

# DA CONCESSÃO À PARTILHA: ANÁLISE DAS JOINT VENTURES NO SETOR DE EXPLORAÇÃO E PRODUÇÃO DE PETRÓLEO E GÁS NATURAL NO BRASIL



CONCESSION TO PSA: ANALYSIS OF JOINT VENTURES FOR E&P OF OIL AND NATURAL GAS IN BRAZIL

**Alberto Lopes Rosa | betolopesrosa@hotmail.com**

Mestre em Direito Empresarial (UERJ). Advogado do Marilda Rosado Advogados (MRA).

## Resumo

A atividade empresarial requer dos agentes econômicos soluções práticas para a transposição dos riscos inerentes ao exercício da empresa. A engenhosidade dos homens de negócio tem visualizado nos denominados contratos associativos um importante mecanismo para o sucesso do empreendimento. Na indústria do petróleo, especificamente no setor *doustream*, as parcerias empresariais mostram-se como importante meio para compartilhamento dos riscos geológico, financeiro e político inerentes a esta atividade. Neste sentido o trabalho desenvolvido busca efetuar uma análise das associações empresariais, especialmente aquelas consagradas na prática como *joint ventures*, especificando suas peculiaridades, para posteriormente analisar a situação destas dentro do novo marco regulatório que se firma para exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos na região denominada de pré-sal e outras áreas estratégicas. Nesse sentido, foram analisadas as mudanças instituídas pela Lei n.º 12.351/2010, a qual instituiu o modelo de partilha de produção, no qual se observou uma mudança do Estado que deixa de ser mero regulador para atuar mais diretamente, de modo a influenciar a atuação empresarial, limitando a autonomia privada no referido setor.

## Palavras-chave

*Joint ventures*. Estado. Marco regulatório. Autonomia privada. Atuação empresarial.

## Abstract

The business activity requires practical solutions for overlapping the risks inherent to the performance of the activity. The creativity of businessmen finds in the so-called associative contracts an important mechanism for a successful venture. In the oil industry, specifically in the upstream sector, joint ventures show up as an important means for sharing of geological, financial and political risks involved in this activity. In this regard, the paper then developed primarily seeks to analyze the concept and the legal nature of joint ventures, specifying its peculiarities, to further analyze their situation within the new regulatory framework that is firm to explore oil, natural gas and other hydrocarbons in the region called pre-salt and other strategic areas. Accordingly, we analyzed the changes instituted by the Law n.º 12.351/2010, which established the model production sharing, in which we observed a change in the State ceases to be mere regulator to act more directly, to influence the business performance, limiting individual autonomy in that sector.

## Keywords

*Joint ventures*. State. Regulatory Framework. Autonomy. Private business activities.

Submetido: 21/02/2014 | Aceito: 27/04/2014

## Introdução

A globalização econômica e a mundialização dos mercados vieram impor a necessidade de se repensar a estrutura estatal até então em curso no Brasil, pois o modelo do Estado-empresário, vigente até os idos dos anos 90, mostrava-se ineficiente a ponto de até mesmo causar insegurança quanto à disponibilidade de recursos para as atividades essenciais prestadas pelo Estado.

Para se adaptar à realidade da ordem econômica mundial, era necessário empreender mudanças no texto constitucional. Assim, a EC n.º 06/1995 extinguiu determinadas restrições ao capital estrangeiro, revogando *in totum* o art. 171, o qual fazia distinção entre sociedades empresárias brasileiras de capital nacional e as de capital estrangeiro. Tal alteração consistiu em um maior atrativo aos investimentos externos, cuja importância para o desenvolvimento de toda a indústria nacional é incontestável.

Especificamente em relação à indústria do petróleo, vale destacar as alterações promovidas pelas EC n.º 05/1995<sup>1</sup> e EC n.º 09/1995, as quais quebraram os monopólios estatais<sup>2</sup>. Diversamente dos demais setores, o Governo optou por uma estratégia gradualista, ao invés de empreender um processo de privatização *stricto sensu*, introduzindo “pressões competitivas” ao estimular o ingresso de agentes privados e a formação de parcerias entre a PETROBRÁS e os agentes privados<sup>3</sup>.

Com isso, o presente artigo busca delinear as principais características dos marcos regulatórios aplicáveis à exploração e produção de hidrocarbonetos no Brasil, quais sejam os modelos de concessão e de partilha de produção, de modo a possibilitar a análise das associações empresariais de E&P em cada um destes modelos.

### 1. Regime jurídico aplicável à exploração e produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil

Com o advento da Lei n.º 12.351/2010, foi instituído no Brasil o modelo de partilha de produção. Desde então vigora no país um regime regulador misto para as atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos, havendo um

modelo de partilha para o polígono do pré-sal e áreas estratégicas e um modelo de concessão, nos termos instituído pela lei n.º 9.478/97, para as demais áreas.

#### 1.1. O Modelo de Concessão

Em 1997 foi promulgada a Lei n.º 9.478, a denominada Lei do Petróleo, que, dentre outras mudanças, previu que as atividades econômicas previstas no art. 177 da CRFB poderiam ser exercidas mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

Outrossim, para a regulação e fiscalização daquelas atividades, foi instituída pela Lei do Petróleo a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, entidade integrante da Administração Federal Indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis.

