

7

A INDIVIDUALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Carolina Assano Massocato Escobar

RESUMO

A unitização, referida na Lei do Petróleo como individualização da produção, tem lugar quando uma jazida de petróleo ou gás natural se estende por dois ou mais blocos contíguos, cujos direitos e obrigações pertencem a concessionários distintos. Nesta hipótese, a Lei do Petróleo determina que os concessionários envolvidos celebrem um acordo para a individualização da produção, cujo objetivo principal é a racionalização e o melhor aproveitamento dessa jazida comum, em razão de relevante interesse social, evitando, destarte, uma produção predatória ou injusta. Nesse cenário, o presente trabalho tem por finalidade analisar os acordos para a individualização da produção à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o tratamento a eles dispensado pelos Contratos de Concessão outorgados pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, algumas questões controversas (como, por exemplo, qual seria o objeto da unitização), além de algumas possíveis implicações dos referidos acordos.

PALAVRAS-CHAVES

Legislação brasileira; petróleo e gás natural; individualização da produção; unitização

ABSTRACT

Treated in the “Lei do Petróleo” (Petroleum Act) a “individualização da produção” (production individualization), the unitization takes place when the same natural deposit of oil or natural gas spreads for two or more contiguous exploration blocks belonging to different concessionaires. In this case, the “Lei do Petróleo” determinates that an agreement for unitization of production between the concessionaries must be done, in order to rationalize the exploration of mineral resources, avoiding a predatory and unbalanced exploration, in the social interest of best use of petroleum resources. With that, this paper makes a historical approach to unitization, through the analysis of this institute in the concession agreements celebrated by the ANP (National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels), from Round Zero (Rodada Zero), to the Tenth Round (Décima Rodada), as well as in Brazilian legal system, considering, also, the international doctrine, approaching controversial issues (such as, which object of the unitization agreement is) and possible implications of these agreements.

KEYWORDS

Unitization; production individualization; Brazilian Petroleum Act; ANP – National Agency of Petroleum, Natural Gas and Biofuels; Brazilian Legislation.

Introdução

A unitização¹, referida na Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 (também chamada de Lei do Petróleo), como individualização da produção, tem lugar quando uma jazida de petróleo e/ou gás

1 Unitização é a tradução para o português do termo *unitization* ou *Unitisation* e tem sido a expressão mais utilizada no jargão da indústria do petróleo. A Lei do Petróleo utiliza a expressão “individualização da produção” e o Contrato de Concessão menciona também “unificação da produção”. No presente trabalho utilizaremos as três expressões indistintamente, uma vez que todas são aceitáveis e consagradas na indústria.

natural se estende por dois ou mais blocos contíguos, cujos direitos e obrigações pertencem a concessionários distintos.

No Brasil, para o desenvolvimento e produção de uma jazida comum, os concessionários dos blocos vizinhos deverão celebrar um acordo para a individualização da produção, compulsório na forma da Lei do Petróleo², cujo objetivo principal é a racionalização e o melhor aproveitamento do reservatório, em razão de relevante interesse social, evitando, assim, uma produção predatória ou injusta.

A inserção do tema em nosso ordenamento jurídico vem ensejando intensos debates nos fóruns especializados, principalmente após a realização da Quinta Rodada de Licitações promovida pela ANP, na qual se reduziu consideravelmente a dimensão das áreas ofertadas, aumentando, portanto, a probabilidade de uma jazida abranger mais de um bloco e tornando, por conseguinte, mais prováveis as hipóteses de celebração de acordos para a individualização da produção.

O estudo do tema mostra-se ainda mais pertinente após as recentes descobertas de campos gigantes de petróleo na denominada camada “pré-sal” do subsolo brasileiro, que, segundo estimam, abrangem vários blocos exploratórios, outorgados a distintos concessionários, o que implicará, num breve futuro, a celebração de diversos acordos de unitização³.

2 Dispõe o art. 27 da Lei do Petróleo: “Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção”.

3 No dia 8 de novembro de 2007, a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras divulgou o seguinte Comunicado de Fato Relevante em seu *site* <www.petrobras.com.br>, na seção “Relações com o Investidor”, *in verbis*: “Rio de Janeiro, 8 de novembro de 2007 – Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, [Bovespa: PETR3/PETR4, NYSE: PBR/PBRA, Latibex: XPBR/XPBRA, BCBA: APBR/APBRA], uma companhia brasileira de energia com atuação internacional, comunica que concluiu a análise dos testes de formação do segundo poço (1-RJS-646) na área denominada Tupi, no bloco BM-S-11, localizado na bacia de Santos, e estima o volume recuperável de óleo leve de 28º API, em 5 a 8 bilhões de barris de petróleo e gás natural. A Petrobras é operadora da área e detém 65%, a empresa britânica BG Group detém 25% e a portuguesa Petrogal – Galp Energia, 10%. A Petrobras realizou, também, uma avaliação regional do potencial petrolífero do pré-sal que se estende nas bacias do Sul e Sudeste brasileiros. Os volumes recuperáveis

Tanto assim, que a ANP criou um grupo de trabalho multidisciplinar interno para tratar da regulamentação da individualização da produção, tendo convidado alguns representantes de concessionárias, além de outros profissionais especialistas em Direito do Petróleo, que puderam expor suas impressões e preocupações sobre o tema⁴.

Em vista do acima exposto, o objetivo do presente trabalho é analisar os acordos para a individualização da produção à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a forma como a matéria foi regulada nos contratos de concessão outorgados pela ANP até o momento, bem como apontar, sucintamente, algumas questões controversas, como, por exemplo, qual seria o objeto da unitização ou a natureza do laudo arbitral mencionado na Lei do Petróleo, além de alguns possíveis desdobramentos dos referidos acordos no pagamento das participações governamentais e no compromisso de contratação com a indústria nacional.

1. Aspectos geológicos e visão histórica

As jazidas de petróleo e gás natural, por sua característica migratória e fluida, não respeitam demarcações superficiais estabe-

estimados de óleo e gás para os reservatórios do pré-sal, se confirmados, elevarão significativamente a quantidade de óleo existente em bacias brasileiras, colocando o Brasil entre os países com grandes reservas de petróleo e gás do mundo. Os poços que atingiram o pré-sal e que foram testados pela Petrobras mostram, até agora, alta produtividade de petróleo leve e de gás natural. Esses poços se localizam nas bacias do Espírito Santo, de Campos e de Santos. As rochas do pré-sal são reservatórios que se encontram abaixo de uma extensa camada de sal, que abrange o litoral do Estado do Espírito Santo até Santa Catarina, ao longo de mais de 800 km de extensão por até 200 km de largura, em lâmina d'água que varia de 1.500 m a 3.000 m e soterramento entre 3.000 e 4.000 metros." Disponível em: <<http://www2.petrobras.com.br/ri/port/Comunicados/verComunicados.asp?id=3200&ano=2007>>.

4 A ANP, através da Resolução de Diretoria n. 211/2008, de 25.03.2008, aprovou a constituição de um grupo de trabalho multidisciplinar interno "objetivando a definição de parâmetros para orientação da elaboração do acordo de unificação da produção previsto no Contrato de Concessão, formulando os instrumentos regulamentares necessários". Até a presente data, e pelo que se tem acompanhado na mídia especializada e junto à ANP, o Grupo de Trabalho ainda não apresentou os resultados de sua análise.

lecionadas pelo homem, tais como os limites de um bloco definidos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e B combustíveis – ANP, os limites territoriais de um município, de um estado ou, até mesmo, os limites de um Estado Soberano.

Desta forma, o petróleo originalmente acumulado em um determinado local pode fluir no interior das rochas sedimentares, fazendo com que uma jazida petrolífera se estenda além dos limites de um bloco, por exemplo. Nesse caso, teremos um único reservatório de hidrocarbonetos abrangendo dois ou mais blocos vizinhos, possivelmente outorgados a concessionários distintos.

Segundo Ernest E. Smith, a movimentação dos hidrocarbonetos no subsolo é provavelmente resultante da atuação das forças de gravidade e pressão hidrodinâmica⁵.

Para José Eduardo Thomas, a explicação clássica para a migração do petróleo atribui papel relevante à fase de expulsão da água das rochas geradoras, que levaria consigo o petróleo durante os processos de compactação. Outra explicação para o fenômeno, segundo o autor, estaria no microfraturamento das rochas geradoras⁶.

Valéria Tiriba e Gersem Andrade ensinam que o petróleo e o gás natural tendem a migrar de regiões de alto potencial hidrodinâmico para as de baixo potencial. Assim, na ausência de normas proibitivas, um concessionário poderia baixar artificialmente o potencial hidrodinâmico de sua área, pela perfuração intensiva de poços ou pela redução na pressão de fluxo dos mesmos, fazendo com que o óleo e o gás das áreas vizinhas migrem para os poços sob seu controle⁷.

5 SMITH, Ernest E. et al. *International petroleum transactions*. 2a (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2000), p. 8.

6 THOMAS, José Eduardo. *Fundamentos de engenharia do petróleo*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Interciência, 2001, p.16. Segundo o autor, a expulsão do petróleo da rocha onde foi gerado (rocha geradora) recebe o nome de “migração primária” e o seu percurso ao longo de uma rocha porosa e permeável até ser interceptado e contido por uma armadilha geológica recebe o nome de “migração secundária”.

7 APPI, Valéria Tiriba; ANDRADE, Gersem Martins. *Principais tópicos relacionados aos acordos de unificação (unificação) no Brasil*, Rio Oil & Gas Conference, Rio de Janeiro: IBP, 2000, p. 3.

Tal procedimento, notadamente injusto e predatório, foi prática comum nos Estados Unidos nos primórdios de sua atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos. Era denominada “regra da captura” ou *rule of capture*, inspirada na *common law* britânica, que reconhecia a impossibilidade de responsabilização civil pela extração do petróleo ou gás natural do subsolo de terras vizinhas, desde que os poços tivessem sido perfurados em solo de propriedade ou usufruto da companhia exploradora⁸.

Assim, de acordo com essa regra, a propriedade do óleo produzido em determinada região seria do proprietário da superfície, não importando se aquele óleo fluiu no subsolo a partir de uma propriedade contígua⁹.

A regra da captura estava amparada pelo sistema fundiário ou da acessão, base do regime minerário inglês e norte-americano, pelo qual ao proprietário do solo era conferida também a propriedade do subsolo, sob o argumento de que o subsolo é acessório do solo e que, por isso, deve seguir a propriedade principal. Neste regime, o Estado exerce apenas a vigilância, orientando a exploração das riquezas minerais.

Segundo nos ensina a Professora Marilda Rosado, a doutrina da regra da captura fortaleceu-se como decorrência de uma ambiência política e economicamente liberal, que privilegiava a necessidade de recursos energéticos e premiava os mais diligentes na busca de tais recursos¹⁰.

Observou-se, portanto, um crescimento da produção de petróleo naquele país, às custas de uma exploração predatória, com a

8 LOSS, Giovanni. *A regulação setorial do gás natural*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 101.

9 SMITH, Ernest E. et al. *Materials on international petroleum transactions*, 2ª ed. Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2000 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. 2ª ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.185.

10 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. Op.cit., p. 38.

perfuração excessiva de poços, comumente próximos aos limites das propriedades, visando apenas à minimização do tempo de retorno dos investimentos. Tal prática, todavia, colocava em risco o fator de recuperação da jazida, podendo, até mesmo, inviabilizar totalmente o projeto.

Além disso, a perfuração excessiva de poços resultou na proliferação de tanques, dutos e válvulas, sujeitos a vazamentos e incêndios, aumentando, portanto, o risco de danos ao meio ambiente¹¹.

Assim, o sistema da acessão foi bastante criticado filosófica e tecnicamente, pois gerava uma verdadeira corrida ao petróleo nos países que a consagravam, acarretando em fortunas e bancarrotas¹².

Como consequência, algumas cortes norte-americanas começaram a impor limites à regra da captura, a fim de impedir o desperdício, tendência essa que evoluiu na direção da doutrina dos direitos correlatos (*correlative rights doctrine*).

Essa doutrina previa que os diferentes proprietários superficiais de um reservatório comum de petróleo e gás natural teriam o direito razoável de produzir hidrocarbonetos a partir daquele reservatório, proporcionalmente à quantidade de óleo e gás recuperáveis que estivessem sob sua propriedade¹³.

Entretanto, a doutrina dos direitos correlatos não constitui garantia de que o proprietário terá um justo e equitativo quinhão do reservatório comum, mas tão somente a segurança de que lhe será concedida a oportunidade de receber tal parte. Segundo Bruce Kramer¹⁴, o elemento chave dessa doutrina é a oportunidade, e

11 ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E. Exploratory unitization under the 2004 model oil and gas conservation act: Leveling the playing field. *In Journal of Land, Resources & Environmental Law*, vol. 24, n. 2, 2004, p. 278.

12 SMITH, Yergin e outros sobre. História do petróleo nos EEUU *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 36.

13 LOWE, John S. Oil and Gas Law in a Nutshell, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1983 (Nutshell Series), p. 15 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 39.

14 KRAMER, Bruce M. Principles and historical context of pooling

não a certeza, de receber uma fatia justa e equânime do reservatório comum. Consequentemente, além das normas legais, se fazia necessário estabelecer normas contratuais que garantissem a equidade dessa partilha. Nesse contexto se situa o instituto da *unitization*, traduzido como “unitização” ou, ainda, como “unificação”¹⁵.

Os acordos de unitização surgem, portanto, como uma reação ao regime da acessão, sendo considerados pela literatura especializada como a única solução para um melhor aproveitamento e recuperação máxima de um campo petrolífero, através de operações eficientes e de baixo custo¹⁶.

