encontrava-se em tramitação no Congresso o Projeto de Lei 8.939/2017 que permite à Petrobras transferir ou negociar até 70% dos campos da cessão onerosa do pré-sal na Bacia de Santos. CRISTALDO, Heloísa. *Plenário da Câmara aprova texto-base da cessão onerosa do pré-sal*. Brasília: Agência Brasil, 26 jun. 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-06/plenario-da-camara-aprova-texto-base-da-cessao-onerosa-do-pre-sal>>. Acesso em: 13 jul. 2018.

No regime de cessão onerosa não é admitida a reversão dos bens empregados pela cessionária, mas pode acontecer, excepcionalmente, para continuidade das operações ou se estes forem passíveis de utilização pública.

Em relação aos royalties e participações governamentais, o art. 5º estipula 10%, 5% e 5% distribuídos conforme: art. 47 da lei 9.478/97 (caput), lei 7.990/89 (§1º) e inciso II art. 49 da lei 9.748/97 (§2º). A lei 9.748 trata da política energética nacional, atividades relativas ao monopólio do petróleo, cria o CNPE e a ANP e dá outras providências.

A cessão onerosa admite arranjo de riscos muito distinto da concessão, estabelecendo que, já que a Petrobrás, única cessionária prevista por lei recebeu o direito da produção dentro de um limite, o que ela não conseguir produzir deve ser ajustado com revisão do contrato. A cessão só se dará por concluída com o alcance do limite pré-estabelecido, uma vez que a Petrobras paga antecipadamente pela produção. Coriolano indica que “na concessão, uma empresa petrolífera ou até mesmo a Petrobras, caso não tenha realizado nenhuma descoberta comercial após a conclusão do período exploratório, deverá finalizar o contrato”¹⁹⁰.

A modalidade de cessão onerosa pode ser interpretada como específica e peculiar e, semelhante à concessão, mesmo que não se confundam.

II.II.III. CONTRATOS DE PARTILHA DA PRODUÇÃO

O modelo de partilha de produção foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 12.351/2010 para o petróleo existente na área do pré-sal. Nessa modalidade, o contrato é assinado entre a União, representada pelo Ministério de Minas e Energia, a Petrobras e a empresa privada, responsável pela exploração das jazidas, incluindo o risco da descoberta, avaliação e exploração¹⁹¹. A gestão desses contratos é feita pela PPSA, responsável por monitorar e auditar a execução, as despesas operacionais e os custos de capital dos projetos de exploração, avaliação, desenvolvimento da produção e da produção. A ANP assina o contrato como uma espécie de interveniente anuente, sendo responsável pela regulação das atividades e realização das rodadas de licitação. O prazo de vigência do CPP (contrato de partilha de produção) é de 35 anos.

¹⁹⁰ CORIOLANO, Ana C.F.; REIS, Edjane M.; DELGADO, Regina C.O.B. *A indústria do petróleo e os modelos de contrato para exploração e produção no Brasil*. Revista eletrônica de petróleo e gás da universidade potiguar, ano 2, n. 1. [S.l]: RunPetro, out. 2013. Disponível em: <<https://repositorio.unp.br/index.php/runpetro/article/view/444>>. Acesso em: 07 abr. 2017, p. 26.

¹⁹¹ Idem, p. 27.

Originalmente titulada como operadora única dos contratos de partilha do pré-sal, a Petrobras obteve flexibilização dessa obrigatoriedade em 29 de novembro de 2016 com a sanção governamental da Lei 13.365. Com as novas regras, a empresa poderá dizer se quer ou não operar em blocos de exploração do petróleo da camada pré-sal. Antes, a estatal era obrigada a participar em pelo menos 30% de qualquer bloco contratado sobre o regime de partilha, independentemente de ter recursos ou não. Petrobras, no entanto, ainda terá a preferência para escolher os blocos em que pretende atuar como operadora, desde que com a anuência do Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), atendendo aos interesses nacionais. O novo marco manteve as demais características do modelo de partilha e garantiu a preferência da Petrobras nos leilões¹⁹².

Nesse tipo de contrato, a propriedade do petróleo é do Estado hospedeiro, que negocia como o lucro será repartido. A PPSA representa a União para fins de transferência do petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos. Contudo, as empresas, estatais ou privadas, podem gerenciar e operar instalações de produção. “Esse regime é muito utilizado, quando se tem baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo”¹⁹³.