Em sua redação original, a Lei do Petróleo estabelecia em seu art. 5<sup>o</sup><sup>4</sup> que as atividades econômicas de que trata o art. 177 da CRFB seriam reguladas e fiscalizadas pela União, podendo ser exercidas por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, mediante concessão ou autorização. Para o exercício das atividades de exploração e produção de petróleo e de gás natural o referido diploma legal exige a celebração de contrato de concessão, o qual será precedido de licitação.

A Lei do Petróleo atribui à ANP a competência para elaborar os editais de licitação, promover o procedimento licitatório<sup>5</sup> e, em nome da União, celebrar os respectivos contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás natural. O procedimento licitatório para concessão de áreas para exploração e produção de petróleo e gás natural deve obedecer às disposições da própria Lei do Petróleo e da regulamentação emanada pela ANP.

O certame licitatório exige que as licitantes comprovem sua capacidade técnica e financeira de modo que sejam qualificadas como operadoras<sup>6</sup> ou não operadoras. A sociedade empresária estará autorizada a participar do certame apenas após a sua qualificação<sup>7</sup>. Embora para fins de

qualificação a sociedade empresária tenha que se habilitar individualmente, é importante destacar a possibilidade, prevista no art. 38 da Lei do Petróleo, de apresentação de ofertas por consórcios de sociedades empresárias<sup>8</sup>. Cada consórcio deverá contar com pelo menos uma sociedade empresária qualificada como Operador e cuja participação no consórcio não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento).

Sagra-se vencedor o licitante que, isoladamente ou em consórcio, apresentar a melhor oferta. O critério para julgamento das ofertas se dá mediante a atribuição de pontos e pesos aos diferentes elementos que compõem a oferta<sup>9</sup>. Após a publicação do resultado do julgamento da licitação, a ANP convocará as sociedades empresárias vencedoras para a assinatura dos respectivos contratos de concessão.

O contrato de concessão atribui à concessionária o direito de, por sua própria conta e risco, empreender atividades exploratórias sob a área concedida. Pela lógica deste modelo, se o concessionário tem êxito, deparando-se com uma descoberta comercial, é permitido que este se aproprie do produto da lavra; ou seja, se a exploração for bem sucedida, será garantido ao concessionário o direito de produzir petróleo, detendo a propriedade do produto explorado<sup>10</sup>.

Neste sentido, é importante destacar que o contrato de concessão é o principal instrumento a regular os direitos e obrigações deste. Conforme leciona Marcos Juruena Villela Souto a intervenção regulatória, apesar de admitida, deve se dar apenas para assegurar a observância de aspectos técnicos relacionados às melhores práticas da indústria do petróleo. Prossegue o autor destacando que “há relativa estabilidade nos contratos de concessão de atividades econômicas do petróleo e do gás natural, já que previsíveis as ‘regras do jogo’”. **O contrato é o marco regulatório da regulação, sobre o qual serão feitas inserções tecnicamente motivadas**<sup>11</sup>”. (grifo nosso)

Nesta esteira, destaca-se que, como principal marco da atividade regulatória da ANP, o contrato de concessão possui uma grande importância e a evolução de sua redação reflete em

avanços para a indústria como um todo.

O contrato de concessão é composto de duas fases: (i) a fase de exploração que corresponde ao período contratual em que devem ocorrer as atividades de exploração e a avaliação de eventual descoberta; e (ii) a fase de produção, período que se inicia na data em que o concessionário apresenta à ANP a respectiva declaração de comercialidade de determinada área e no qual são empreendidas as atividades de desenvolvimento e produção<sup>12</sup>.

Em contrapartida aos direitos de exploração e produção que lhe são conferidos pelo contrato de concessão, o concessionário deve pagar, além do bônus de assinatura, as respectivas participações governamentais previstas no instrumento contratual, quais sejam, (i) Royalties; (ii) Participação Especial; (iii) Pagamento pela Ocupação ou Retenção de Áreas; e (iv) Pagamento de Participação ao Proprietário de Terra<sup>13</sup>.

Outro aspecto importante do contrato de concessão é a possibilidade de sua transferência, que só pode ser efetivada mediante aprovação da ANP<sup>14</sup>. Como ente regulador, a agência irá verificar se o concessionário atende aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos por ela estabelecidos. Sem a aprovação da ANP a cessão não se opera de pleno direito e, constatada a hipótese de uma cessão de fato, o concessionário estará passível de sofrer penalidade.

A cessão de direitos é um tema importante ao presente trabalho, na medida em que é um fato que tanto pode dar início quanto fim a uma *joint venture*. Como bem ponderado por Marilda Rosado de Sá Ribeiro “[o] processo se justifica pela constante reavaliação que as empresas fazem de seu portfólio<sup>15</sup>”, podendo a cessão ser tanto parcial quanto total.

A cessão total implica na saída de um concessionário do empreendimento e corresponde à transferência de toda a respectiva participação indivisa nos direitos e obrigações decorrentes de um contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás a um terceiro, ao passo que na cessão parcial se dá apenas a transferência de determinado percentual da participação de um concessionário a um ter-

ceiro, com a permanência daquele no contrato. Destaca-se que, em ambos os casos o terceiro pode ou não já deter participação indivisa no contrato.

Por fim, destaca-se que no regime de concessões é possível observar a existência de uma menor interferência do Estado na autonomia privada. Tendo em vista que o regime é centrado principalmente nas regras contidas no contrato de concessão, a observância ao disposto no contrato pelas partes é de vital importância, inclusive quando as sociedades empresárias contratam entre si a formação de um consórcio.