As primeiras iniciativas no sentido da conscientização da importância da unitização são atribuídas a Henry L. Doherty, em 1924, que promoveu verdadeira campanha na defesa da criação de uma lei federal de unitização compulsória, bem como da intervenção do governo objetivando a conservação dos recursos naturais. Precursor na divulgação dos malefícios da regra da captura, Doherty compreendeu que a adoção da regra da captura estimulava a produção rápida, predatória e a descontrolada perfuração de poços, com a consequente perda da pressão do gás no reservatório, ocasionando o esgotamento da energia subterrânea dos poços. Além disso, alertava também para a super oferta de óleo, que tornava a indústria vulnerável às variações de preços¹⁷.

and unitization. In *Offshore pooling and unitization*. Livro 1, n. 1, 1997 (Mineral Law Series). Denver: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 1997 *apud* CUNHA, Amanda L. Aspectos jurídicos da unitização: uma abordagem comparativa. Rio Oil & Gas Conference, Rio de Janeiro: IBP, 2004, p. 4.

15 DAVID, Olavo Bentes. Acordos de Unitização: *Uma Nova Espécie Contratual no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Monografia apresentada ao final da graduação. Natal, 2003, p. 4

16 SMITH, Ernest E.; WEAVER, Jacqueline Lang. The vountary unitization act. In SMITH, Ernest E. *Texas Law of Oil and Gas*, v. 2, 2a ed. looseleaf updated Carlabad, California: Butterworth Legal Publisher c. 1989, pp. 425-490 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 186.

17 KRAMER, Bruce; MARTIN, Patrick H. *The law of pooling and unitization – overcoming the rule of capture*. v. 1, cap. 3, 3a ed. looseleaf updated. New York: Mathew Bender, 1957 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Uma introdução

Doherty sugeriria o tratamento dos campos como unidades, planejando-se a exploração de petróleo segundo as melhores técnicas da engenharia, visando à máxima eficiência no exercício da atividade. Ao final, a produção seria rateada entre os diversos proprietários¹⁸.

As ideias de Doherty, apesar de bastante criticadas pelas empresas petrolíferas, representadas pelo American Petroleum Institute (API), encontraram acolhida no Conselho Federal de Conservação do Petróleo, órgão ligado ao governo norte-americano, que contribuiu para uma oportuna mudança de mentalidade.

Outra importante iniciativa partiu da Seção de Direito Mineral da *American Bar Association*, em 1929, que elaborou um relatório defendendo a adoção da unitização e sugerindo um modelo de acordo de unitização compulsória a ser imposto pelo governo após solicitação encaminhada pela maioria dos produtores do campo a ser unitizado¹⁹.

A partir da década de 40, fortaleceu-se o grupo dos defensores da unitização compulsória, entre eles o *Legal Committee da Interstate Oil Compact Commission (IOCC)*²⁰.

Nos Estados Unidos, a unitização compulsória é prevista em grande parte dos estados americanos, embora não o seja no Texas, um dos mais importantes estados na prospecção de petróleo e gás natural, cuja legislação dispõe somente sobre a autorização estatal para as unitizações voluntárias. Na maior parte das legislações estaduais, exige-se, para efeitos da unitização compulsória, a adesão de uma porcentagem mínima dos titulares dos direitos envolvidos²¹.

à unitização de reservatórios petrolíferos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.), *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 125.

18 YERGIN, Daniel. *The prize: the epic quest for oil, money and power*. New York: Free Press, 2008, p. 204

19 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.), *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. *Op. cit.*, p. 126.

20 *Idem*

21 CUNHA, Amanda L. *Aspectos jurídicos da unitização: uma abordagem com-*

Não obstante o acima exposto, o histórico da lei do Texas é bastante esclarecedor quanto à natureza dos acordos de unitização, no âmbito do Direito Norte-Americano. A celebração de acordos de unitização teve início naquele estado com a edição do *Gas Conservation Act*, de 1935, aplicável somente aos campos de gás e, posteriormente, do *Voluntary Unitization Act*, aprovado em 1949, com a finalidade de propiciar imunidade perante as leis de defesa da concorrência aos operadores que queriam fazer acordos de cooperação para as operações de produção²².

No Reino Unido, a unitização pode ser exigida se o governo entender que se trata de interesse público assegurar a otimização da recuperação do óleo e evitar uma excessiva perfuração competitiva de poços²³.

Fora dos Estados Unidos e do Reino Unido, de acordo com Andrew Derman e Kyle Vollus, a unitização é um fenômeno relativamente recente e a sua normatização somente agora ganha contornos mais definidos²⁴.

David Asmus e Jacqueline Weaver, em estudo comparativo, afirmam que a maioria dos países possui alguma previsão legal que autoriza a unitização. Para os autores, o método mais utilizado é a normatização da unitização através dos modelos de contratos ratificados pelo governo do país hospedeiro, ao invés de outros tipos de leis e regulamentos. A maioria dos países exige a unitização compulsória somente após frustradas as tentativas de uma unitização voluntária²⁵.

parativa. Rio Oil & Gas Conference, Rio de Janeiro: IBP, 2004, pp. 3-4.

22 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 187.

23 DERMAN, Andrew; VOLLUS, Kyle. *Unitization*. AIPN Advisor, n. 215, 2002, p. 8.

24 DERMAN, Andrew; VOLLUS, Kyle. *Unitization*. *Op. cit.*, p. 9.

25 ASMUS, David; WEAVER, Jacqueline. *Unitizing oil and gas fields around the world: a comparative analysis of national laws and private contracts*. University of Houston Law Center. Public Law and Legal Theory Series 2006-A-05, 2006, p. 24.

No Brasil, os chamados contratos de risco²⁶, adotados no final da década de 1970, já previam tal instituto. Os referidos contratos continham cláusula básica estipulando a recomendação da adoção de acordo de unitização na hipótese de extensão de um campo, descoberto pela contratante de risco, a uma área sob outro contrato. Os acordos deveriam assegurar uma despesa total mínima e eficiência máxima na avaliação, desenvolvimento e produção do Campo, bem como para evitar a perda de hidrocarbonetos recuperáveis²⁷.

Em 1997, a Lei do Petróleo, em seu art. 27, determinou *in verbis*:

Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção. Parágrafo único. Não chegando as partes a um acordo, em prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.

Observa-se, portanto, que a legislação brasileira previu a unitização compulsória.

26 Os contratos de risco, segundo ensina a Professora Marilda Rosado, consistem no “ajuste” pelo qual uma empresa internacional de petróleo, ou uma empresa privada brasileira, prestava serviços técnicos operacionais e financeiros à Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, sendo remunerada pelos serviços realizados de acordo com condições preestabelecidas. Como principais características do contrato, a autora ressalta: preservação da propriedade da Petrobras sobre o petróleo descoberto, exercício do controle sobre as atividades de exploração e desenvolvimento e a execução direta pela Petrobras na fase de produção. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 302.

27 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. *Op. cit.*, p. 121.

Nesse contexto, os contratos de concessão outorgados pela ANP, desde a Rodada Zero²⁸ até a Décima e última rodada de licitações, trazem cláusulas que dispõem sobre a individualização da produção. A forma como a matéria foi regulada em cada contrato de concessão, relativo a cada rodada de licitações promovida pela ANP, será analisada em capítulo específico. Neste estudo, pretende-se mostrar a evolução da redação da cláusula de unificação de operações, as eventuais inconsistências observadas e os reflexos das mudanças para os concessionários.

2. Conceituação

A definição de unitização costuma ser tratada pela doutrina de diferentes formas, variando conforme a ênfase pretendida.

A Professora Marilda Rosado, em linha com David Asmus e Jacqueline Weaver²⁹, define a unitização como “a operação coordena-

28 Segundo informações da página oficial da ANP na internet (<www.anp.gov.br>), o termo Rodada Zero denomina o conjunto de negociações realizadas após a promulgação da Lei do Petróleo para definir a participação da Petrobras no novo cenário. Até então, a Petrobras era a única executora do monopólio que a União exercia sobre as atividades de exploração e produção de petróleo. Consolidada em agosto de 1998, a Rodada Zero ratificou os direitos da Petrobras na forma de Contratos de Concessão, conforme a nova Lei do Petróleo, sobre os blocos exploratórios e áreas em desenvolvimento em que a empresa houvesse realizado investimentos.

Em 6 de agosto de 1998, foram assinados contratos entre a ANP e a Petrobras referentes a 282 campos em produção ou desenvolvimento pela empresa estatal. Estas concessões foram celebradas sem processo licitatório (a Rodada Zero) e cobriram área superior a 450.000 km² em 115 blocos exploratórios.

Nos casos das áreas produtoras, a Petrobras teve seus direitos assegurados por três anos sobre cada campo que se encontrasse em produção na data de início da vigência da Lei.

Outros 62 campos que já haviam produzido ou que se encontravam na etapa de desenvolvimento não foram reivindicados pela empresa no prazo previsto, ficando à disposição da ANP. De 1998 até 2006, outros campos foram devolvidos. Estas áreas ficaram conhecidas como “campos marginais”.

29 ASMUS, David; WEAVER, Jacqueline. *Unitizing oil and gas fields around the world: a comparative analysis of national laws and private contracts*. Op. cit., p. 6.

nada de todo o reservatório ou extensa parte de um reservatório de óleo ou gás pelos proprietários das áreas ou detentores de direitos quanto aos blocos situados no reservatório³⁰.

Ainda segundo a Professora, a unitização é uma modalidade de cooperação de natureza contratual que envolve pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos com relação a campos petrolíferos³¹.

Complementa Jacqueline Weaver que a unitização é o processo de combinação de todo ou de parte significativa de um campo em uma unidade, podendo envolver a operação conjunta de diversos blocos sob controle ou propriedade diversa. Geralmente, ocorre durante a recuperação secundária, depois que a pressão natural do campo se esgota. Os diferentes operadores discutem métodos e técnicas de desenvolvimentos e produção que permitam um melhor aproveitamento do campo como um todo³².

Bernard Taverne vê o acordo de unitização como uma forma especial de *joint venture*, cujo escopo é assegurar que a exploração e a produção transcorram da maneira mais eficiente e econômica sob o comando de um único operador³³.

O autor entende que os acordos de unitização não constituem mera obrigação legal, quando assim determinado pelas autoridades

30 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Op. cit., p. 128.

31 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. Op. cit., p.184.

32 SMITH, Ernest E.; WEAVER, Jacqueline Lang. *The Vountary Unitization Act*. In: SMITH, Ernest E. *Texas law of oil and gas*. v.2, 2a. ed. looseleaf updated Carlabad, California: Butterworth Legal Publisher c. 1989, pp. 425-490 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Op. cit., p. 129.

33 TAVERNE, Bernard. *Co-operative agreements in the extractive petroleum industry*, Londres: Kluwer Law International, 1996, p. 79 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Op. cit., p. 128.

competentes, mas também uma necessidade técnica, assumindo que os detentores do direito de exploração e produção do reservatório comum pretendem, ou, por força das boas práticas da indústria do petróleo, são obrigados a pretender uma recuperação máxima dos recursos naturais correspondentes³⁴.

Segundo Luis Antônio Lemos, a unitização consiste na exploração conjunta de uma única jazida, a qual, por sua dimensão e/ou localização, se estende por áreas pertencentes a dois ou mais países, ou por áreas sob concessão de companhias distintas, tendo por finalidade recuperar operacionalmente a capacidade produtiva já nos últimos estágios de vida do reservatório, podendo ocorrer também no início da atividade de exploração³⁵.

Para David Asmus e Jacqueline Weaver, a unitização é reconhecidamente o melhor e mais justo método para se produzir hidrocarbonetos a partir de um reservatório comum, pelos seguintes motivos:

- (a) evita gastos desnecessários resultantes da perfuração excessiva de poços e da construção de instalações para a produção;
- (b) permite o compartilhamento das instalações, reduzindo, portanto, os custos da fase de desenvolvimento e da produção;
- (c) maximiza o fator de recuperação dos hidrocarbonetos acumulados na jazida comum através da utilização das melhores técnicas e informações disponíveis;

34 TAVERNE, Bernard. *Co-operative agreements in the extractive petroleum industry*. Londres: Kluwer Law International, 1996, pp. 81-82 *apud* PEDROSO JR., Jorge Antônio. *Unitização: um enfoque multifacetado à luz do Direito brasileiro*. Monografia apresentada ao final da graduação. Rio de Janeiro: 2004, p. 13.

35 LEMOS, Luiz Antônio Maia Espínola de. *A unitização no atual estágio exploratório petrolífero do Brasil*. Artigo publicado no jornal do Valor Econômico de 22.01.2004.

- (d) garante às partes envolvidas um quinhão justo da jazida comum;
- (e) minimiza o risco de danos à superfície e ao subsolo uma vez que reduz a quantidade de poços perfurados e de instalações³⁶.

Segundo Asmus e Weaver, nos Estados Unidos, a maioria dos acordos de unitização é celebrada somente muitos anos após a descoberta do campo e sua produção primária, ocorrendo no momento da recuperação secundária, que consiste na recuperação do óleo através da injeção de água no reservatório, de modo a aumentar a sua pressão, ou ainda por outras técnicas³⁷.

No mesmo sentido, Smith afirma que a unitização é relativamente rara na fase primária da produção, na qual a pressão do reservatório é suficientemente alta para se trazer o óleo à superfície. Não obstante, o autor exemplifica essa hipótese citando o caso do Campo petrolífero de Prudhoe Bay, no Alaska, no qual o Estado do Alaska exigiu que a unitização fosse realizada pelas partes envolvidas antes do início da produção³⁸.

Por fim, afirma o autor que a unitização geralmente ocorre na fase mais avançada da produção quando o desenvolvimento competitivo do reservatório se torna fisicamente impraticável e a criação de um programa de incremento da recuperação do óleo exige o controle integral do reservatório³⁹.

Em alguns casos, antes da assinatura do acordo de unitização, as partes podem celebrar *Pre-unitization Agreements* ou “Acordos Pré-Unitização”, cujo objetivo é definir os termos e condições sob os quais as partes interessadas conduzirão as atividades de avaliação

36 ASMUS, David; WEAVER, Jacqueline. *Unitizing oil and gas fields around the world: a comparative analysis of national laws and private contracts*. *Op. cit.*, p. 11.