Havendo sucesso na exploração, a empresa contratada recebe uma espécie de restituição em óleo sobre o custo da exploração, já que não é proprietária do petróleo extraído. A esse pagamento, chama-se de custo em óleo. Ela também recebe uma parcela denominada de óleo excedente, correspondente ao lucro do campo de exploração, na proporção, condições e prazos estabelecidos no edital de licitação. “O nome partilha deriva justamente do fato de as empresas partilharem com o governo o óleo excedente”¹⁹⁴.

No momento em que o petróleo é descoberto, a estatal assume a receita, realizando os devidos pagamentos ao governo e à contratada. Entretanto, os gastos incorridos em atividades exploratórias, inclusive os advindos de insucessos exploratórios, somente serão recuperados como custo em óleo caso haja pelo menos uma descoberta comercial na área do contrato.

No processo de negociação, o custo inicial é assumido pelas empresas, que podem aumentar sua parcela na partilha, caso o governo não concorde com a oferta inicial. “No

¹⁹² Lei nº 13.365, de 29 de novembro de 2016. Altera a Lei no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção. Brasília, DF: Poder Executivo, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm>. Acesso em 23. jun. 2017.

¹⁹³ *Idem, ibidem*.

¹⁹⁴ FREITAS, Paulo S. *Qual a diferença entre regime de partilha e regime de concessão na exploração do petróleo?* Brasil Economia e Governo. [S.l.]: Instituto Braduel, 14 mar. 2011. Disponível em: <http://www.brasil-economia-governo.org.br/wp-content/uploads/2011/03/o_novo_marco_regulatorio_do_petroleo.pdf>. p. 2, Acesso em: 7 mai. 2018.

contrato de partilha, não há necessidade de o governo estabelecer um bônus, pois é mais racional que esse bônus esteja embutido em uma maior parcela dos lucros futuros”.

Em relação às participações governamentais, a lei prevê os royalties e os bônus de assinatura, que têm o diferencial de não serem mais baseados no maior valor oferecido ao Estado, mas na maior quantidade de óleo oferecido, dando maior controle à União.

O modelo prevê, ainda, nos arts. 29, XV, e 32, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.351/2010, a devolução voluntária da área pela contratada. Outra possibilidade de devolução decorre da extinção total ou parcial do contrato, por qualquer causa. Neste caso, obrigará a contratada a devolver a área imediatamente, ainda que total ou parcialmente. A devolução não acarretará ônus de qualquer natureza para a contratante, a gestora ou para a ANP, inclusive no que diz respeito à reversão de bens como consequência de devolução¹⁹⁵.

A Lei supramencionada também criou o Fundo Social para canalizar recursos financeiros para combate à pobreza e para incentivo à educação, devendo ser utilizado pelo poder público de forma a diminuir as desigualdades sociais, cumprindo o preceito de desenvolvimento sustentável.

Tabela 1: Características dos três tipos de contratos

ITENS	PARTILHA	CONCESSÃO	CESSÃO ONEROSA
Produção	Repartida entre país e empresa	100% da empresa	5 bilhões de barris de óleo equivalente para a Petrobras
Controle	Participação preferencial da Petrobras Participação da PPSA no consórcio	Sem participação direta do país	Cedido pela União à Petrobras
Bônus de Assinatura	Pode haver (a critério da PPSA com a contratada)	Determinado pela empresa como elemento da oferta	Não há
Retorno ao País	<i>Royalties</i> Lucro em óleo (parcela do país na produção) Menos tributos	<i>Royalties</i> Participação especial (percentual variável) Mais tributos	<i>Royalties</i> Tributos
Retorno à Empresa	Custo em óleo (reembolso dos custos) + lucro em óleo (sua parcela da produção)	Produção	Produção

Fonte: Elaborado pelo autor.

¹⁹⁵ Arts. 29, XV, e 32, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.351/2010.

II.II. OUTROS TIPOS DE CONTRATOS DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

Além dos três modelos estudados anteriormente, existe um amplo leque de tipos contratuais aplicados, de acordo com cada país e legislação e com objetos bastante distintos, em razão da própria diversificação da indústria.