O regime de concessão corresponde a uma maior liberdade para o exercício da atividade, embora possa haver algumas restrições quanto à comercialização do produto em benefício do abastecimento do mercado nacional, quando se verifica que o Estado regulador pode estabelecer limites para o exercício da autonomia da vontade em benefício da ordem pública.

## 1.2. O Modelo de Partilha de Produção

Entendendo que o marco legal estabelecido na Lei nº 9.478/1997, não seria suficiente para garantir o aproveitamento das reservas petrolíferas nas áreas da província do Pré-Sal, a comissão interministerial<sup>16</sup> concluiu que o modelo de concessão mostrar-se-ia incompatível com a natureza da gigante área do Pré-sal<sup>17</sup>. Assim, a referida comissão propôs ao Presidente da República projeto de lei n.º 5.938/2009, o qual introduzia a possibilidade de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos mediante a realização de contratos de partilha de produção, projeto que após a devida tramitação, transformou-se na Lei n.º 12.351/2010.

A Lei n.º 12.351/2010 instituiu o regime de partilha de produção<sup>18</sup> brasileiro para a região do polígono do pré-sal e outras áreas denominadas estratégicas. Para as demais áreas, permanece em vigor o regime de concessão. Segue o novo texto legal: “*Art. 3º A exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos na área do pré-sal e em áreas estratégicas serão contratadas pela União sob o regime de partilha de produção,*

*na forma desta Lei”.*

No presente item, será empreendida inicialmente uma crítica às disposições contidas no referido diploma legal e, em seguida, serão tecidos comentários sobre a Minuta de Contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, disponibilizada pela ANP para a Primeira Rodada de Partilha de Produção.

A primeira crítica que se faz ao regime de partilha se refere à imprecisão da lei em determinar “área estratégica”. Embora o inciso V do art. 2º defina área estratégica como aquela caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de hidrocarbonetos, nota-se que tal definição comporta uma grande amplitude, abrindo-se brechas para manobras políticas, sob a justificativa de melhor atendimento aos interesses para o desenvolvimento nacional<sup>19</sup>.

Embora haja a discricionariedade da Administração Pública, esta deve se dar dentro dos limites definidos na legislação, assim, para a delimitação de uma área como estratégica o ato do Poder Executivo deverá observar rigorosamente os padrões exigidos por lei.

Em verdade, tal ato corresponderá a uma decisão da Administração e, portanto, deverá ser devidamente fundamentado. Será preciso que a autoridade administrativa tenha fundamentos de que a área realmente apresenta baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de hidrocarbonetos.

Uma segunda questão sensível diz respeito ao papel da PETROBRÁS no regime de partilha instituído. Além da posição de operador, caberá à PETROBRÁS atuar como contratada, isoladamente ou em consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação, para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção<sup>20</sup>.

Como operadora única de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção<sup>21</sup>, a estatal ficará responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de explora-

ção e produção<sup>22</sup>, sendo-lhe assegurada uma participação mínima de 30% (trinta por cento) no consórcio<sup>23</sup>.

Com isso, verifica-se que, no regime de partilha ora vigente para o pré-sal, a autonomia privada encontra-se amplamente restringida, visto que as exigências legais impedem a formação de parcerias empresariais que não sejam formadas com a PETROBRÁS e a Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).

Além disso, a lei ainda prevê a possibilidade de contratação direta da PETROBRÁS, independentemente de licitação<sup>24</sup>. Neste sentido, é valiosa a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro, quando da análise da constitucionalidade dos projetos de lei que ensejaram no “novo” marco regulatório, pontuando muito bem que, embora a adoção de um regime alternativo ao de concessão não afronte a Constituição, isso não quer dizer que o modelo, tal como proposto, seja constitucional<sup>25</sup>. Neste sentido, a criação de preferências para entes públicos ou empresas estatais pode representar violação aos princípios da isonomia e da liberdade de concorrência.

A sistemática para a exploração e produção de petróleo e gás natural instituída pela EC 9/1995, que deu nova redação ao art. 177 CRFB, tem como *ratio* a criação de um ambiente concorrencial, admitindo-se a participação do capital privado, em um regime de competição, disciplinado por lei ordinária.

Assim, a participação mandatória da PETROBRÁS em todos os blocos objeto de contrato de partilha de produção, bem como a possibilidade de sua contratação direta, independentemente de licitação, parece ir de encontro aos ditames constitucionais. Isso porque, como sociedade de economia mista, a PETROBRÁS se sujeita ao regime jurídico próprio das empresas privadas<sup>26</sup>.

Cabe salientar a possibilidade de se sustentar um vício de inconstitucionalidade da Lei n.º 12.351/2010. Destaca-se, entretanto, que tal vício não é em relação à opção política de adotar o modelo de partilha de produção para as áreas do pré-sal, mas pelas prerrogativas dadas à PETROBRÁS, cuja lei concede um tratamento diferenciado, podendo esta inclusive ser contratada diretamente pela União dispensada a licitação.

tação.

Como sociedade de economia mista a PETROBRÁS deveria competir em pé de igualdade com as sociedades de direito privado, sob o risco de prejuízo à livre concorrência<sup>27</sup>. A dispensa à licitação além de caracterizar um tratamento não isonômico, é também um desestímulo à livre iniciativa.