37 *Idem*, p. 18.

38 SMITH, Ernest E. et al. *International petroleum transactions*. 2o ed. (Rocky Mountain Mineral Law Foundation 2000), p. 641.

39 *Idem*.

da jazida comum. Tais contratos poderão prever a forma como os custos decorrentes da avaliação serão divididos entre as partes e, ainda, como serão reajustados, caso necessário, após a definição da participação de cada parte no reservatório a ser unitizado⁴⁰.

Podemos citar como acordos preliminares à unitização o “*Data Exchange Agreement*” e o “*Joint Well/Bottom Hole Contributions*”. O primeiro diz respeito à troca ou intercâmbio dos dados e informações disponíveis sobre o reservatório aparentemente comum, a fim de que as partes envolvidas possam analisar melhor a necessidade, ou não, de unitização. Obviamente, essa divulgação de informações é feita sob cláusulas de confidencialidade⁴¹.

Já o *Joint Well/Bottom Hole Contributions* seria posterior ao *Data Exchange Agreement* e refere-se à aquisição de novos dados sobre o reservatório comum. Essa informação pode ser uma nova sísmica, a perfuração de um poço ou novos estudos conduzidos conjuntamente pelas partes envolvidas na unitização. Nesse caso, o contrato deverá dispor sobre um mecanismo de votação e aprovação das operações conjuntas, comumente exigindo a aprovação unânime das partes⁴².

Segundo Diana Maciel, as unitizações quase sempre se dividem em unitização de desenvolvimento ou de produção. A primeira é realizada no início da vida do reservatório, quando as informações sobre eles ainda são precárias, sendo o principal objetivo da unitização nesta fase evitar desde logo o desperdício dos recursos minerais ali localizados, minimizando a perfuração de poços e maximizando-se a utilização da energia natural do reservatório. Já a unitização de produção é feita para permitir a aplicação de medidas de conservação, normalmente ocorrendo no fim da recuperação primária⁴³.

40 BEGGS, Danielle and BREMEN, Justyna. Unitisation and unitisation agreements. In: *Oil and gas: A practical handbook*. Londres: Globe Law and Business, 2009, p. 58.

41 ENGLISH, Warwick. *Unitisation Agreements*. In: DAVID, Martyn R. *Upstream oil and gas agreements*. London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 100.

42 *Idem*

43 MACIEL, Diana Amendoeira. A unitização no Brasil. Monografia de

Independentemente do momento em que ocorra, a prática internacional tem demonstrado que a negociação desses acordos de unitização tem sido difícil e trabalhosa, especialmente com relação à concepção de uma fórmula equitativa para a partilha do óleo produzido.

As dificuldades geralmente emergem quando a parte mais favorecida técnica e economicamente pretende ter a mesma vantagem que poderia auferir caso estivesse operando sozinha⁴⁴.

Outros obstáculos comuns à negociação de um acordo de unitização são: a falta de desejo de compartilhar a operação e renunciar a um direito de controle; a desconfiança, originária principalmente dos pequenos operadores; a concorrência eventual de um número excessivo de partes; e o temor do aumento das incertezas decorrente da operação coletiva⁴⁵.

Wiggins e Libecap citam ainda como dificuldades à celebração de tais acordos uma eventual postura oportunista do operador diante do pouco monitoramento das outras partes, a disparidade das informações detidas por cada uma das partes envolvidas com relação às estimativas de reservas, dentre outros⁴⁶.

Os autores analisaram sete processos de unitização, cujas negociações duraram entre quatro e nove anos, sendo que em cinco casos foram realizadas apenas unitizações parciais, uma vez que nem todas as partes envolvidas aderiram ao acordo⁴⁷.

conclusão de curso para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2003 *apud* CUNHA, Amanda L. *Aspectos jurídicos da unitização: uma abordagem comparativa*. *Op. cit.*, p.3.

44 SMITH, Ernest E.; WEAVER, Jacqueline Lang. The voluntary unitization act. *In*: SMITH, Ernest E. *Texas law of oil and gas*. v. 2, 2a ed. looseleaf updated Carlabad, California: Butterworth Legal Publisher c. 1989, pp. 425-490 *apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 187.

45 APPI, Valéria Tiriba; ANDRADE, Gersem Martins. *Principais tópicos relacionados aos acordos de unitização (unificação) no Brasil*, Rio Oil & Gas Conference, Rio de Janeiro: IBP, 2000, p. 3.

46 WIGGINS, Steven N.; LIBECAP, Gary D. Oil field unitization: contractual failure in the presence of imperfect information. *The American Economic Review*, v. 75, n. 3 (jun., 1985) pp. 368-385.

47 *Idem*.

Apenas a título ilustrativo, vale citar a pesquisa realizada por Joe Bain, em 1947, que constatou a existência de apenas 12 casos de unitização nos Estados Unidos, em um universo de 3.000 campos pesquisados⁴⁸.

Prateek Mohan alerta que os custos decorrentes da negociação de um acordo de unitização que envolva um grande número de partes podem superar os ganhos provenientes da individualização da produção do reservatório comum⁴⁹.

Não obstante os obstáculos à celebração dos acordos de unitização mencionados acima, a posição da grande maioria dos especialistas é ainda favorável à realização de tais contratos, por entenderem tratar-se do melhor e mais justo método de aproveitamento de uma jazida comum.

3. A Individualização da Produção na Lei do Petróleo

3.1. A Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo)

A unitização passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Lei n. 9.478, de 6 de agosto de 1997, a chamada Lei do Petróleo.

O art. 27 e seu parágrafo único da referida Lei determinam a unitização compulsória da seguinte forma:

Art. 27. Quando se tratar de campos que se estendam por blocos vizinhos, onde atuem concessionários distintos, deverão eles celebrar acordo para a individualização da produção.

Parágrafo único. Não chegando as partes a acordo, em

48 BAIN, Joe. *The Economics of the pacific coast petroleum industry*, Part III. Berkeley: University of California Press, 1947 *apud* WIGGINS, Steven N.; LIBECAP, Gary D. *Oil field unitization: Contractual Failure in the Presence of Imperfect Information*. The American Economic Review, Vol. 75, No. 3 (Jun., 1985) pp. 368-385

49 MOHAN, Prateek Goorha Vijay. Competition and unitization in oil extraction: A tale of two tragedies. Deakin Business School. Review of *Law & Economics*, BEPRESS, 2008, p. 524.

prazo máximo fixado pela ANP, caberá a esta determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.

Podemos afirmar que o sistema adotado pelo legislador brasileiro representa um avanço em relação ao modelo norte-americano ou inglês, pois induz a maximização do valor econômico decorrente dos volumes de petróleo ou gás natural recuperáveis, ao invés de uma política imediatista de depleção acelerada de reservas, estando, assim, em linha com o interesse maior da sociedade, qual seja, fazer cumprir as boas práticas de conservação e aproveitamento racional dos recursos minerais energéticos, bem como da preservação do meio ambiente⁵⁰.

A Professora Marilda Rosado afirma que as partes envolvidas não poderão abster-se de celebrar um acordo para a individualização da produção, pois sua liberdade “é aqui temperada pelo interesse público subjacente, impondo-se a necessidade de racionalidade na exploração dos recursos naturais pertencentes à União”⁵¹.

Complementa a autora:

Por certo, evidencia-se na disciplina da unitização aquela convergência necessária a que nos referimos, entre os interesses privados e os aspectos de direito administrativo inerentes à regulação da atividade econômica e à proteção do interesse público.

50 LIBECAP, G.; SMITH J. L. The structure and contributions of relational contracts: *theory and evidence from oil and gas unit operating agreements* apud BUCHEB, José Alberto. *Direito do petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Op. cit., 2007, p. 189.

51 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos* In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Op. cit., p. 152.

O interesse público aqui mencionado recai sobre a conservação dos recursos petrolíferos, que são propriedade da União até o momento em que são produzidos. Devem, portanto, ser explorados de forma técnica e economicamente sustentável, evitando-se o desperdício desse recurso não renovável que representa a principal matriz energética do mundo, e diminuindo o risco de danos ao meio ambiente.

Tanto é verdade que a Advocacia-Geral da União, em parecer aprovado pelo Presidente da República, fixou essa orientação, nos seguintes termos: “Os recursos minerais, que, em última análise, pertencem ao povo, devem ser explorados visando ao interesse nacional (§ 1º, do artigo 176, da Constituição), para satisfazer as necessidades coletivas.” (Parecer AGU/MF-2/95, de 08/08/95, publicado no DOU de 16/08/95)⁵².

Todavia, observa-se certa autonomia na negociação dos termos do acordo de unitização, ressaltando-se a atuação da ANP na hipótese de as partes envolvidas não chegarem a um acordo, no prazo máximo por ela definido, conforme previsto no parágrafo único, do art. 27, da Lei do Petróleo, transcrito acima.

Neste caso, conforme transcrito acima, a ANP deverá determinar, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.

José Alberto Bucheb, ao analisar a primeira minuta do contrato de concessão brasileiro, publicado pela ANP em 03.03.1998, e os contratos de concessão celebrados entre a ANP e a Petrobras em 06.08.1998, afirma tratar-se de uma cláusula *sui generis* de solução de controvérsias pela via arbitral em que não existe a cláusula compromissória, uma vez que não há vínculo contratual entre os concessionários dos blocos vizinhos que abrangem a jazida comum,

52 BARBOSA, Alfredo Ruy. *A natureza jurídica da concessão para exploração de petróleo e gás natural*. In: PIRES, Paulo Valois (org.). *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*. São Paulo: Lumen Juris, 2005, p. 11.

mas sim, contratos distintos, celebrados por cada concessionário com o poder concedente, em que o compromisso arbitral será imposto por terceiro, no caso a ANP⁵³.

Conclui o autor que tal dispositivo fere a garantia constitucional de acesso ao judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira, bem como a garantia de liberdade de associação ou desassociação, prevista no art. 5º, XX, da nossa Carta Magna.

José Emilio Nunes Pinto entende que a disposição contida no art. 27 da Lei do Petróleo prevê a arbitragem para dirimir controvérsias entre os concessionários envolvidos na unitização e que a ANP determinará, com base em laudo arbitral, como serão equitativamente apropriados os direitos e obrigações sobre os blocos, com base nos princípios gerais de direito aplicáveis⁵⁴.

Complementa o referido autor que a sentença arbitral, na medida em que se caracteriza como título executivo extrajudicial, decidirá a controvérsia entre os concessionários, cabendo à ANP, neste caso, dar cumprimento à decisão no campo regulatório e obtendo a celebração do acordo, nos exatos termos determinados pela sentença arbitral⁵⁵.

Questiona-se, todavia, na natureza do laudo arbitral mencionado no parágrafo único do art. 27 da Lei do Petróleo, se referente de fato à arbitragem, como meio de solução de controvérsias, ou se referente a apenas uma instância administrativa para a solução de conflitos.

Para Carmen Tibúrcio e Suzana Medeiros, uma leitura mais atenta do dispositivo legal evidencia que o mesmo não prevê a arbitragem obrigatória, mas, sim, que a ANP decidirá a questão com

53 BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Op. cit., p. 193.

54 PINTO, José Emilio Nunes. A arbitragem nos contratos da indústria do petróleo e gás natural. In: VALOIS, Paulo (org.). *Temas de Direito do Petróleo e do Gás Natural II*. Op. cit., pp. 127-128.

55 *Idem*.

base em laudo arbitral. A decisão final caberia, portanto, à ANP, e não à arbitragem⁵⁶.

Ao comentarem a posição defendida por Bucheb, as autoras afirmam que:

Diversamente, preferimos salvar o dispositivo, adotando uma interpretação conforme a Constituição, e vislumbrar uma espécie de mecanismo decisório no âmbito da própria agência reguladora, que se basearia para formar o seu convencimento numa espécie de laudo pericial (erroneamente denominado de laudo arbitral). Assim, poder-se-ia entender que a ANP se valeria da ajuda de um perito, que avaliará todas as questões técnicas envolvidas na individualização da produção, e proferirá um laudo pericial, que poderá ser seguido ou não pela ANP⁵⁷.

No mesmo sentido, Mercedes Schumacher alega:
A interpretação que consideramos mais compatível em termos lógicos e teológicos é a de se considerar o laudo arbitral mencionado pelo legislador como ato equivalente ao laudo técnico ou pericial, pois é esta espécie de laudo que pode se prestar a embasar uma decisão. Tanto é assim que o legislador indica que a ANP decidirá com base no laudo arbitral, reforçando o entendimento de que este se constitui apenas mais um dos elementos a serem considerados pelo órgão regulador, mas sem estar a ele vinculado, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos apresentados no curso do processo, exatamente como acontece nas hipóteses

⁵⁶ TIBÚRCIO, Carmem e MEDEIROS, Suzana. *Arbitragem da indústria do petróleo no direito brasileiro*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*. Op. cit., p. 628.

⁵⁷ *Idem*, p. 629.

em que o juiz julga questões em que o laudo técnico ou pericial se constitui em um dos elementos de prova produzidos no curso do processo⁵⁸.

A Professora Marilda Rosado, em linha com as autoras acima mencionadas, afirma que no caso da unitização, uma interpretação possível é a de que a Lei do Petróleo tão somente previu uma instância administrativa de solução de conflitos, chamando-a equivocadamente de arbitragem⁵⁹.

Como bem levantado pelas autoras acima mencionadas, reconhece-se a intenção do legislador de buscar uma solução alternativa para quando as partes não conseguirem chegar a um acordo. Uma vez que a redação do referido dispositivo não ficou suficientemente clara, é preciso compatibilizá-lo com o nosso sistema e com a nossa Constituição Federal.

Vencida esta primeira controvérsia a respeito da redação do art. 27 da Lei do Petróleo, cumpre-nos mencionar que o referido dispositivo dá margem, ainda, a diversas interpretações sobre qual seria o objeto do acordo de unitização. Essas possíveis interpretações serão abordadas no capítulo seguinte.