Os exemplos abordados a seguir são os contratos mais comuns no sistema internacional, mas que também são adotados no Brasil, em menor escala que os três anteriores (concessão, cessão onerosa e partilha).

a) Contratos de serviços: São utilizados para os serviços voltados à cadeia logística como um todo, não exclusivamente às atividades de exploração. Nesses contratos, a prestadora de serviço recebe o que foi acordado, independentemente de a contratante ter êxito ou não. Podem incluir cláusula de risco, em que a remuneração da empresa prestadora do serviço é proporcional aos lucros da titular dos direitos de E&P e podem ser iniciados com a exploração, tendo continuidade na produção, em caso de êxito, ou ainda, serem de revitalização de campos maduros¹⁹⁶;

b) Acordo de Operações Conjuntas (*Joint Operating Agreement* ou JOA): são acordos entre empresas que atuam em divisão de funções nas atividades de E&P. Nessa modalidade, as empresas celebram um contrato de E&P com a ANP, regulando todos os aspectos da operação conjunta e, eventualmente, complementa o consórcio com cláusulas oponíveis somente entre suas partes contratantes.

c) Acordo para Oferta Conjunta (*Joint Bidding Agreement* ou JBA): Nesses tipos de contratos, empresas estabelecem regras entre si para uma participação organizada em licitações de áreas específicas. Pode-se tornar um JOA em casos de êxito na licitação. Suas principais cláusulas estabelecem o roteiro para formulação da oferta, o direito à melhor oferta, direito de retirada e compromissos durante o período acordado (conhecida como cláusula de *undertaking*) e os itens pré-acordados em caso de negociação futura como JOA.

d) Parcerias Empresariais (*Joint Ventures* ou JV): Esse modelo diz respeito a empresas que operam em parceria, nas mais diversas modalidades, que levam em conta a natureza jurídica do vínculo e a motivação. São cada vez mais comuns no mercado de P&G, principalmente depois da crise de 2008. Empresas que não desejam arcar com os custos do

¹⁹⁶ Contratos com cláusula de risco foram considerados incompatíveis com a regra estabelecida pela lei do petróleo, 9.487/97, que instituiu a gerência de E&P para a concessionária. Os contratos de risco, adotados principalmente por volta de 1976 foram proibidos pelo art. 177§ 1º da Constituição Federal de 1988.

processo de E&P se unem com outras que desejam explorar, no mesmo local, dividindo custos e lucros.¹⁹⁷

e) Consórcios: Baseado no art. 278 § 1º da Lei das S.A.¹⁹⁸, trata-se de uma modalidade de parceria sem personalidade jurídica, mas com controle de uma única entidade, para facilitar o cumprimento de obrigações. É uma parceria verticalizada¹⁹⁹, uma vez que os modelos anteriores são parcerias horizontais. As empresas têm direitos e deveres perante todas as outras participantes. Esse modelo tem sido muito comum na exploração dos campos em regime de concessão e funcionam por causa de outro contrato existente (Joint ou Farmin/Farmout).

f) Acordos de Transferência de Direitos (*Farmin/Farmout Agreements*): São os contratos em que empresas cedem direitos de E&P em consórcios com terceiros. Nesses contratos, a cessão de direitos pode ser parcial ou total, correspondendo ao percentual da participação no bloco. Normalmente, o cessionário adere aos termos estabelecidos na JV.

g) Acordos de Troca de Ativos (*Swap Agreements*): Inclui direitos de exploração e produção de determinadas áreas e que podem prever: cessão de direitos livremente, sem necessidade de consulta às demais consorciadas; com cláusula de preferência; ou, concedendo oportunidade para consorciadas para depois incluir a participação de terceiros.

h) Acordo de Retirada da Produção (*Lifting ou Offtake Agreements*): É aquele realizado entre o produtor e o comprador de parte da futura produção. Normalmente são negociados antes da exploração e podem ser usados para conseguir investimentos envolvendo pagamentos de uma taxa (fee) para a exploradora conseguir financiar o projeto. Envolve produção futura e tem cláusulas de hardship (garantias em casos de força maior) permitindo ao produtor cancelá-lo em caso de ocorrência de certos eventos.

i) Acordo de Retirada de Gás (*Gas Balance Agreements*): Normalmente é celebrado em regimes de JV para equilibrar a produção, quando um proprietário opta por vender maior fluxo de gás do que os outros proprietários. Também podem ser acordos em separado, em propriedades cobertas por outros acordos na situação de desequilíbrios na produção de um poço ou campo de gás.