Apesar de as descobertas do pré-sal serem encaradas como uma mudança de paradigma na indústria, a justificar a alteração do marco regulatório sob a justificativa do melhor atendimento ao interesse público, de modo que as riquezas do pré-sal sejam carreadas para o benefício da população, parece coerente a observação feita por Eugênio Rosa de Araújo:

Não considero que a descoberta de um gigantesco campo de petróleo esteja apto a mudar o nosso regime constitucional de livre iniciativa, do princípio da subsidiariedade inserta no artigo 173, ou alterar a intervenção por absorção de monopólios, e, enfim, acredito que se possa refletir sobre isso com bastante vagar, numa Ação Direta de Inconstitucionalidade<sup>28</sup>.

Nesta esteira, parece que o regime de partilha de produção, nos moldes em que foi estabelecido, padece de vício de inconstitucionalidade, pois fere frontalmente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, norteadores da ordem econômica brasileira.

De outro turno, como bem observa Marilda Rosado de Sá Ribeiro, é de causar certa perplexidade a possibilidade de uma dupla representação da União no âmbito do consórcio, na medida em que, a PETROBRÁS já estaria representando a União, seu sócio controlador<sup>29</sup>.

Neste sentido, maior perplexidade pode ainda ser vislumbrada quando da leitura do disposto no item 20.2 da cláusula Vigésima da Minuta de Contrato de Partilha de Produção<sup>30</sup>, que trata sobre o Controle das Operações e Assistência pela ANP e pela Contratante. São partes constantes da minuta a União Federal como contratante, a ANP como reguladora e fiscalizadora, a PPSA como gestora, e a PETROBRÁS e eventual parceira como contratadas.

Assim, o dispositivo em comento parece, salvo melhor juízo, possibilitar uma quádrupla presença do Estado brasileiro em um contrato para a exploração e produção de petróleo e gás natural<sup>31</sup>. Ora, se a PPSA foi criada com o intuito de ser representada União nos consórcios formados para a execução dos contratos de partilha de produção e a ANP tem como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, parece um tanto quanto desarrazoado essa multiplicidade de agentes fiscalizadores.

## 2. As Joint Ventures no modelo de concessão: análise de algumas cláusulas relevantes do JOA à luz do Direito Brasileiro

Deve-se destacar que, ao tratar a possibilidade de participação de sociedades empresárias em consórcio, a Lei do Petróleo previu a solidariedade<sup>32</sup> no inciso II do art.38<sup>33</sup>, estabelecendo que, neste caso, cabe ao instrumento indicar a empresa líder do consórcio e a responsável pela condução das operações, no caso o Operador.

Antes de se adentrar no tema em questão, é preciso ter em mente que a estrutura da relação obrigacional possui duas vertentes, e engloba as **relações internas e externas**. A relação interna diz respeito à situação jurídica existente entre as partes que ocupam a mesma posição na estrutura obrigacional, que, na solidariedade passiva, é a relação dos devedores entre si, e na ativa, é o tipo de ligação existente entre todos os credores. Já a relação externa traduz o elo entre os dois polos diversos, e consiste nas relações havidas entre os dois polos constituídos pelos credores e devedores.

Ao instituir a solidariedade, a Lei do Petróleo tratou especificamente da denominada relação externa, ou seja, aquela existente entre a ANP e as Consorciadas, ao passo que a disciplina da relação interna ficou delegada à autonomia privada das partes. No direito brasileiro o JOA pode ser situado dentro da vertente interna da relação obrigacional existente entre as concessionárias e a ANP.

Nesse sentido, advindo a solidariedade de expressa disposição legal, os limites acordados no

JOA para fins de responsabilidade contratual de cada consorciado só pode ser oponível entre eles. Nesse sentido, é importante verificar à luz do direito brasileiro, algumas questões importantes contidas no modelo de JOA AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*) 2012.

### 2.1. Operador

O JOA é composto pelo binômio operador e não-operadores, sendo aquele o responsável pela condução das operações conjuntas<sup>34</sup> em benefício das demais partes. A escolha do operador é uma das primeiras preocupações quando do estabelecimento de parcerias. A decisão sobre qual das partes irá exercer tal função deve se basear principalmente na capacidade técnica e financeira, bem como na experiência e conhecimento necessário para o tipo de operação a ser conduzida. Além disso, fatores como uma boa reputação, caracterizada pela probidade, honestidade e diligência na condução das operações, bem como um bom relacionamento com a ANP são também pontos positivos na escolha do operador.

O operador não recebe qualquer contrapartida financeira pelo exercício de sua função e os valores despendidos com as operações são debitados da conta conjunta dos consorciados (fundo consórcio). Assim, o operador não suporta perdas nem obtém ganhos em razão de sua função<sup>35</sup>. Justamente por carregar o ônus do exercício de uma função em benefício das demais partes sem ganhar nada além da parcela do óleo produzido referente à sua participação é que faz com que uma das maiores preocupações da parte que será operadora seja com relação às responsabilidades que o JOA lhe imputa.

Neste passo, a parte operadora deve verificar se as disposições do JOA são ou não muito restritivas, pois a atribuição de uma série de deveres que não sejam aqueles estritamente necessários para uma eficiente condução das atividades pode tornar as operações mais difíceis do que o necessário.