3.2. O objeto da unitização

Conforme mencionado anteriormente, a redação do *caput* do art. 27 da Lei do Petróleo dá margem a diversas interpretações sobre qual seria o objeto do acordo de individualização da produção.

O referido dispositivo legal prevê a obrigatoriedade de celebração de um acordo para a individualização da produção quando um “campo” se estender por blocos vizinhos.

58 SCHUMACHER, Mercedes. Os conflitos na lei do petróleo – uma análise dos artigos 20, 27 e 58. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás, renovar. Op. cit.*, p. 691.

59 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Uma introdução à unitização de reservatórios petrolíferos. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). *Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás. Op. cit.*, p. 155.

A Lei do Petróleo define o “Campo de Petróleo ou de Gás Natural” em seu art. 6, inciso XIV, da seguinte forma:

XIV – Campo de Petróleo ou de Gás Natural: área produtora de petróleo ou gás natural, a partir de um reservatório contínuo ou de mais de um reservatório, a profundidades variáveis, abrangendo instalações e equipamentos destinados à produção.

Para um melhor entendimento da definição acima, cumprenos trazer o conceito de reservatório, definido no art. 6º, X, da Lei do Petróleo como “a configuração geológica dotada de propriedades específicas, armazenadora de petróleo ou gás, associados ou não”.

Já a jazida é definida pelo legislador como o “reservatório ou depósito já identificado e possível de ser posto em produção” (art. 6º, XI, da Lei do Petróleo).

Diante das definições acima, Bucheb defende que a melhor redação para o *caput* do art. 27 deveria conter o termo “jazida” no lugar de “campo”, uma vez que a unitização deveria recair somente sobre o reservatório já identificado e possível de ser colocado em produção que se estende por mais de um bloco.

De fato, a definição de campo é mais genérica e pode abranger situações onde ocorram mais de um reservatório, envolvendo, inclusive, instalações e equipamentos destinados à produção. Assim, no caso de um campo ser constituído de mais de uma jazida, somente aquelas que se estendam além dos limites do bloco deverão ser objeto de unitização⁶⁰.

Incluir no acordo de unitização outras jazidas que pertençam ao mesmo “campo comum”, mas que estejam integralmente inseridas em apenas uma área de concessão, poderia prejudicar ou retardar

60 BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. São Paulo: Lumen Juris, 2007, pp. 200-201.

sobremaneira a recuperação dos hidrocarbonetos ali acumulados, acarretando prejuízos aos seus concessionários.

Há quem defenda, ainda, que a unitização deveria recair sobre o prisma que contém o campo, abrindo caminho para duas possíveis interpretações.

A primeira considera que os dois blocos originais que abrangem a jazida comum deveriam ser reunidos em sua totalidade formando um terceiro bloco, no qual as participações dos concessionários seriam redefinidas proporcionalmente aos volumes de hidrocarbonetos contidos em cada bloco original. Teríamos, portanto, um novo prisma vertical de profundidade indeterminada contendo a jazida comum, ou seja, um novo bloco⁶¹.

Uma variação dessa primeira interpretação considera que o terceiro bloco seria o prisma vertical de profundidade indeterminada que contém a jazida comum.

Analisando o tema, Tatiana Zuma afirma que se prevalecesse o entendimento de que a unitização deveria recair sobre o prisma vertical de profundidade indeterminada, ter-se-ia que uma empresa, que não é concessionária de um determinado bloco, se tornaria concessionária de parte ou da totalidade dele, fora das hipóteses expressamente previstas na Lei do Petróleo – art. 36 a 42 (aquisição originária, via licitação) e art. 29 (aquisição derivada, via cessão) –, o que poderia se mostrar contrário aos princípios e à finalidade da licitação, que primam pela impessoalidade, moralidade e competitividade entre os interessados⁶².

A segunda interpretação apresentada por Bucheb defende que o suposto terceiro bloco seria formado a partir da superfície poligonal definida pela projeção horizontal do contorno da jazida comum, mantendo-se o restante de cada um dos blocos originais

61 BUCHEB, José Alberto. *Unitização no Brasil – questões controversas*. Rio Oil & Gas Conference, 2008, p. 4.

62 PEREIRA, Tatiana Zuma. *O objeto do acordo de unitização no Sistema Jurídico Brasileiro*. Rio Oil & Gas 2008, IBP2135_08, p. 5.

sob os contratos de concessão originais. Tratar-se-ia, portanto, de um novo prisma vertical só que com profundidade determinada.

Segundo o autor, essas duas interpretações têm em comum o fato de possibilitar a inclusão, no processo de unitização, de jazidas inteiramente circunscritas a somente um dos dois blocos contíguos⁶³.

Interessante mencionar que aqueles que defendem a unitização do prisma vertical de profundidade indeterminada que contém a jazida comum geralmente consideram tal prisma como o “Campo de Petróleo ou de Gás Natural”.

Alegam os defensores dessa interpretação que a unitização seria, portanto, do campo, tal como mencionado na Lei do Petróleo, mas que este seria definido como um prisma vertical de profundidade indeterminada, assim como o bloco. Esta, no entanto, não foi a intenção do legislador, que ao conceituar o campo menciona “profundidades variáveis”, e não “prisma vertical de profundidade indeterminada”, tal como na definição de bloco.

Assim, conforme defendido por Bucheb, a única interpretação que a um só tempo está em linha com a redação do art. 27 da Lei do Petróleo e atende às finalidades do instituto da unitização, que são prevenir a produção predatória e garantir ao concessionário a propriedade dos volumes de hidrocarbonetos acumulados em sua área de concessão, é a que considera a jazida como o objeto da unitização⁶⁴.

Complementa o autor:

Considerando que o campo é constituído por um ou mais reservatórios, equipamentos e instalações e que, naturalmente, ao se caracterizar um campo, por meio da correspondente declaração de comercialidade, tais reservatórios podem ser postos em produção e, assim, passar a ser definidos como jazidas, conclui-se que so-

63 *Idem*

64 BUCHEB, José Alberto. *Unitização no Brasil – questões controversas*. Rio Oil & Gas Conference, 2008, p. 5.

mente a porção do campo – necessária e suficiente para se atingir plenamente os dois objetivos acima enunciados – ou seja, a jazida comum às concessões (blocos) adjacentes é o objeto da unitização.

Para Tatiana Zuma, o legislador, ao se referir a “campos” no art. 27 da Lei do Petróleo, não excluiu o conceito de jazida como objeto do acordo de unitização, tendo em vista que o conceito de campo abrange o de jazida⁶⁵.

Complementa a autora que é razoável afirmar, nos dias atuais, que a jazida constitui o objeto do acordo de unitização mais harmônico com as finalidades do instituto, bem como mais compatível com as finalidades da Lei do Petróleo, do Contrato de Concessão e da própria licitação, além de conciliável com as práticas internacionais da indústria do petróleo⁶⁶.

Nesse sentido, vale citar que a cláusula que dispõe sobre os acordos para a individualização da produção dos contratos de concessão outorgados pela ANP desde a Rodada Zero até a presente data segue textualmente a sistemática da unitização da jazida comum.

Essa discussão mostra-se relevante se considerarmos que um novo bloco, constituído a partir do campo que contém a jazida comum, implicaria uma nova área de concessão e, por conseguinte, um novo contrato de concessão. Se fosse assim, questionam-se quais seriam as regras aplicáveis a essa nova área de concessão, especialmente se os contratos de concessões originais forem resultantes de rodadas distintas.

Tal entendimento não deve prosperar, uma vez que os contratos de concessão relativos aos blocos envolvidos no processo de unitização deverão ser respeitados pela ANP, permanecendo em vigor e plenamente aplicáveis aos seus partícipes. Não deve haver

65 PEREIRA, Tatiana Zuma. *O objeto do acordo de unitização no Sistema Jurídico Brasileiro*. Rio Oil & Gas 2008, IBP2135_08, p. 6.

66 *Idem*

uma nova área de concessão ou um novo contrato de concessão, mas, tão somente, uma divisão diferenciada entre as partes envolvidas na unitização das receitas e despesas relacionadas ao desenvolvimento e produção da jazida comum, proporcionalmente à participação de cada concessionário na mesma. Este seria o objeto do acordo para a individualização da produção.

Desta forma, seriam afastadas eventuais controvérsias relacionadas aos diferentes percentuais de compromisso com a aquisição local de bens e serviços (conteúdo local) ou às diferentes alíquotas de participações governamentais entre os distintos contratos de concessão envolvidos no processo. Tais controvérsias serão comentadas em capítulo específico.

4. A individualização da produção nos contratos de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural

4.1. Algumas considerações sobre a concessão no Direito brasileiro

Mesmo antes da Constituição Federal de 1988, a concessão já havia sido prevista ou mencionada constitucionalmente. Entretanto, foi nesta última que se assentaram as diretrizes do regime de prestação de serviço público, sob as formas de concessão e permissão, disciplinadas, posteriormente, pela Lei n. 8.987/95.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o serviço público consiste na “atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”⁶⁷.

67 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 90.

Segundo Marcos Juruena, as concessões são contratos de natureza tipicamente administrativa, pelos quais o poder concedente (Administração) transfere a um particular (concessionário) a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público⁶⁸.

Na concessão de serviço público, cabe ao concessionário o direito de remunerar-se, e o Poder Público, em regra, não investe recursos ou pessoal. Todo o investimento é feito pelo concessionário, que coloca seus bens, empregados e tecnologia à disposição da coletividade, cabendo-lhe, conseqüentemente, o lucro, até porque não cabe ao Estado auferir lucro, mas sim garantir o bem-estar da coletividade⁶⁹.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o objeto da concessão pode ser visto sob dois aspectos: um mediato e um imediato. Mediamente, significa a vontade administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, calcada na necessidade de conferir maior celeridade na execução da atividade e de melhor atender aos indivíduos que a solicitam. Já o objeto imediato significa a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade⁷⁰.

A concessão relativa à exploração de jazidas minerais é vista como ato administrativo constitutivo, pelo qual o concedente transfere ao concessionário os poderes para utilizar ou explorar bem público, mas os atribui em qualidade inferior e em quantidade menor do que os tem⁷¹.

68 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 298.

69 *Idem*, p. 299.

70 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 302.

71 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, p. 339.

Segundo Marilda Rosado, poucas questões ensejaram tantas discussões nos anos pós-1997 como a natureza jurídica dos contratos de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural⁷².

O Subcomitê Jurídico do Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP, ao estudar o assunto, consultou diversos especialistas, tendo se posicionado, ao final, no que se refere à natureza jurídica do contrato de concessão, no sentido de que o contrato de concessão brasileiro deva ser classificado de Direito Privado, e não como um contrato administrativo.

Toshio Mukai e Maria Sylvia Zanella di Pietro apoiaram a tese defendida pelo IBP mencionada acima, porém com justificativas distintas, levando a duas conceituações diferentes⁷³.

Para Mukai, a denominação “contrato de concessão” na Lei do Petróleo não corresponde à sua natureza jurídica. Como pode ser inferido pelo art. 177 da Constituição Federal, a denominação em questão regula uma atividade econômica, enquanto concessão, na tipologia de caráter genérico, diz respeito aos serviços públicos. Destarte, o contrato de exploração e produção de petróleo e gás natural é um contrato de Direito Privado, distinto dos contratos de concessão de serviços públicos, que são regidos pelo direito público. No mesmo sentido, posiciona-se Gastão Alves de Toledo⁷⁴.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende, ainda, que o contrato de exploração e produção de petróleo e gás natural trata-se de um contrato de concessão atípico, chamado de contrato de concessão de uso de bens públicos, de acordo com os arts. 20 e 176 da Constituição Federal de 1988⁷⁵.

⁷² *Idem*

⁷³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *The new oil and gas industry in Brazil: main legal aspects*. *Texas International Law Journal*, v. 36, n.1, Austin, Texas, p. 159.

⁷⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As joint ventures na indústria do petróleo*. *Op. cit.*, pp. 340-341.

⁷⁵ *Idem*.

Em publicação sobre o tema, Alexandre Santos de Aragão afirma que a determinação da natureza de tais contratos de concessão não é pacífica, mas posiciona-se no sentido de sua natureza privada.

4.2. O modelo brasileiro de contrato de concessão

Com a promulgação da Lei do Petróleo e a criação da ANP, após a edição do Decreto n. 2.455/98, teve início um intenso debate acerca do modelo de contrato de concessão que seria adotado pela ANP para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural no País.

Nesse cenário, o Subcomitê Jurídico do Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP decidiu formular uma proposta de contrato de concessão que criasse as condições necessárias para que a indústria de petróleo no Brasil se desenvolvesse, atendendo às expectativas do interesse público, bem como dos investidores estrangeiros.

A ANP, por sua vez, elaborou uma minuta que incorporava muitas características de outros tipos de contratos utilizados na indústria, cuja filosofia dominante era a de submeter as atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos a um rígido controle. Alguns especialistas, na época, argumentaram que o modelo da agência reguladora mais parecia um contrato de risco ou de participação na produção, do que um contrato de concessão⁷⁶.

O fato é que o contrato de concessão sofreu inúmeras alterações desde a Rodada Zero, expressando uma tentativa de congregar as diferenças de entendimento e de interesses dos vários participantes da indústria e da ANP, bem como o amadurecimento da indústria no país. O Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP, através do seu Subcomitê Jurídico, tem apresentado a cada rodada de licitações as suas sugestões de melhorias à minuta de contrato de concessão, com alguns sucessos.

⁷⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. *op. cit.*, p. 346

No que se refere à individualização da produção, cumpre-nos analisar a evolução do tema nos distintos contratos de concessão outorgados pela ANP, frisando, de antemão, que os contratos de todas as rodadas de licitação dedicaram cláusula específica à matéria.

4.3. Contrato de concessão da rodada zero e da primeira rodada

Os contratos de concessão da chamada Rodada Zero foram resultantes da minuta apresentada inicialmente pela ANP com a incorporação de alguns dos comentários e sugestões apresentados pelo Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP e por algumas empresas petrolíferas isoladamente.