¹⁹⁷ Os JBA, JOA e contratos de serviços podem existir depois de uma licitação em casos de aquisição derivada (*farmin/farmout*) ou em aquisição originária em contrato direto. Os modelos Joint merecem todo um estudo à parte devido à alta complexidade e diversidade. Aqui são utilizados para exemplificar a mudança ocorrida no mercado.

¹⁹⁸ Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

¹⁹⁹ A verticalização ocorre quando “a empresa assume o controle sobre diferentes estágios (ou etapas) associados à progressiva transformação de insumos em produtos finais” (KUPFER; HANSENCLEVER, 2002, p. 313). Neste caso, as empresas do consórcio podem atuar em vários estágios da cadeia produtiva, desde a exploração e produção até o refino, transporte e distribuição.

j) Contratos Internacionais de Venda de Óleo Cru (*International Crude Oil Sales Agreements*): São acordos de venda internacional de petróleo cru, seja entre empresas exportadoras e importadoras, produtores e outros agentes ou dentro de uma JV. Normalmente esses acordos são precificados previamente pelo mercado internacional, via Bolsa de Commodities.

Em relação aos aspectos desses tipos distintos de contratos, a ANP, em sua nota técnica nº21, frisa que:

Contudo, alguns outros aspectos de suma relevância devem pautar, ou mesmo determinar, a escolha do tipo contratual que irá vigor. Mas, deve-se ter claro o que se deseja fazer com os recursos naturais que o país possui, tendo em vista a maximização do bem-estar da sociedade²⁰⁰.

Pode-se observar que os inúmeros tipos contratuais são pensados para possibilitar melhor dinâmica ao mercado e margem de lucro das empresas, mas também devem considerar o desenvolvimento local e o bem-estar da sociedade do Estado hospedeiro. Mesmo com a crescente padronização contratual e a necessidade de uma *lex petrolea* amplamente difundida, ainda há pluralidade de visões e pensamentos devido ao grande número de países e empresas que participam desse mercado, tornando o tema altamente complexo.

Quanto maior a padronização e o *compliance* dos contratos e das empresas, maior segurança jurídica o mercado obterá, colaborando para o incremento de investimentos no país. Como defende Hachem²⁰¹, “a aplicação de qualquer princípio jurídico demanda que o intérprete compreenda adequadamente a sua configuração jurídica, verificando os fundamentos que lhe fornecem.”

Segundo Canotilho, o princípio da segurança jurídica exige: “(1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos”²⁰². A partir disso, o autor conclui que o princípio pode ser exigível perante qualquer ato dos poderes estatais: Legislativo, Executivo ou Judicial.

²⁰⁰ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS - ANP. *Nota Técnica nº 021/2007-SCM*. Rio de Janeiro, 17 de dezembro de 2007. Encontrada em: <<http://www.anp.gov.br/wwwanp/?dw=2283>>. Acesso em: 18 nov. 2017.p. 21

²⁰¹ HACHEM, Daniel W. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

Seguindo o mesmo entendimento sobre segurança jurídica, Camargo e Balarini explicam:

O princípio da segurança jurídica é fundamento do Estado de Direito, e se relaciona estritamente à questão da legalidade. Contudo, os cidadãos devem sentir os efeitos diretos da segurança oferecida pelos tribunais ao interpretarem e aplicarem as leis. Nesse sentido, a compreensão clara da jurisprudência é importante na medida em que serve de parâmetro para a conduta social²⁰³.

Leis e políticas que não tragam segurança jurídico-contratual afetam o ritmo do mercado e investimentos no país, aumentando a importância da padronização e do *compliance* internacional.

III. DO DIREITO AOS ROYALTIES

O art. 177 da Carta Magna dispõe, e também o art. 4º da Lei 9.478/97, que compete à União o monopólio das seguintes atividades:

“Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - A pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.”

Aos estados, Distrito Federal e municípios, restou assegurado pelo texto constitucional o direito de compartilhar os resultados da exploração do petróleo ou gás natural obtido no

²⁰³ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe; BALARINI, Flávia Gonçalves. *A Segurança Jurídica na Doutrina e nos Tribunais*. Trabalho submetido ao XXI Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Niterói – RJ entre os dias 31 de outubro de 03 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1f9b616fadeddc02>>. Acesso em: 15 mai. 2018, p. 1..

referente território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, conforme artigo 20 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 20. São bens da união: (...)