Na revisão de 2012 do modelo da AIPN esse grau de exigência em relação ao operador foi aumentado, expandindo os deveres do operador para implementação de Programa de Trabalho e Orçamento - PTO<sup>36</sup>, Plano de Segurança, Saúde

e Meio Ambiente - SMS<sup>37</sup>, sendo exigida para ambos a aprovação pelo Comitê Operacional.

No modelo padrão de JOA AIPN 2012 é imputado ao Operador o dever de conduzir as operações conjuntas de uma maneira diligente, segura e eficiente de acordo com os bons e prudentes princípios de conservação de campo e as práticas normalmente seguidas pela indústria internacional de petróleo sob circunstâncias similares<sup>38</sup>. A redação disposta no JOA se alinha com a definição de Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, contida no Contrato de Concessão<sup>39</sup>. Assim, o padrão de conduta do Operador deve estar alinhado às Melhores Práticas, e com isso, a próxima questão que surge se relaciona com o aspecto da responsabilidade do operador à luz do direito brasileiro.

É preciso destacar que as questões aqui discutidas estão no âmbito da responsabilidade contratual estabelecida no JOA, ou seja, as discussões se referem à responsabilidade de um parceiro perante o outro e não em relação à ANP ou terceiros.

A atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos é uma atividade de risco, e parece não haver dúvidas que, em relação a terceiros, é aplicável a responsabilidade objetiva, enquadrada na hipótese do parágrafo único do art. 927 do *Codex*: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Com o intuito de não deixar desamparada a vítima, desenvolveram paulatinamente o novo sistema de responsabilização com base na teoria do risco, segundo a qual quem exerce determinadas atividades deve ser responsável também pelos seus riscos, independentemente de quaisquer considerações em torno do seu comportamento pessoal. **A esta nova espécie de responsabilidade, fundada no risco, convencionou-se chamar responsabilidade objetiva, porque desvinculada da valoração da conduta do sujeito**<sup>40</sup>.

Ocorre que o campo em que se situa a questão é o empresarial, pois se discute a relação entre as partes em uma *joint venture*. Como leciona

Paula Andrea Forgioni, com base na obra do Visconde de Cairu, para viabilizar a celeridade do fluxo de relações econômicas é preciso proteger a aparência, de modo a atender às necessidades daquilo que Cairu denomina “gyro mercantil” (adequada fluência de relações no mercado)<sup>41</sup>.

O negócio empresarial é, em regra, uno e seu regramento se consolida com a prática e os costumes dos agentes econômicos ao longo dos anos. Para interpretar o negócio deve o jurista se pautar em sua unidade, pois do contrário, corre-se o risco de subverter a boa-fé e a confiança, valores tão preciosos ao tráfico mercantil.

No plano do direito empresarial a autonomia privada e a liberdade de contratar seguem a lógica do mercado e, por isso, não estão apenas baseadas na vontade individual, mas conectadas à realidade econômica. O negócio jurídico empresarial, nascido da autonomia privada, apresenta-se como fonte criadora de relações jurídicas, cuja ótica deve estar atenta também à lógica do mercado. Não é à toa que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim posicionou-se:

RECURSO ESPECIAL. **DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXPANSÃO DE SHOPPING CENTER. REVISÃO DO CONTRATO. QUANTIFICAÇÃO DOS PRÊMIOS DE PRODUTIVIDADE CONSIDERANDO A SITUAÇÃO DOS FATORES DE CÁLCULO EM ÉPOCA DIVERSA DA PACTUADA. INADMISSIBILIDADE. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE (“PACTA SUNT SERVANDA”) E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS (“INTER ALIOS ACTA”). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS.**

[...]

**Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.**

Reconhecimento da contrariedade aos princípios da obrigatoriedade do contrato (art. 1056 do CC/16) e da relatividade dos efeitos dos pactos, especialmente relevantes no plano do Direito Empresarial, com a determinação de que o cálculo dos prêmios considere a realidade existente na data em que deveriam ser pagos.

Doutrina.

VIII - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO, RESTABELECENDO-SE O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO<sup>42</sup>.

Também no mesmo sentido, a Quarta Turma, em voto da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. FORMA DE PAGAMENTO.

1. A apuração de haveres - levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade - **se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito.** Precedentes.

2. No caso sob exame, o contrato social previu o pagamento dos haveres parcelados em 48 (quarenta e oito) prestações mensais e sucessivas, tendo o Tribunal estadual determinado o vencimento da primeira por ocasião do trânsito em julgado da decisão.

3. Em ação que versa sobre o inadimplemento dos haveres oriundos da retirada de sócio, a sociedade é constituída em mora com a citação válida, que passa então a ser considerada como termo inicial para o pagamento das parcelas, sendo certo que aquelas que venceram no curso do processo devem ser pagas de imediato, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto as remanescentes serão adimplidas consoante determinado no contrato social. (Precedentes)

4. Recurso especial parcialmente provido<sup>43</sup>.

Neste sentido, as disposições contidas no JOA sobre a responsabilidade contratual dos *co-ventures* estão conectadas com a realidade do setor de exploração e produção de petróleo e gás natural, ou seja, são sedimentadas com base na experiência dos agentes econômicos que atuam no setor.