Esses contratos foram assinados entre a Petrobras e a ANP em 6 de agosto de 1998, por força dos arts. 31, 32 e 33 da Lei do Petróleo.

Com a realização da 1ª Rodada de Licitações, a ANP publicou, no corpo do edital de 30 de abril de 1999, o modelo do contrato de concessão que seria celebrado com as empresas vencedoras naquela licitação.

Como o modelo de contrato trazia uma série de inovações que, de modo geral, proporcionavam maior flexibilidade ao concessionário na sua execução, a ANP e a Petrobras decidiram aditar o contrato de concessão da Rodada Zero, de modo a incluir tais alterações.

Assim sendo, analisaremos a evolução da cláusula de individualização da produção a partir do contrato de concessão da Rodada Zero aditado, cuja redação coincide com o modelo da Primeira Rodada, em vigor desde junho de 1999.

Os contratos de concessão acima mencionados dispõem sobre a unitização na cláusula décima segunda, da seguinte forma: “12.1 No caso de uma Descoberta sob este Contrato, em que a Jazida possa se

estender para fora da Área de Concessão, o Concessionário informará oficialmente esse fato à ANP no momento em que o Concessionário tomar conhecimento de tal extensão”.

Essa cláusula inovou com relação à redação adotada no contrato de concessão da Rodada Zero, que dispunha que a jazida comum somente seria comunicada à ANP quando da sua declaração de comercialidade pelo concessionário. Pressupunha-se, portanto, que a jazida já havia sido avaliada, tendo sido considerada comercial pelo seu concessionário⁷⁷.

Tal procedimento retardaria o momento do conhecimento pela ANP da ocorrência de uma jazida comum e, por conseguinte, a sua intervenção no processo, caso necessário. A intervenção da agência poderia ser necessária, por exemplo, na hipótese de a avaliação da jazida comum ser possível somente se conduzida conjuntamente por todos os concessionários envolvidos no processo de unitização, e que os mesmos não conseguissem chegar a um acordo nesse sentido.

Uma vez notificada, a ação da ANP seria norteadada pelos parágrafos seguintes, variando de acordo com a existência ou não de concessionários nas áreas adjacentes para as quais se estende a jazida comum.

Assim, os parágrafos 12.1.1 e 12.1.2 dos contratos de concessão da Rodada Zero aditado e da Primeira Rodada dispõem o seguinte:

77 Veja a redação do parágrafo 12.1 do Contrato de Concessão da Rodada Zero: “12.1 No caso de uma Descoberta Comercial sob este Contrato, em que a Jazida se estenda por Bloco ou Blocos vizinhos, o Concessionário informará oficialmente esse fato à ANP no momento em que efetuar a Declaração de Comercialidade respectiva, nos termos do parágrafo 7.1.1, ou em que solicitar a suspensão deste Contrato, nos termos do parágrafo 7.1.2. A ANP, por sua vez, notificará os concessionários desse Bloco ou Blocos vizinhos, com vistas a que todos os concessionários interessados se reúnam e celebrem um acordo que leve à individualização da Produção, nos termos aqui previstos, os quais se repetem em todos os contratos de concessão para exploração e produção firmados pela ANP. Neste caso, ficará o Concessionário desobrigado de apresentar o Plano de Desenvolvimento respectivo no prazo do parágrafo 9.1, aplicando-se a respeito o disposto no parágrafo 12.1.2.”

12.1.1. Se um outro concessionário tiver direitos às áreas adjacentes para as quais a Jazida se estende, a ANP, por sua vez, notificará tal concessionário com vistas a que todas as partes interessadas se reúnam e celebrem um acordo que leve ao desenvolvimento comum e à individualização da Produção.

12.1.2. Caso não haja um concessionário com direitos a tal área adjacente, mas a ANP, a seu exclusivo critério, entender que foi realizada uma Avaliação da Jazida ou Jazidas em questão, de modo a permitir que ela tome uma decisão com relação à individualização, a própria ANP poderá agir como se fosse o concessionário de tal área, para efeito da negociação e celebração do acordo para individualização da Produção previsto no parágrafo 12.1. Contudo, a qualquer momento, antes, durante ou depois dessa negociação e celebração do acordo, a ANP poderá licitar os referidos Bloco ou Blocos, caso em que, uma vez selecionado o concessionário ou concessionários respectivos, estes assumirão as responsabilidades que lhes cabem nos termos desta Cláusula Décima Segunda e estarão obrigados a cumprir o acordo de individualização assinado pela ANP.

Com relação ao parágrafo 12.1.2, observa-se que a ANP somente atuará como concessionária na negociação e celebração do acordo para a individualização da produção após a avaliação da jazida comum.

Na minuta do contrato da Rodada Zero, observava-se a obrigação da ANP de negociar e celebrar o acordo de unitização para os futuros concessionários, independentemente de ter ocorrido a avaliação da jazida comum⁷⁸.

⁷⁸ Veja a redação do parágrafo mencionado: “12.1.1 Caso um ou mais dos Blocos vizinhos pelos quais se estenda a Jazida descoberta estejam entre aqueles retidos e ainda não licitados pela ANP, a própria ANP atuará como se fosse

Contraditoriamente, o parágrafo 12.1.3 do contrato de concessão da Rodada Zero aditado e da Primeira Rodada de licitações, transcrito abaixo, inclui no conteúdo do acordo para a individualização da produção os direitos e obrigações dos concessionários na exploração e avaliação da jazida comum, o que, de acordo com os parágrafos 12.1.1 e 12.1.2 acima, já teriam sido realizadas:

12.1.3 O acordo a que se referem os parágrafos 12.1.1 ou 12.1.2 contemplará equitativamente os direitos e obrigações dos concessionários interessados, definindo a área unificada, o Operador da mesma, as participações de cada um na Exploração, Avaliação, Desenvolvimento e Produção da Jazida, o Plano de Desenvolvimento respectivo e o prazo para sua apresentação à ANP, os pagamentos de Participações Governamentais e de terceiros, respeitados, para cada concessionário envolvido, os montantes especificados no respectivo contrato de concessão, e em geral todos os demais aspectos normalmente contemplados em acordos do gênero, conforme aplicáveis, os termos da legislação pertinente e dos contratos de concessão referentes aos blocos em que se situa a área unificada, bem como as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo.

Caberia, sim, às partes envolvidas, acordar eventuais reembolsos devidos de uma parte à outra, com relação às atividades de exploração e avaliação já realizadas na jazida comum, de acordo com a participação que couber a cada concessionário.

o concessionário dos mesmos, para efeito da negociação e celebração do acordo para individualização da Produção previsto no parágrafo 12.1, podendo contudo, a qualquer momento, antes, durante ou depois dessa negociação e celebração do acordo, abrir licitação para os referidos Bloco ou Blocos, caso em que, uma vez selecionado o concessionário ou concessionários respectivos, estes assumirão as responsabilidades que lhes cabem nos termos desta Cláusula Décima-Segunda.”

Cumpre-nos frisar, ainda, que a parte final do parágrafo transcrito acima invoca as “Melhores Práticas da Indústria do Petróleo”, definidas no contrato de concessão como “as práticas e procedimentos geralmente empregados na indústria de petróleo em todo o mundo, por operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes àquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das operações”.

Já o parágrafo 12.1.4 prevê a mediação da ANP nas negociações do acordo de unitização quando solicitada pelos concessionários, a saber:

12.1.4 Quando solicitada, a ANP poderá atuar no sentido de mediar as negociações do acordo de individualização da Produção, buscando conciliar os interesses dos concessionários interessados para que cheguem a um consenso.

Em comparação com o contrato de concessão da Rodada Zero, observa-se que a ANP excluiu o prazo para a apresentação do acordo de individualização de produção, bem como a obrigação de submissão da controvérsia à arbitragem, caso os concessionários não chegassem a um acordo no prazo de 180 dias a contar do recebimento da notificação da ANP⁷⁹.

⁷⁹ Veja a redação dos dispositivos do contrato de concessão da Rodada Zero: “12.1.3 Quando solicitada, a ANP poderá atuar no sentido de mediar as negociações do acordo de individualização da Produção, buscando conciliar os interesses dos concessionários interessados para que cheguem a um consenso o mais brevemente possível, e dentro do prazo fixado no parágrafo 12.1.4.

12.1.4 Caso o acordo para individualização da Produção não seja assinado por todos os concessionários interessados e apresentado à ANP no prazo máximo de cento e oitenta (180) dias a contar do recebimento da notificação da ANP pelo último concessionário notificado de acordo com o parágrafo 12.1, a ANP determinará que os concessionários interessados submetam a controvérsia imediatamente a arbitragem. Esta terá seu procedimento definido e seus custos pagos exclusivamente pelos concessionários interessados, os quais, no prazo máximo de 30 (trinta) dias da emissão do laudo arbitral, assinarão e entregarão o acordo à ANP”

Para Bucheb, com as modificações acima abandonou-se o conceito estabelecido no parágrafo único do art. 27 da Lei do Petróleo, tendo a ANP, implicitamente, reconhecido a impossibilidade de obrigar as partes envolvidas a submeter a controvérsia à arbitragem⁸⁰.

O parágrafo 12.1.5 foi introduzido no contrato de concessão da Primeira Rodada, conforme transcrito abaixo:

12.1.5 Caso não haja um concessionário para a área adjacente e/ou a Avaliação da Jazida seja insuficiente para permitir discussões significativas a respeito da individualização, o Concessionário poderá proceder a Declaração de Comercialidade, conforme previsto neste Contrato. Se o Concessionário entender que o Desenvolvimento daquelas partes da Jazida, dentro da Área de Concessão, pode ser realizado de acordo com a legislação aplicável e as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, poderá submeter um Plano de Desenvolvimento, conforme disposto na Cláusula Nove.

É possível que a intenção da ANP tenha sido no sentido de garantir o direito do concessionário de declarar a comercialidade da descoberta, mesmo inexistindo concessionários na área adjacente ou não dispondo de informações suficientes sobre a jazida comum.

De qualquer forma, o parágrafo 7.1 comum aos distintos contratos de concessão já prevê o direito de o concessionário, a seu exclusivo critério, declarar a comercialidade de uma descoberta. Mesmo porque, se ao final da fase de exploração o concessionário não houver declarado a comercialidade de uma determinada descoberta, perderá o direito de retê-la para desenvolvimento e posterior produção de hidrocarbonetos.

80 BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Op. cit., p. 221.

Não obstante o acima exposto, é difícil imaginarmos uma situação na qual o concessionário possa produzir hidrocarbonetos sem interferir na porção da jazida que se estende além dos limites da sua área de concessão.

Já os parágrafos 12.2. e 12.3 do contrato de concessão da Rodada Zero aditado e da Primeira Rodada dispõem sobre a aprovação da ANP ao acordo de individualização da produção, sem a qual as atividades deverão ser suspensas, a saber:

Modificação do Acordo pela ANP

12.2 Se o Concessionário firmar um acordo para individualização da Produção, a ANP terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do recebimento do acordo devidamente assinado por todos os concessionários envolvidos, para solicitar quaisquer modificações que julgar cabíveis. Caso a ANP não se manifeste, dentro desse prazo, o referido acordo será considerado final e definitivo. Caso a ANP solicite modificações, o Concessionário e as outras partes interessadas terão 60 (sessenta) dias contados da data da referida solicitação para discuti-las com a ANP. Tornando definitivo o acordo para individualização da Produção, estarão os concessionários interessados obrigados a cumpri-lo integralmente, ficando quaisquer alterações do mesmo sujeitas à prévia aprovação por escrito da ANP, aplicando-se, quanto a essas alterações, o procedimento previsto neste parágrafo 12.2.

Suspensão das Operações

12.3 Enquanto não aprovado pela ANP o acordo para individualização da Produção aqui previsto, nos termos do parágrafo 12.2, ficarão suspensos o Desenvolvimento e a Produção da Jazida objeto do mesmo, a menos que

de outro modo autorizado pela ANP, a seu exclusivo critério, e desde que obtido para isso o acordo unânime e expresso de todas as partes envolvidas.

Aqui, vale ressaltar que o acordo de individualização da produção somente se tornará definitivo após a aprovação da ANP, que poderá solicitar alterações ao documento. As atividades de desenvolvimento e produção somente poderão ser iniciadas após a aprovação do acordo pela agência reguladora, o que impulsiona os concessionários a chegarem o quanto antes a um consenso com relação aos termos do acordo de unitização.

4.4. Contrato de concessão da Segunda Rodada

O contrato de concessão da Segunda Rodada não sofreu alterações significativas em comparação com os contratos da Rodada Zero aditado e da Primeira Rodada.

A inovação mais relevante do contrato de concessão da Segunda Rodada foi a inclusão no parágrafo 13.2.2. da previsão de que o operador da jazida unificada detenha, no mínimo, 15% de participação em cada campo, conforme transcrito a seguir:

13.2.2. O Operador deterá, a todo momento, no mínimo, 30% (trinta por cento) de participação em cada Campo ou área de Exploração no qual esteja agindo como Operador constituindo inadimplemento deste Contrato deter o Operador percentagem menor, exceto nas hipóteses de acordo para a individualização da Produção, se necessário, quando o Operador deterá, no mínimo, 15% de participação em cada Campo onde esteja agindo como Operador. Se, como resultado de

uma provável Cessão for constatado que o Operador poderá deter, em qualquer momento, menos de 30% de participação, o Concessionário providenciará a designação de um novo Operador e submeterá à aprovação da ANP, antes da destituição do Operador anterior.

Todavia, é possível que uma jazida se estenda por dois ou três blocos, com uma quantidade tal de concessionários de modo que nenhum concessionário alcance o mínimo de 15% de participação exigido pelo parágrafo acima.