§1º. É assegurada, nos termos da lei, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a órgãos da administração direta da União, participação no resultado da exploração de petróleo ou gás natural, de recursos hídricos para fins de geração de energia elétrica e de outros recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.”

O royalty é uma compensação financeira devida à União pelas empresas que produzem petróleo e gás natural no território brasileiro: uma remuneração à sociedade pela exploração desses recursos não renováveis.

Os royalties incidem sobre o valor da produção do campo e são recolhidos mensalmente pelas empresas concessionárias por meio de pagamentos efetuados à Secretaria do Tesouro Nacional (STN) até o último dia do mês seguinte àquele em que ocorreu a produção. A STN repassa os royalties aos beneficiários com base nos cálculos efetuados pela ANP, de acordo com o estabelecido pelas leis nº 9.478/1997 e nº 7.990/1989, regulamentadas, respectivamente, pelos decretos nº 2.705/1998 e nº 1/1991.

Os royalties incidem sobre a produção mensal do campo produtor. O valor a ser pago pelos concessionários é obtido multiplicando-se três fatores:

- (1) Alíquota dos royalties do campo produtor, que pode variar de 5% a 10%;
- (2) Produção mensal de petróleo e gás natural produzidos pelo campo;
- (3) Preço de referência destes hidrocarbonetos no mês (artigos 7º e 8º do Decreto nº 2.705/1998, que regulamentou a Lei nº 9.478/1997).

No Brasil, existem diferentes tipos de royalties, pagos ao governo ou à iniciativa privada. Os royalties pagos ao governo, por exemplo, são relativos à extração de recursos naturais minerais, como minérios metálicos ou fósseis, carvão mineral, petróleo e gás natural, ou pelo uso de recursos naturais como a água, em casos como represamento da água em barragens hidrelétricas. Cada tipo de royalty, fruto da exploração ou extração de determinados recursos, obedece a uma legislação específica, que cobra porcentagens distintas do valor final

do produto extraído ou utilizado, e distribui esta renda de formas diferentes entre o Governo Federal, os Estados e os Municípios²⁰⁴.

O debate surgiu em função da questão da divisão das participações estatais sobre a exploração desses recursos. Segundo a Lei nº 9.478, de 1997, o modelo por meio do qual devem ser celebrados contratos entre a União e as empresas do ramo petrolífero é o da concessão. De acordo com o mesmo dispositivo legal, estão previstos quatro tipos de participações estatais devidos à União: bônus de assinatura, royalties, participação especial e pagamento pela ocupação ou retenção da área. Os royalties e as participações especiais são divididos entre a União e Estados produtores. As outras, destinadas somente ao governo federal²⁰⁵.

O Congresso Nacional decretou a Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012²⁰⁶. “para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha”. Ou seja, essa nova lei modificou as Leis no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação. No entanto, os estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo ajuizaram ADI no Supremo Tribunal Federal, alegando inconstitucionalidade da lei federal, uma vez que se consideravam prejudicados com a nova distribuição de royalties aprovada. Eis a alegação do Rio de Janeiro:

as novas regras de distribuição dos royalties e participações especiais devidos pela exploração do petróleo, introduzidas pela Lei Federal n. 12.734/2012 (doc. n. 1). De forma específica, são impugnados os arts. 42-B; 42- C; 48, II; 49, II; 49-A; 49-B; 49-C; 50; 50-A; 50-B; 50-C; 50-D; e 50-E da Lei Federal n. 9.478/97, todos com a redação dada pela Lei Federal n. 12.734/2012. Nesta ação direta retoma-se a questão do veto à Lei n. 12.734/2012, que foi discutido no MS n. 31.816/DF²⁰⁷

²⁰⁴ MESQUITA, Daniel Augusto. O Novo Modelo de Distribuição dos Royalties do Petróleo e Gás Natural e o Federalismo Cooperativo. Disponível em: <http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia07oficina02texto2.pdf>. Acesso em: 20 maio de 2013.

²⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Saiba como evoluiu a legislação brasileira sobre o petróleo*. Brasília, DF: Agência Câmara, 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/agencia/noticias/126538.html>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

²⁰⁶ Lei nº 12.734, de 30 de novembro de 2012. Altera a Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997, e no 12.351, de 22 de dezembro de 2010, para determinar novas regras de distribuição entre os entes da Federação dos royalties e da participação especial devidos em função da exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, e para aprimorar o marco regulatório sobre a exploração desses recursos no regime de partilha. DF: Poder Executivo, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12734.htm>. Acesso em 23. jun. 2017.

²⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relatório da Medida Cautelar concedida pela Ministra Carmem Lúcia. Disponível em:

Inicialmente, a Ministra Carmem Lúcia deferiu Medida Cautelar resguardando os pedidos da ADI (Nº 4917), em 18 de março de 2013. Seu deferimento deveu-se em razão da relevante alteração na distribuição de royalties até então vigente. A fatia da União nos royalties cai de 30% para 20%, enquanto os estados produtores têm redução de 26,25% para 20%. Os municípios confrontantes sofrerão a seguinte redução: de 26,25% passam para 17% e chegam a 4% em 2020. Os municípios afetados pela exploração de petróleo também sofrerão cortes: de 8,75% para 2%. Em contrapartida, o percentual a ser recebido pelos estados e municípios não produtores saltará de 8,75% para 40%.

E assim permanece até os dias atuais. A ADI ainda não teve sua decisão de mérito plenária no STF.

No regime de partilha de produção, o Estado mantém a propriedade do petróleo e gás mesmo depois de extraídos, ao passo que remunera os custos de produção e divide com o contratado o excedente em óleo¹⁰, como recompensa por ter assumido totalmente os riscos de exploração. Além disso, recebe receitas a título de royalties e bônus de assinatura e abre mão da cobrança de participação especial.

No regime da Cessão Onerosa, do total da produção são descontados os custos (de exploração, de desenvolvimento do campo e de extracaro), os investimentos necessários (que são assumidos integralmente pelo contratado e ressarcidos através de parcela da produção de petróleo e gás natural, denominada “custo em óleo”), e a remuneração da empresa produtora (parcela do restante do petróleo extraído, previamente definida no contrato, chamada “excedente em óleo”), e o restante da produção passa a ser propriedade do Estado.²⁰⁸

Portanto, a questão ainda está em aberto e é extremamente relevante aos Municípios e estados federativos envolvidos direta e indiretamente na exploração de petróleo e gás natural.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado a multiplicidade de tipos de contratos possíveis e em uso, no país e no exterior, em parceiras de exploração de P&G, pode-se influir que a temática além de não estar pacificada pode ainda ter novos capítulos mais complexos e multifacetados ainda.

https://www.google.com.br/search?source=hp&ei=nmvPW82cFMWWsAeDqaG4CQ&q=adi+lei+12.734&oq=adi+lei+12.734&gs_l=psy-ab.3...2167.10563.0.11384.15.14.0.0.0.171.1491.8j6.14.0...0...1c.1.64.psy-ab..1.11.1227.0..0j35i39k1j0i203k1j0i22i10i30k1j0i22i30k1.0.PTgHZAFhHz0. Acesso em 20 set 2018.

²⁰⁸ Silva, Scarlet Ohara Nogueira. Evolução do regime jurídico de distribuição dos royalties petrolíferos: dos primórdios da apropriação dos recursos minerais à judicialização da querela federativa In: RDIET, Brasília, V. 11, no1, p. 137 – 174 Jan-Jun, 2016 p. 151-152

Eis o motivo da provocação do título proposto no presente trabalho: a repartição do pão alheio. Restou decidido pelos constituintes originários que a União era a detentora dos direitos de exploração dos recursos minerais do solo e subsolo nacionais. No entanto, os mesmos constituintes previram que os estados e os municípios deveriam ser recompensados, em forma de distribuição de royalties, quando dessa exploração. Uma vez que a União tem vislumbrado a evolução dos regimes de exploração em novas modalidades contratuais, há de se ter permanente atenção que essa seletividade não implique na redução de receita que pudesse advir se fosse outro regime de exploração. A opção federal não prescindir dos interesses dos demais entes federativos, em especial dos com menor poder argumentativo e de representação judicial, como alguns municípios de menor envergadura, do entorno de grandes centros produtores.