Vale lembrar que o arranjo da parceria se dá com uma parte que assume o ônus da condução das operações em benefício das demais partes, sem receber quaisquer valores adicionais pelo exercício de sua função. De outra sorte, aqueles que não conduzem as operações despendem vultosas quantias e assumem o risco, no Brasil, de uma responsabilidade solidária que, como já visto, decorre de disposição expressa da Lei do Petróleo.

Deste modo, cabe agora analisar a questão da limitação da responsabilidade do operador perante os demais consorciados prevista no modelo de JOA da AIPN 2012:

#### *4.6 Limitation on Liability of Operator*

***4.6.A Except as set out in Article 4.6.D, if applicable, and Article 20.1.C, neither Operator nor any other Operator Indemnitee shall bear (except as a Party to the extent of its Participating Interest share) any damage, loss, cost, or liability resulting from performing (or failing to perform) the duties and functions of Operator, and the Operator Indemnitees are hereby released from liability to Non-Operators for any and all damages, losses, costs, and liabilities arising out of, incident to, or resulting from such performance or failure to perform, even though caused in whole or in part by a pre-existing defect, or the negligence (whether sole, joint or concurrent), gross negligence, willful misconduct, strict liability or other legal fault of Operator (or any other Operator Indemnitee).***

***4.6.B Except as set out in Article 4.6.D, if applicable, and Article 20.1.C, the Parties shall (in proportion to their Participating Interests) defend and indemnify Operator Indemnitees from any damages, losses, costs (including reasonable legal costs and attorneys' fees), and liabilities incident to claims, demands, or causes***

*of action brought by or for any person or entity, which claims, demands or causes of action **arise out of, are incident to or result from Joint Operations, even though caused in whole or in part by a pre-existing defect, or the negligence (whether sole, joint or concurrent), gross negligence, willful misconduct, strict liability or other legal fault of Operator (or any other Operator Indemnitee).***

*4.6.C Nothing in this Article 4.6 shall be deemed to relieve Operator from its obligation to perform its duties and functions under this Agreement, or from its Participating Interest share of any damage, loss, cost, or liability arising out of, incident to, or resulting from Joint Operations. (grifos nossos)*

Neste sentido, é possível verificar que no modelo da AIPN o parâmetro da responsabilidade assumida pelo operador é apenas pela parcela correspondente à sua participação indivisa no dano ou perdas resultantes da performance (ou falha de performance) de seus deveres e obrigações, seja ou não intencional a sua ação e/ou omissão.

Contudo, é preciso ressaltar a existência de disposição opcional prevista no modelo da AIPN, que prevê a responsabilidade exclusiva do operador nas hipóteses em que haja a comprovação de dolo e/ou culpa grave. De toda sorte, esta é uma disposição que comporta algumas peculiaridades, como se pode depreender do trecho abaixo:

*4.6.D Despite Article 4.6.A or 4.6.B, if any Senior Supervisory Personnel of Operator or its Affiliates engage in Gross Negligence / Willful Misconduct that proximately causes the Parties to incur damage, loss, cost, or liability for claims, demands or causes of action referred to in Article 4.6.A or 4.6.B, then, in addition to its Participating Interest share:*

*Alternative Provision, Choose one*

*Alternative #1 - No Limitation*

*Operator shall bear all such damages, losses, costs, and liabilities.*

*Alternative #2 - Joint Property Limitation*

*Operator shall bear only the actual damage, loss, cost, and liability to repair, replace and/or remove Joint Property so damaged or lost, if any.*

**Alternative #3 – Financial Limitation**

*Operator shall bear only the first [\_\_\_\_\_ U.S. dollars] of such damages, losses, costs, and liabilities.*

*Despite the foregoing, under no circumstances shall Operator (except as a Party to the extent of its Participating Interest) or any other Operator Indemnitee bear any Consequential Loss or Environmental Loss.*

De início é preciso observar que há três alternativas e que, portanto, as consequências para o operador variarão de acordo com a alternativa que restar acordada entre as partes, podendo o operador responder perante os demais sem qualquer limitação (alternativa n.º 1) ou com determinada limitação (alternativas n.º 2 e n.º 3).

Da inteligência da cláusula nota-se que a responsabilidade só será exclusivamente do operador nas hipóteses em que a conduta que venha a causar perdas ou danos às demais partes seja praticada pelo supervisor sênior do operador com dolo ou culpa grave.

Com isso, as partes empresárias, no exercício de sua autonomia privada, acordam uma modulação da responsabilidade do operador em relação ao previsto no art. 932 do Código Civil<sup>44</sup>. Ora, se o operador já assume os riscos da condução das operações, não seria justo ou mesmo economicamente viável que apenas ele assumisse os riscos em relação aos atos necessários à condução das operações.

Não há vedação legal para este tipo de cláusula e as restrições que a doutrina e jurisprudência têm sobre cláusulas limitativas de responsabilidade se referem a contratos bilaterais de serviços, em especial aqueles que estabelecem uma relação de consumo.

Tais restrições não são aplicáveis a contratos de natureza associativa, como é o caso do JOA, no âmbito do qual o Operador não é remunerado para correr um risco desproporcional aos que correm os demais consorciados. Neste diapasão, verifica-se que afixação de regras no JOA modulando a responsabilidade do operador é perfeitamente possível no direito brasileiro. Ressalva-se apenas que, em decorrência da

solidariedade, qualquer dos consorciados pode ser acionado a efetuar o pagamento por inteiro.