Além disso, se a unitização envolver um bloco sob o contrato de concessão da Rodada Zero aditado ou, ainda, da Primeira Rodada, haverá um conflito entre os dois modelos, uma vez que somente o contrato de concessão da Segunda Rodada prevê o percentual mínimo de participação.

4.5. Contrato de concessão da Terceira Rodada

A única inovação do contrato de concessão da Terceira Rodada foi a inclusão da cláusula 12.2.1, a saber:

12.2.1. Antes da aprovação do acordo para a individualização da Produção aqui previsto, a ANP poderá, a seu exclusivo critério, permitir a realização de Operações de Avaliação na área a ser unificada, a serem conduzidas por qualquer dos Operadores das áreas adjacentes, desde que obtido para isso o acordo unânime e expresso de todas as partes envolvidas.

Esse dispositivo facilita a celebração dos acordos particulares chamados de “Acordos Pré-Unitização” ou “Pre-Unitisation Agree-

ements⁸¹, já mencionados neste trabalho, cujo objetivo é regular a condução das operações conjuntas de avaliação da descoberta da jazida comum⁸².

Caso a avaliação da jazida tenha que ser conduzida em mais de um bloco, os distintos concessionários deverão celebrar um acordo nesse sentido. Esse acordo poderá dispor sobre um plano de avaliação conjunto, com a indicação do operador das atividades de avaliação, que deverá ser o operador de algum dos blocos adjacentes. A ANP deverá aprovar o plano de avaliação.

Por fim, seria possível aplicarmos o parágrafo 12.2.1 transcrito acima também aos casos de unitização com áreas adjacentes sem concessionários.

4.6. Contrato de concessão da Quarta Rodada

O contrato de concessão da Quarta Rodada trouxe apenas duas inovações dignas de nota, sendo uma na cláusula de cessão (cláusula vigésima oitava) e outra na cláusula de confidencialidade (cláusula trigésima terceira).

A primeira inovação no contrato de concessão em questão foi a inclusão do parágrafo 28.3, com a seguinte redação:

28.3 Sem prejuízo do disposto no parágrafo 13.2.2, cada um dos integrantes do Concessionário deterá, a todo momento, no mínimo, 5% (cinco por cento) de participação em cada Campo ou área de Exploração sob este Contrato, constituindo inadimplemento deste Contrato deter qualquer dos integrantes do Concessionário percentagem menor, exceto nas hipóteses de acordo para a individualização da Produção, se necessário, quando o

81 Dependendo do país, podemos encontrar *unitization* ou *Unitisation*.

82 ENGLISH, Warwick. Unitisation agreements. In: DAVID, Martyn R. *Upstream oil and gas agreements*. London: Sweet & Maxwell, 1996, p. 101.

Concessionário deterá, no mínimo, 2,5% (dois vírgula cinco por cento) de participação em cada Campo.

Observa-se aqui a intenção da ANP de reduzir o percentual mínimo de participação de cada concessionário no Campo. Todavia, ainda seria possível imaginarmos situação na qual o concessionário de uma jazida unificada detenha uma participação inferior a 2,5%. Neste caso, não seria justo obrigá-lo a abrir mão de sua participação em favor de outro concessionário ou aumentar a sua participação de modo a atingir o mínimo exigido.

A segunda alteração no contrato de concessão da Quarta Rodada foi no parágrafo 33.1, com a inclusão da parte grifada abaixo:

33.1 Todos e quaisquer dados e informações produzidos, desenvolvidos ou por qualquer forma obtidos como resultado das Operações e deste Contrato, serão considerados estritamente confidenciais, e portanto não serão nunca divulgados pelo Concessionário sem o prévio consentimento por escrito da ANP, exceto quando os dados e informações já forem públicos ou se tornarem públicos através de terceiros autorizados a divulgá-los, ou quando essa divulgação for imposta por lei ou determinação judicial, ou feita de acordo com as regras e limites determinados por bolsa de valores em que se negociem ações do Concessionário, ou para suas Afiliadas, ou para seus consultores, agentes, possíveis concessionários de boa fé, bem como seus consultores e Afiliadas, ou para Concessionários de área adjacente, bem como seus consultores e Afiliadas, exclusivamente com vistas à celebração do acordo a que se referem os parágrafos 12.1 e 12.2, e instituições financeiras a que esteja recorrendo bem como a seus consultores, sempre

e em todos estes casos mediante prévio acordo escrito de confidencialidade em que esses terceiros se obrigarão expressamente a cumprir o disposto neste parágrafo 33.1, sem terem contudo o benefício das exceções aqui previstas para divulgação sem consentimento prévio.

Essa alteração visa permitir a troca dos dados detidos por cada um dos concessionários no caso de uma unitização, o que também é comum nos acordos pré-unitização. São os chamados *Data Exchange Agreements*, já comentados neste trabalho. Nos contratos de concessão anteriores, a divulgação dos dados somente era permitida a potenciais cessionários, além de seus consultores e empresas afiliadas.

4.7. Contrato de concessão da Quinta Rodada

A partir da Quinta Rodada, a ANP passou a adotar a sistemática de licitação baseada na definição de células de dimensões reduzidas, aumentando, assim, a probabilidade de ocorrência de reservatórios que se estendem por blocos vizinhos.

No contrato de concessão respectivo, foram realizadas três alterações importantes na regulação da individualização da produção, a saber:

- a) a supressão do parágrafo 12.2.3 do contrato de concessão da Quarta Rodada, que previa a possibilidade de o concessionário isoladamente desenvolver a sua parte da jazida, através de um Plano de Desenvolvimento aprovado pela ANP;
- b) a alteração do parágrafo 12.3 de modo a excluir a previsão de aprovação tácita do acordo de individualização da produção caso a ANP não se manifestasse no prazo previsto⁸³;

83 Veja a nova redação do parágrafo 12.3: “12.3 Quando os Concessionários firmarem o acordo para individualização da Produção, a ANP terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do recebimento do acordo devidamente assinado por

- c) a introdução do parágrafo 12.5, que prevê a possibilidade de rescisão do contrato de concessão da parte que se recusar a firmar o acordo para a individualização da produção determinado pela ANP, com base em laudo arbitral, o que já foi analisado no presente trabalho:

12.5 Nos termos do artigo 27 da Lei do Petróleo, caso uma das partes envolvidas recusar-se, no prazo fixado pela ANP, a firmar o acordo de individualização determinado pela ANP com base em laudo arbitral, aplicar-se-á o disposto no parágrafo 30.1, rescindindo-se o Contrato da parte que recusar-se a firmar o acordo de individualização. Após a rescisão, a ANP poderá agir como se fosse o Concessionário de tal área, conforme disposto no parágrafo 12.1.2.

Podemos citar ainda, como inovações do contrato de concessão da Quinta Rodada de Licitações:

- a) a inclusão na cláusula 12.1 do prazo de 72 horas para o concessionário comunicar à ANP a descoberta de uma jazida que se estende para fora da área de concessão; e
- b) a supressão da exigência de percentuais de participação mínimos para o concessionário e operador (parágrafos 13.2.2 e 28.3);

todos os Concessionários envolvidos, para solicitar quaisquer modificações que julgar cabíveis. Caso a ANP solicite modificações, o Concessionário e as outras partes interessadas terão 60 (sessenta) dias contados da data da referida solicitação para discuti-las e apresentá-las à ANP, repetindo-se então o procedimento previsto neste parágrafo 12.3. Tornado definitivo o acordo para individualização da Produção, estarão os Concessionários interessados obrigados a cumpri-lo integralmente, ficando quaisquer alterações do mesmo sujeitas à prévia aprovação por escrito da ANP, aplicando-se, quanto a essas alterações, o procedimento previsto neste parágrafo 12.3.”

4.8. Contrato de concessão da Sexta Rodada

No contrato de concessão da Sexta Rodada, a cláusula de produção unificada passou por diversas modificações, passando, inclusive a chamar-se “unificação de operações”.

De modo geral, as inovações feitas pela ANP para a Sexta Rodada representam um aumento na intervenção da agência reguladora no processo de individualização da produção.

Todavia, a primeira alteração observada na cláusula de unificação de operações foi benéfica para o concessionário, por dar mais flexibilidade à realização de operações de avaliação da jazida comum.

Tal inovação, incluída no parágrafo 12.1.2 do contrato de concessão, prevê a possibilidade de os concessionários realizarem atividades de avaliação da jazida comum através de um Plano de Avaliação comum, ou segundo Planos de Avaliação apresentados separadamente⁸⁴.

No contrato de concessão da rodada anterior, havia apenas a previsão de que as operações de avaliação na área a ser unitizada poderiam ser conduzidas por qualquer dos operadores das áreas adjacentes, desde que obtido para isso o acordo unânime e expresso de todas as partes envolvidas.

Com relação à mudança da postura da ANP diante das negociações do acordo de individualização da produção, ressaltamos a inclusão dos parágrafos 12.1.4, 12.1.5 e 12.1.6, transcritos abaixo:

12.1.4. Os Concessionários envolvidos no Acordo de Unificação de Operações notificarão a ANP sobre o cronograma de negociações. A ANP poderá solicitar presença, como observadora, nas negociações relativas

84 Veja a redação do referido parágrafo: “12.1.2. Antes da aprovação do Acordo de Unificação de Operações, poderão ser realizadas Operações de Avaliação na área a ser unificada, segundo um Plano de Avaliação comum, apresentado pelas partes envolvidas, ou segundo Planos de Avaliação apresentados separadamente.”

à celebração do Acordo de Unificação das Operações, hipótese em que os Concessionários deverão arcar com todas as despesas de deslocamento, alimentação e hospedagem dos representantes da ANP, se as negociações não ocorrerem na cidade do Rio de Janeiro.

12.1.5. Após a finalização das Operações de Avaliação, a ANP estabelecerá os termos do Acordo de Unificação de Operações, no que se refere às obrigações relacionadas aos Contratos de Concessão e das Participações Governamentais e de Terceiros, num prazo de até 60 dias após a entrega do Relatório Final de Avaliação de Descobertas de Petróleo e/ou Gás Natural.

12.1.6. A ANP utilizará, na determinação dos termos contratuais a que se refere o parágrafo 12.1.5, as informações técnicas disponíveis sobre a Jazida, ponderando os termos contratuais segundo a extensão da Descoberta e previsão de distribuição de volumes de Petróleo e Gás em cada Bloco, de acordo com o princípio da proporcionalidade e segundo as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo.

Observa-se, portanto, uma mudança significativa das atribuições da ANP no processo de celebração do acordo de individualização da produção.

Ao analisar os dispositivos acima, Bucheb ressalta que mesmo levando-se em consideração o princípio da função social do contrato, somado à atribuição da ANP de fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional dos recursos petrolíferos e minerais, de segurança das pessoas e da preservação do meio ambiente, nada justificaria tal intervenção por parte da ANP no processo de negociação da unitização, ainda que na condição de observadora. Para o autor, a atuação da agência reguladora deveria estar focada na análise do

acordo para a individualização da produção submetido pelas partes para a aprovação da agência, bem como na exigência de alteração, sempre que houver violação aos princípios acima referidos, ou, ainda, se ficar evidenciado que algum dispositivo ali contido constitui ou pode causar prejuízo ao Poder Público⁸⁵.

Outra alteração favorável ao concessionário foi a inclusão do parágrafo 12.5.2, a saber:

12.5.2. Se o prosseguimento das Operações na área unificada proporcionar melhor conhecimento da extensão das Jazidas, a ANP poderá, por iniciativa própria ou por solicitação fundamentada dos Concessionários, determinar a revisão dos termos contratuais, segundo os princípios determinados no parágrafo 12.1.6.

O referido parágrafo refere-se à redeterminação do percentual a ser alocado a cada parte, com base nas informações detidas pelos concessionários a respeito da jazida comum.

Para Andrew e Peter Derman, a redeterminação é o mecanismo de previsão de ajustes em relação à participação de cada uma das partes na unidade, permitindo às partes iniciar o desenvolvimento conjunto antes do pleno conhecimento das reservas⁸⁶.

Uma observação pertinente seria com relação ao direito da ANP de solicitar a redeterminação, uma vez que geralmente é o concessionário quem requer tal ajuste.

Não obstante o acima exposto, a principal inovação deste contrato de concessão foi a inclusão do parágrafo 12.5, que prevê a celebração de um novo contrato de concessão para a área unificada:

85 BUCHEB, José Alberto. *Direito do Petróleo: a Regulação das Atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Op. cit., p. 249.

86 DERMAN, Andrew B.; DERMAN, Peter B. *Unitization – a mathematical formula to calculate redeterminations*. Texas: AIPN Advisor, February, 2003.

12.5. Quando os Concessionários firmarem o acordo para Acordo de Unificação de Operações, a ANP terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do recebimento do acordo devidamente assinado por todos os Concessionários envolvidos, para solicitar quaisquer modificações que julgar cabíveis. Caso a ANP solicite modificações, o Concessionário e as outras partes interessadas terão 60 (sessenta) dias contados da data da referida solicitação para discuti-las e apresentá-las à ANP, repetindo-se então o procedimento previsto neste parágrafo 12.5. Após a aprovação, pela ANP, do Acordo de Unificação de Operações, será assinado novo Contrato de Concessão, com validade exclusiva para as áreas unificadas.

A adoção de um novo contrato de concessão para a área objeto do acordo de individualização da produção rompe com a sistemática adotada até a Quinta Rodada de licitações, que prevê a manutenção e observância das regras constantes dos contratos de concessão de cada um dos blocos envolvidos no processo de unitização.

Outra questão que emerge do dispositivo acima seria quanto ao objeto desse novo contrato de concessão: se campo, jazida, bloco, prisma de profundidade determinada ou indeterminada. Essa análise está relacionada à discussão sobre o objeto do acordo para a individualização da unitização, já abordada no presente trabalho.

Além disso, outra questão controversa seria a definição das regras aplicáveis a esse novo contrato de concessão, especialmente se considerarmos um processo de unitização que envolva blocos sob a vigência de contratos de concessão de distintas rodadas de licitações.