Com isso, poder-se-ia concluir que, embora perante terceiros não seja possível afastar a responsabilidade objetiva imposta pelo art. 932 do *Codex*, na relação entre as partes é possível afastar a responsabilidade objetiva e, com base no disposto no JOA, invocar a necessidade de que seja comprovada a responsabilidade subjetiva do empregador. Neste caso, sendo a conduta praticada pelo supervisor sênior do operador haverá hipótese de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, a depender do que as partes convencionarem como supervisor sênior.

## 2.2. Comitê Operacional

O relacionamento das partes do JOA é regido através de um comitê operacional no qual cada parte tem direito de voto correspondente ao percentual de sua participação indivisa no contrato de concessão. O funcionamento do comitê operacional é similar a qualquer tipo de conselho de gerenciamento, sendo um órgão deliberativo, composto de representantes de todas as partes, investido de poderes para supervisionar as atividades conjuntas<sup>45</sup>.

Sendo o comitê um órgão deliberativo, é importante que o JOA disponha sobre os procedimentos para votação. No modelo da AIPN, por exemplo, há duas alternativas disponíveis na cláusula 5.9. A mais comum é a que indica que todas as decisões do comitê devem ser pelo voto afirmativo de uma percentagem mínima estipulada pelas partes.

A cláusula 5.13 prevê que com certas exceções, todas as decisões tomadas pelo comitê são vinculantes a todas as partes, ressalvadas as hipóteses de operações exclusivas, quando nem todas as partes optam por participar de determinada operação dentro da área de concessão.

Destaca-se apenas que as operações exclusivas não se aplicam às atividades do Programa Exploratório Mínimo (PEM) previsto no Contrato de Concessão, isso ocorre, pois, ao assinar o JOA e o contrato de concessão, as partes assumem o compromisso de cumprir o PEM, não havendo a hipótese de não anuência para as atividades relativas ao cumprimento deste.

## 2.3. Programas de Trabalho e Orçamentos

As operações são geralmente conduzidas de acordo com um programa anual de trabalho. Embora nada impeça que as partes acordem outra periodicidade para os referidos programas, em razão da obrigatoriedade de envio à ANP, estes costumam ser anuais.

O contrato de concessão exige que até o dia 31 de outubro de cada ano o operador envie à ANP o Programa Anual de Trabalho e Orçamento<sup>46</sup>. Assim, é importante harmonizar a aprovação do programa de trabalho e orçamento pelo Comitê Operacional com a data de envio do referido documento para a ANP.

O principal objetivo do Programa de Trabalho e Orçamento é o controle dos gastos do operador pelos não operadores, embora possa o JOA propiciar um certo grau de liberdade para o operador, posto que em dados casos algumas situações operacionais podem demandar mais gastos do que o estimado<sup>47</sup>. Neste sentido, a cláusula 6.9 prevê que o operador pode exceder o gasto de cada item de um Plano de Trabalho e Orçamento aprovado em até 10%, com um limite 5% do total do Plano. Gastos além destes limites deverão ser submetidos à aprovação do Comitê.

Outro importante mecanismo disponibilizado no JOA é a Autorização para Despesas (*Authorization for Expenditure* – AFE). As AFEs são utilizadas para que o operador disponibilize aos não operadores informações sobre os gastos que estão contidos em um Plano de Trabalho e Orçamento já aprovado, ou para obter aprovação de despesas específicas que não tenham sido incluídas em um orçamento previamente aprovado.

## 2.4. Operações por Algumas das Partes<sup>48</sup>

Um dos princípios que regem o JOA é que as partes são responsáveis apenas pelos custos das operações em que concordam em participar, sendo, de outro turno, também capazes de conduzir as operações que desejam mesmo quando nem todas as partes anuam com a condução das operações.

Tal lógica levou a inclusão de um importante mecanismo no JOA, qual seja, a possibilidade de operações sem a participação de todas as partes.

O procedimento para condução de uma operação exclusiva está diretamente relacionado com o direito das partes de não anuir ou declinar da participação em operação que alcançou aprovação do Comitê Operacional. Se uma operação exclusiva está sendo conduzida, ao menos uma das partes não anuiu com a operação.

Uma operação que não conte com a participação de todas as partes no modelo AAPL é referida como *sole risk*, já no modelo AIPN é operação exclusiva. Apesar das diferentes terminologias, correspondem ao mesmo instituto. Neste sentido, leciona Marilda Rosado:

Tais operações também podem ser designadas *sole risk*, isto é, quando são levadas a cabo por conta e risco de um número de sócios inferior ao total do grupo. Naturalmente, as participações são recalculadas com relação à participação percentual para assunção das despesas específicas. As despesas são analisadas para que todas as partes permaneçam obrigadas em relação àquelas despesas que existiriam se não tivesse havido a operação não exclusiva (tamponamento e abandono de poço, por exemplo)<sup>49</sup>.

A operação exclusiva pode resultar de duas circunstâncias: a) o Comitê reprova uma operação proposta e uma parte opta por conduzi-la como operação exclusiva com as demais partes não anuindo com a operação; ou b) o Comitê aprova uma operação mas uma parte opta por não anuir e as demais partes, contudo, decidem prosseguir. Nota-se que operações exclusivas de um lado e não anuência de outro são lados opostos de uma mesma moeda, ou seja, se há um, haverá o outro.