Não obstante as inconsistências apresentadas acima, a previsão de celebração de um novo contrato de concessão persistiu nos modelos de contratos das rodadas de licitações seguintes, tendo sido excluída pela ANP somente no contrato de concessão da Nona Rodada.

4.9. Contrato de concessão da Sétima Rodada

O contrato de concessão da Sétima Rodada não sofreu muitas alterações em relação ao modelo anterior.

A primeira alteração foi no parágrafo 12.1, que ampliou de 72 horas para 10 dias o prazo para o concessionário informar formalmente à ANP a constatação de uma jazida que se estende para fora da área de concessão⁸⁷.

Outra alteração ocorreu no parágrafo 12.3 do contrato de concessão em questão, que passou a prever como uma obrigação, e não mais como um direito, a realização de operações de avaliação na área a ser unitizada, antes da aprovação do acordo de unificação de operações. A possibilidade de realização das operações de avaliação através de um plano de avaliação comum ou de vários planos de avaliação, apresentados separadamente, permaneceu inalterada.

A principal alteração nesse modelo de contrato de concessão pode ser observada nos parágrafos 12.8 e 12.9, que tratam das áreas adjacentes sem concessão. Dispõem os referidos parágrafos:

12.8. Caso a área adjacente não esteja sob concessão e a ANP, a seu exclusivo critério, entender que foi realizada uma Avaliação da(s) Jazida(s) em questão, de modo a permitir que seja tomada uma decisão sobre unificação de operações, a ANP deverá negociar o Acordo previsto no parágrafo 12.1 com a finalidade exclusiva de definir e constituir as bases contratuais do Acordo para Unificação de Operações.

12.9. A ANP poderá, a qualquer momento, licitar o(s) bloco(s) correspondente(s) à(s) área(s) adjacente(s), sendo que o futuro Concessionário de tal(is) área(s) assumirá

⁸⁷ Veja a redação do referido dispositivo: “12.1. Se o Concessionário constatar que uma Jazida se estende para fora da Área de Concessão, informará formalmente o fato à ANP em até 10 (dez) dias úteis contados da tomada de conhecimento do mesmo, na forma prevista pela Cláusula 34.4 deste Contrato.”

as obrigações previstas nesta Cláusula 12 e cumprirá o Acordo para Unificação de Operações assinado pela ANP, caso já tenha sido firmado.

A parte final do parágrafo 12.8 não é muito clara sobre o teor do documento que deverá ser negociado pela ANP. O parágrafo 12.1, ao contrário do que menciona o parágrafo 12.8, não prevê a celebração de um acordo, mas, tão somente, a comunicação formal do concessionário à ANP quanto à constatação de uma jazida comum.

Se considerarmos o parágrafo 12.2, que estabelece que a ANP deverá notificar as partes envolvidas com vistas à celebração de um “Acordo de Unificação de Operações”, teremos, então, que a ANP negociará e assinará, com os concessionários envolvidos, as bases contratuais do acordo de individualização de produção, referido no contrato de concessão da Sexta e Sétima Rodadas como “acordo de unificação de operações”.

Já o parágrafo 12.9 transcrito acima estabelece que os futuros concessionários das áreas adjacentes deverão assumir as obrigações previstas na Cláusula 12, bem como cumprir o acordo para unificação das operações.

Por fim, foi inserido o parágrafo 12.15, que determina que qualquer mudança no referido acordo, que implique a alteração de obrigações das partes, dependerá de prévia e expressa aprovação da ANP⁸⁸.

4.10. Contrato de concessão da Oitava Rodada

Agendada para os dias 28 e 29 de novembro de 2006, a Oitava Rodada foi suspensa em seu primeiro dia, em razão da liminar concedida pelo Juízo da 9ª Vara Federal do Distrito Federal (JF/

⁸⁸ Veja a redação do referido dispositivo: “12.15. Qualquer mudança no Acordo citado no Parágrafo 12.8 que implique a alteração de obrigações dos acordantes dependerá de prévia e expressa aprovação pela ANP.”

DF). Também se encontrava em vigor outra liminar proferida pela 3ª Vara da Justiça Federal do Rio de Janeiro, que afastou a incidência da regra limitadora de ofertas prevista nos itens 4.5 e 4.8 do Edital⁸⁹.

Uma das regras mais discutidas da rodada em questão foi a de restrição de ofertas vitoriosas, critério previsto no edital de licitação respectivo que, segundo a agência reguladora, tinha por objetivo estimular o processo concorrencial, garantir quantitativos eficientes de operação para os padrões da indústria e evitar eventuais descompassos entre blocos arrematados e os efetivamente explorados.

Quando suspensa, por força de liminar judicial, dois setores da Oitava Rodada já haviam sido licitados: o de águas profundas na bacia de Santos (SSP-AP3, subdividido em Nova Fronteira e Elevado Potencial), e o situado na bacia terrestre de Tucano Sul, no estado da Bahia.

Com apenas dois setores arrematados, a Oitava Rodada registrou valor superior a 587 milhões de reais como bônus de assinatura, valor expressivo que ultrapassou o total alcançado em diversas outras rodadas.

De acordo com a ANP:

Os auspiciosos resultados iniciais, contudo, permanecem congelados por força de decisões liminares da justiça, o que gera um sinal contrário ao persistente trabalho de promoção das licitações realizado pela ANP, em especial por sua Superintendência de Promoção de Licitações – SPL. Como visto nos números sumariados neste trabalho, a importância de se ter um mercado

⁸⁹ Veja a redação dos referidos dispositivos no Edital de Licitações para a Outorga dos Contratos de Concessão – Disposições Aplicáveis às Atividades de: Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural em Blocos com Risco Exploratório – Oitava Rodada de Licitações. Disponível em: <<http://www.anp.gov.br/brasil-rounds/round8/round8/edital.asp>>.

aberto e ativo de Exploração e Produção no Brasil é grande demais para sofrer o percalço ocorrido na Oitava Rodada⁹⁰.

No modelo de contrato de concessão da Oitava Rodada, apesar de o título da cláusula permanecer inalterado, “Unificação de Operações”, a ANP voltou a adotar a nomenclatura “acordo para a individualização da produção”.

A primeira alteração significativa ocorreu no parágrafo 12.3, que excluiu a possibilidade de se avaliar a jazida comum por mais de um plano de avaliação, apresentados separadamente, prevendo a realização de operações de avaliação segundo um Plano de Avaliação ou de Desenvolvimento Comum⁹¹.

Outra modificação importante foi a exclusão no parágrafo 12.5 da expressão “como observadora”. Na redação anterior, a ANP poderia solicitar presença nas negociações relativas à celebração do acordo de individualização da produção, na condição de observadora, apenas. Para esta rodada, a redação ficou da seguinte forma:

12.5. Os Concessionários envolvidos no Acordo de Individualização da Produção notificarão a ANP sobre o cronograma de negociações. A ANP poderá solicitar presença nas negociações relativas à celebração do Acordo de Individualização da Produção, hipótese em que os Concessionários deverão arcar com todas as despesas de deslocamento, alimentação e hospedagem dos representantes da ANP, quando as negociações ocorrerem fora da cidade do Rio de Janeiro.

90 Mais informações em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/resultado_rodadas/RESUMO_round8.asp>.

91 Veja a redação do dispositivo: “2.3 Antes da aprovação do Acordo de Individualização da Produção, deverão ser realizadas Operações de Avaliação, com o objetivo de avaliar a unificação das operações, segundo um Plano de Avaliação ou de Desenvolvimento comum.”

4.11. Contrato de concessão da Nona e Décima Rodadas

A Nona Rodada foi marcada pela Resolução CPNE n. 6, de 8 de novembro de 2007, que, invocando a preservação do interesse nacional e a utilização racional dos recursos energéticos no País, determinou à ANP a retirada de 41 blocos de alto potencial do rol das áreas oferecidas.

Os blocos excluídos da Nona Rodada consistiam em áreas vizinhas àquela em que se deu a descoberta do campo de Tupi, pela Petrobras, ou áreas com geologia semelhante.

Apesar da retirada das áreas mais atrativas para as empresas petrolíferas, a União recolheu, a título de bônus de assinatura, aproximadamente R\$ 2 bilhões, verdadeiro recorde de arrecadação. Esse êxito deu-se, em parte, à entrada de um novo *player*, a OGX Petróleo e Gás Ltda., que arrematou 21 blocos por cerca de R\$ 1,5 bilhão.

Já na Décima Rodada, foram licitados apenas blocos em terra, em áreas de novas fronteiras e bacias maduras. A arrecadação em bônus de assinatura foi de R\$ 89,4 milhões.

Retornando à análise da cláusula de unificação de operações, conforme mencionado anteriormente, no contrato de concessão da Nona Rodada, a ANP reconheceu o equívoco criado com a inclusão, no parágrafo 12.12, da previsão de assinatura de um novo contrato de concessão, com validade exclusiva para as áreas unificadas, excluindo-o do referido modelo.

Essa foi a única alteração neste modelo de contrato em comparação com a minuta anterior, porém de grande importância para a indústria, por preservar os contratos de concessão dos blocos envolvidos no processo de unitização.

O contrato de concessão da Décima Rodada repetiu a cláusula de Unificação de Operações do modelo anterior.

Aguarda-se, agora, pelo novo marco regulatório para as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural na camada

pré-sal do subsolo brasileiro, a ser anunciado nos próximos dias pelas autoridades governamentais. Não foi sinalizado pelo Governo Brasileiro se as regras para a unitização das novas áreas do pré-sal estarão previstas neste novo marco regulatório ou se serão tratadas em paralelo.

Antecipando-se à discussão, o Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP enviou formalmente à consideração da ANP alguns tópicos que deveriam ser considerados como princípios gerais aplicáveis a todos os processos de unitização, endereçando de forma clara e objetiva as questões técnicas enfrentadas na prática pela indústria do petróleo, em consonância com o interesse público, a saber:

- (i) O “Acordo para Individualização da Produção” tem como objetivo promover de forma eficiente o desenvolvimento técnico e comercial das reservas de petróleo e gás natural;
- (ii) As regras e procedimentos que orientarão o “Acordo para Individualização da Produção” devem estar enquadrados no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente em observância da Lei do Petróleo n. 9.478/97, dos Princípios Gerais de Direito e das Melhores Práticas da Indústria do Petróleo e Gás Natural;
- (iii) As regras do “Acordo para Individualização da Produção” deveriam estar consolidadas em regulamentação específica para esta finalidade. Desta forma, evitar-se-ia a multiplicidade de regras a cada Rodada de Licitações, caso as regras sejam inseridas no corpo do Contrato de Concessão;
- (iv) O processo de negociação para estabelecimento de um “Acordo para Individualização da Produção”, tanto para áreas já sob concessão, quanto para áreas ainda não concedidas, deve evitar interferência nas operações de desenvolvimento ou de produção, tais como atrasos nos cronogramas e a interrupção da produção e consequente fluxo de receitas;

- (v) É importante que os concessionários possam negociar entre si, livremente, os termos do “Acordo para Individualização da Produção” de seus campos, conforme os limites estabelecidos legalmente, pelos respectivos Contratos de Concessão e com base em regulamentação específica. Somente nos casos em que os Concessionários não cheguem a um entendimento comum sobre o “Acordo para Individualização da Produção” a ANP deverá intervir, observado o devido processo administrativo;
- (vi) Os direitos e obrigações dos Contratos de Concessão em vigor devem ser preservados em todo e qualquer “Acordo para Individualização da Produção” e também perante quaisquer regras e procedimentos para a unitização que venham a ser instituídos;
- (vii) O pagamento dos *royalties* e da participação especial deve ser feito de acordo com as regras estabelecidas em cada Contrato de Concessão e na proporção das participações de cada Concessionário previstas no “Acordo para Individualização da Produção”;
- (viii) A redeterminação das participações do “Acordo para Individualização da Produção” não deve ser obrigatória, como regra, sendo opcional aos concessionários.
- (ix) Conflitos de interesse devem ser evitados. Exemplo – a Agência atuando tanto como parte interessada (como um concessionário) quanto como órgão regulador.

5. Breve análise dos reflexos do acordo de individualização da produção nas participações governamentais e no compromisso de aquisição local de bens e serviços (conteúdo local)

Com o aprofundamento do estudo da Lei do Petróleo e do processo de unitização, algumas implicações da celebração dos chamados “acordos para a individualização da produção” começaram a ser

debatidas no País, tais como quais seriam os impactos da unitização no pagamento das participações governamentais e no compromisso de aquisição local de bens e serviços na etapa de desenvolvimento da jazida comum.

Com relação às participações governamentais, o contrato de concessão, por força do art. 45 da Lei do Petróleo, estabelece as seguintes Participações Governamentais, que foram regulamentadas pelo Decreto n. 2.705/98:

- (i) bônus de assinatura, definido no art. 9º do referido decreto como o montante ofertado pelo licitante vencedor na proposta para obtenção da concessão de petróleo ou gás natural, não podendo ser inferior ao valor mínimo fixado pela ANP no edital da licitação;
- (ii) *royalties*, definidos no art. 11 do referido decreto como a compensação financeira devida pelos concessionários mensalmente, com relação a cada campo, a partir do mês em que ocorrer a respectiva data de início da produção, vedada quaisquer deduções;
- (iii) participação especial, que segundo o art. 21 do decreto em questão constitui uma compensação financeira extraordinária devida pelos concessionários nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, conforme os critérios definidos e 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; e
- (iv) pagamento pela ocupação ou retenção de área, previsto no art. 28 do decreto mencionado acima, que corresponde ao pagamento anual devido pelo concessionário em razão do tamanho da área de concessão, conforme determinado no edital de licitações.

Para o estudo da unitização, as participações governamentais de maior importância são os *royalties* e a participação especial.

A Lei do Petróleo, em seu art. 47, estabelece que os *royalties* serão pagos mensalmente, a partir da data de início da produção, em montante correspondente a 10% (dez por cento) da produção de petróleo ou gás natural.

De acordo com o parágrafo primeiro do referido artigo, tendo em conta os riscos geológicos, as expectativas de produção e outros fatores pertinentes, a ANP poderá prever, no edital de licitação correspondente, a redução do valor dos *royalties* estabelecido no *caput* para um montante correspondente a, no mínimo, cinco por cento da produção.

O Decreto n. 2.705/98 estabelece, em seu art. 13, o seguinte:

no caso de campos que se estendam por duas ou mais áreas de concessão, onde atuem concessionários distintos, o acordo celebrado entre os concessionários para a individualização da produção, de que trata o art. 27 da Lei n. 9.478, de 1997, definirá a participação de cada um com respeito ao pagamento dos *royalties*.

Fernanda Azevedo e Jorge Pedroso, ao analisarem o tema, ressaltam que se houver diferenças de alíquotas de *royalties* entre os blocos participantes da unitização, surgirá o questionamento acerca de qual alíquota deverá ser adotada para o cálculo dos *royalties* devidos⁹².

Como solução a essa situação, os autores citam a posição de Jacqueline Weaver, embasada na experiência norte-americana, no

92 AZEVEDO, Fernanda Porto de; PEDROSO JUNIOR, Jorge Antonio. *Breve análise dos reflexos dos acordos de unitização nos royalties do petróleo*. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2004, apresentado à Faculdade de Direito da UERJ.

sentido de que cada uma das diferentes alíquotas deverá ser aplicada ao montante da produção que couber a cada um dos respectivos blocos⁹³.

A interpretação de Jacqueline Weaver tem como mérito a preservação da integralidade dos diferentes contratos de concessão firmados pelos distintos concessionários e afasta eventuais questionamentos acerca da alíquota de *royalties* aplicável ou, ainda, eventuais pleitos dos concessionários para a alteração de tais alíquotas previstas para cada contrato de concessão.

Tal entendimento está em linha com a sistemática dos contratos de concessão outorgados pela ANP até então, exceto pelos contratos da Sexta, Sétima e Oitava Rodadas, que previam a celebração de um novo contrato de concessão para a área objeto do acordo para a individualização da produção.

Superada essa discussão, cumpre-nos frisar, apenas que não raras vezes as partes de um acordo de individualização da produção se veem obrigadas a redeterminar os percentuais alocados a cada parte com relação à jazida unitizada, por obterem mais informações sobre tal reservatório comum.

Neste caso, se considerarmos que a redeterminação pode ter efeitos retroativos, é possível os seus reflexos incidam não somente sobre os concessionários envolvidos na unitização, mas também na relação destes com a ANP⁹⁴.

93 WEAVER, Jacqueline Lang. Palestra sobre Direito do Petróleo nos EUA proferida no International Short Course – Novos Desafios Jurídicos do *Upstream* da Ind. do Petróleo no Brasil, promovido pelo Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP *apud* AZEVEDO, Fernanda Porto de; PEDROSO JUNIOR, Jorge Antonio. *Breve análise dos reflexos dos acordos de unitização nos royalties do petróleo*. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2004, apresentado à Faculdade de Direito da UERJ.

94 Sobre o tema, afirma a Professora Marilda Rosado: “Uma característica que tem sido contemplada nos acordos do Mar do Norte é a retroatividade dos novos valores apurados na redeterminação ao momento em que foram acertados os termos da unitização. As dificuldades inerentes a tal processo podem exigir, desde o momento inicial, o acompanhamento por consultoria especializada, ou

Se não houver diferença entre as alíquotas de *royalties* previstas nos contratos de concessão dos blocos envolvidos na unitização, os efeitos da redeterminação com relação aos *royalties* já pagos pelos concessionários deverão ser resolvidos no âmbito da relação entre os distintos concessionários, não afetando o Estado, que arrecadou o valor efetivamente devido pela alíquota única incidente sobre a produção total da jazida comum.

Todavia, se considerarmos alíquotas distintas entre os contratos de concessão dos blocos envolvidos na unitização, haverá uma alteração do volume de produção atribuído a cada concessionário e, portanto, a cada uma das diferentes alíquotas. Desta forma, poderão surgir débitos ou créditos dos concessionários em face do Estado.

As distintas alíquotas poderão causar também impactos na repartição das receitas provenientes dos *royalties*. Com relação à porção da jazida unitizada sob determinado bloco, poderá incidir apenas o art. 48 da Lei do Petróleo, que prevê a repartição dos *royalties* referentes ao montante mínimo de cinco por cento. Por outro lado, em outra porção da jazida unitizada poderá incidir também o art. 49 da Lei do Petróleo, que dispõe sobre a distribuição da parcela dos *royalties* que exceder a taxa mínima.

Com relação à participação especial, o art. 50 da Lei do Petróleo determina que o edital de licitações e o contrato de concessão estabelecerão que, nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, haverá o pagamento de uma participação especial.

Complementarmente, o art. 23 do Decreto n. 2.705/98 dispõe o seguinte:

Art. 23. Nos casos de campos que se estendam por duas ou mais áreas de concessão, a apuração da participação especial tomará como base a receita líquida da

o recurso a alguma forma de mediação ou expertise para a solução de eventuais controvérsias.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org), *Estudos e pareceres – Direito do Petróleo e Gás*. Op. cit., p. 139.

produção e o volume de produção fiscalizada integrais dos referidos campos.

Parágrafo único. No caso de campos que se estendam por duas ou mais áreas de concessão, onde atuem concessionários distintos, o acordo celebrado entre os concessionários para a individualização da produção, de que trata o art. 27 da Lei n. 9.478, de 1997, definirá a participação de cada um com respeito ao pagamento da participação especial.

Ocorre, entretanto, que a aplicação da regra estabelecida no art. 23 do Decreto n. 2.705/98 pode gerar distorções, uma vez que considera a receita líquida da produção e o volume de produção fiscalizada integrais do campo e não das parcelas alocadas a cada bloco ou a cada contrato de concessão.

Tal diferenciação é relevante se considerarmos os limites de isenção da participação especial para o primeiro ano de produção.

Por exemplo, imaginemos um campo terrestre X, unitizado entre os concessionários A e B, na proporção de 50% para cada um, com uma produção trimestral fiscalizada de petróleo igual a 500.000 m³. Cada concessionário teria, portanto, direito a 250.000 m³ de petróleo produzido.

Levando-se em consideração que o art. 22, I, do Decreto n. 2.705 prevê a isenção do pagamento da participação especial no primeiro ano da produção quando o volume de produção trimestral fiscalizado não exceder 450.000 m³, observa-se, no exemplo acima, que tanto o concessionário A, quanto o concessionário B, deverão pagar a participação especial já no primeiro ano de produção, não usufruindo da isenção prevista no referido decreto.

Não obstante, cada concessionário recebeu uma parcela de produção de apenas 250.00 m³ de petróleo, o que estaria dentro do limite da isenção da participação especial, conforme o art. 22, I, do Decreto n. 2.705/98.

A incoerência do art. 23 do Decreto n. 2.705/98 fica ainda mais evidente se considerarmos um terceiro concessionário, C, vizinho aos concessionários A e B, que possui um campo em terra, totalmente circunscrito em sua área de concessão, produzindo 400.000 m³ de petróleo por trimestre. Neste caso, ao contrário dos concessionários A e B, ele gozaria da isenção prevista no decreto em questão, apesar de auferir maior rentabilidade decorrente de um maior volume de produção.

Por fim, vale destacar que os critérios de distribuição das receitas provenientes da participação especial são iguais aos adotados para a distribuição dos *royalties*, podendo sofrer os mesmos impactos já comentados anteriormente.

Com relação aos reflexos do acordo de individualização da produção no compromisso de aquisição local de bens e serviços, lembramos que um dos critérios de julgamento das ofertas, nos termos do edital de licitações, corresponde ao compromisso com a aquisição local de bens e serviços na etapa de desenvolvimento, referido simplesmente como o compromisso de conteúdo local. Se o concessionário não cumprir com esse compromisso, estará sujeito ao pagamento de multa prevista no contrato de concessão, além de outras penalidades previstas na Portaria ANP n. 234/2003, que define o procedimento de imposição de penalidades aplicável aos infratores das disposições e termos constantes dos contratos de concessão, dos editais de licitação e na legislação aplicável, podendo, até mesmo, ter o contrato de concessão rescindido.

Isto posto, a unitização envolvendo dois blocos com diferentes compromissos de conteúdo local pode resultar em uma situação de conflito entre os respectivos concessionários, sobre qual o percentual de conteúdo local a ser considerado quando da contratação dos bens e serviços necessários ao desenvolvimento do campo unitizado.

Se entendermos pela preservação da integralidade dos diferentes contratos de concessão firmados pelos distintos concessionários,

cada um dos diferentes compromissos de conteúdo local deverá ser cumprido pelos seus concessionários, com relação aos gastos alocados a cada um dos blocos.

Ocorre que uma vez unificado o desenvolvimento e a produção do campo, a parte que tiver o menor compromisso local acabará sendo onerada pelo compromisso local aplicável à área adjacente, uma vez que as empresas acabam obrigadas a investir mais recursos para atingir um conteúdo local mais elevado em seus bens e serviços.

Uma possível solução seria um acordo privado entre os distintos concessionários de modo que a parte comprometida com o conteúdo local maior compense a outra parte, de menor compromisso e que não contava com esse encargo adicional. Tal solução, no entanto, parece de difícil aplicação.

Para José Alberto Bucheb, por constituir uma obrigação indivisível e por não haver uma regra pré-estabelecida para se definir qual será o compromisso mínimo a ser cumprido no desenvolvimento de um campo unitizado, colocam-se, em tese, três alternativas:

- a) adota-se o menor entre os compromissos de blocos adjacentes, desonerando-se um dos concessionários;
- b) adota-se o maior entre os compromissos dos blocos adjacentes, onerando-se um dos concessionários, que não contava com esse encargo adicional no momento em que adquiriu a concessão;
- c) adota-se um valor intermediário, de acordo com a regra da ponderação, de acordo com o mesmo critério utilizado para a definição dos percentuais de participação na jazida comum, o que resultará em benefício para um concessionário e ônus para o outro.

Prevalendo a última alternativa, em caso de redeterminação, tais compromissos mínimos deveriam ser revistos de acordo as novas participações.

Por fim, vale lembrar que o fato de o compromisso de conteúdo local ser um critério de julgamento das ofertas previsto no edital de licitações impõe ainda mais zelo na solução da questão.

Conclusão

Diante do acima exposto, é possível depreender que a legislação brasileira, acompanhando a prática internacional, vem estabelecendo os pilares da unitização no País, utilizando-se dos mecanismos adotados em outros países, notadamente os Estados Unidos e o Reino Unido, nos quais esse instituto há muito é utilizado e defendido como o melhor meio de conservação e aproveitamento dos recursos minerais e direitos correlatos.

Nesse sentido, o legislador brasileiro previu a unitização compulsória, na forma do art. 27 da Lei do Petróleo, pelo qual para o desenvolvimento e produção de hidrocarbonetos a partir de uma jazida comum, os concessionários dos blocos vizinhos deverão celebrar um acordo para a individualização da produção.

Em que pese a unitização ser obrigatória no nosso ordenamento jurídico, foi facultada certa autonomia aos concessionários na negociação dos termos e condições do acordo de unitização. Todavia, observa-se que a ANP vem aumentando a sua interferência no processo ao longo dos anos.

A partir da Sexta Rodada de Licitações, a ANP passou a estabelecer os termos do acordo de individualização da produção no que se refere às obrigações relacionadas aos contratos de concessão e às participações governamentais e de terceiros, além de poder participar das negociações relativas à celebração do referido acordo.

Há, ainda, a atuação da ANP na hipótese de as partes envolvidas não chegarem a um acordo, no prazo por ela definido. Neste caso, caberá à ANP determinar, com base em laudo técnico, equivocadamente denominado arbitral pelo legislador, como serão apropriados os direitos e obrigações de cada concessionário com relação à jazida comum, com base nos princípios gerais de Direito aplicáveis.

Diante da comparação dos modelos de contratos de concessão outorgados pela ANP a cada rodada de licitações e, por conseguinte, das diversas alterações introduzidas, expressando uma tentativa de congregar as diferenças de entendimento e de interesses dos vários participantes da indústria e da ANP, bem como o amadurecimento da indústria no país, constata-se que será necessário um novo ciclo de entendimentos sobre seus reflexos no processo de implementação da unitização no Brasil.

Todavia, as recentes descobertas de campos gigantes de petróleo na denominada camada pré-sal do subsolo brasileiro, que aparentemente se estendem por vários blocos exploratórios, tornam a questão urgente e necessária.

Diante disso, a ANP criou um grupo de trabalho interno para revisar as normas aplicáveis à unitização e sugerir as alterações que entender necessárias. Nesse sentido, o referido grupo de trabalho convidou algumas empresas petrolíferas internacionais e especialistas em Direito do Petróleo, que puderam expor suas opiniões sobre o tema.

Além desse fórum, a empresas internacionais de petróleo e gás natural tem contribuído expressivamente para o aprimoramento das regras previstas nos contratos de concessão relativas ao processo de unitização, enviando suas sugestões de melhorias por meio do Instituto Brasileiro do Petróleo – IBP, que as representa perante a ANP nas consultas públicas que precedem as rodadas de licitações.

Em paralelo, vivemos no país um momento de mudança do marco regulatório, motivado pelas grandes descobertas no pré-sal brasileiro. Neste contexto, o Governo Brasileiro estuda se as regras

para a unitização das áreas do pré-sal ainda não licitadas farão parte do novo marco regulatório ou se serão tratadas em paralelo.

Por fim, espera-se que nesse processo de revisão e/ou promulgação de novas regras aplicáveis à unitização, a ANP e demais autoridades governamentais competentes observem as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo e, principalmente, preservem os direitos e obrigações dos Contratos de Concessão em vigor, sob pena de ferir a segurança jurídica e, por conseguinte, a confiança do investidor estrangeiro no país.