Quando uma parte decide prosseguir como projeto específico ou a perfuração de um poço, as partes concordam em assumir uma significativa responsabilidade financeira para a condução da operação que poderá ou não resultar em uma descoberta comercial.

Como as partes continuam detendo a participação no bloco como um todo, o JOA deve balan-

cear os riscos e recompensa das partes, prevenindo mecanismos de incentivo ao desenvolvimento de atividades adicionais.

Com isso, se as partes decidem prosseguir com a perfuração de um poço, por exemplo, elas devem também receber maior recompensa por assumir tal risco do que as partes que porventura não tenham anuído. É necessário incluir opções que balanceiem os riscos e recompensas, de modo a conciliar os interesses das partes que assumiram as operações exclusivas com o das partes não anuentes.

No JOA da AIPN a parte não anuente perde a participação no poço. Contudo, em duas hipóteses, podem ter acesso, posteriormente, às operações exclusivas: quando as partes anuentes decidem avaliar uma descoberta conduzida sobre operação exclusiva ou quando as partes anuentes decidem desenvolver a descoberta feita ou avaliada durante a condução de operação exclusiva.

Para ter restabelecido o seu acesso, a parte não anuente deve pagar às partes anuentes a sua parcela nos custos de cada uma das operações exclusivas relativas a descoberta até que as partes anuentes sejam reembolsadas.

No JOA AIPN a parte não anuente opta por uma renúncia temporária ou permanente sobre as operações exclusivas. A racionalidade do procedimento é que a parte deve ter o direito de não participar em operações além das previstas no PEM, que é de fato a única obrigação que ela realmente conhece quando da assinatura do JOA. De outro modo, as partes anuentes que assumem o risco de uma operação exclusiva precisam ser compensadas do risco que assumiram e não deverão carregar gratuitamente as partes não anuentes.

## 2.5. Inadimplemento

Não se pode falar sobre inadimplemento sem antes identificar o vínculo obrigacional existente entre as partes. Como contrato associativo, o JOA tem por finalidade atingir um objetivo comum, qual seja, o sucesso do empreendimento e a conseqüente produção de hidrocarbonetos. Para isso, a lógica do instrumento contratual é de que “todas as partes têm direitos e obriga-

ções, mas não ‘para com a outra’ e sim ‘para com todas as outras’<sup>50</sup>”.

Hodiernamente, a dinâmica das relações obrigacionais impõe às partes deveres de conduta, especialmente construídos sob a ótica da funcionalização e da boa-fé a impor que o exercício seja dirigido à satisfação dos interesses de todas as partes. Tal lógica é ainda mais evidente nos contratos associativos, nos quais as prestações das partes convergem em um mesmo sentido objetivando a consecução de um empreendimento em comum<sup>51</sup>.

No JOA estão previstos os direitos e deveres de cada uma das partes, sendo obrigação de cada parte contribuir financeiramente, de acordo com o percentual de sua participação indivisa, para viabilizar a condução das operações, uma das obrigações mais importantes.

Neste passo, quando uma das partes deixa de pagar, quando devido, a sua respectiva parcela nas despesas do consórcio se dá a hipótese de inadimplemento (*default*) da obrigação contratual<sup>52</sup>. “A falta de suprimento de fundos necessários à condução das operações é o principal fato gerador do inadimplemento, quando o aperto financeiro impede o atendimento dos pedidos de fundos (*cash calls*)”<sup>53</sup>.

A parcela inadimplida por uma das partes além de prejudicar a própria operação prejudica também as próprias parceiras, pois, para que não haja maiores prejuízos às operações, as demais partes acabam por suportar a falta da inadimplente<sup>54</sup>. Não é à toa que muitas das horas de negociações são dedicadas à discussão das cláusulas que dispõem sobre as consequências do inadimplemento.

Em sua revisão de 2012, o comitê responsável pela elaboração do JOA AIPN teve uma especial atenção a esta questão. Embora a nova redação seja mais complexa, o que provavelmente exigirá maior atenção e horas de trabalho das partes nas negociações do JOA, a opção de apreensão de parcela da participação (*whitering option*) parece oferecer certas vantagens, pois como medida contra o inadimplemento é mais proporcional do que uma perda completa porque é medido em relação a extensão do prejuízo.

Portanto, acredita-se que no direito brasileiro a aplicação da opção de apreensão de parcela da participação, calculada de acordo com fórmula prevista no JOA, encontra aplicabilidade no direito brasileiro. Pois, diferentemente das hipóteses de transferência compulsória da participação, quando a medida pode se mostrar extremamente desproporcional, a caracterizar um enriquecimento sem causa das partes não inadimplentes, e, portanto, ser inaplicável, por contrariar expressamente o disposto no art. 884 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Neste sentido, a nova opção parece estar mais adequada, inclusive com a lógica dos contratos associativos, pois o espírito de cooperação pressupõe inclusive a possibilidade de buscar alternativas viáveis para superação dos obstáculos do exercício da empresa, possibilitando a continuidade do negócio, ao permitir que a parte inadimplente possa permanecer no restante do projeto.

### 3. Desafios das *Joint Ventures* no modelo de partilha

Antes de adentrar nas discussões específicas sobre o instrumento que irá regular o relacionamento entre as partes nos consórcios cujo objeto será a associação das partes para cumprimento do Contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, a saber, o Anexo XI da Minuta de Contrato de Partilha de Produção para exploração e produção de petróleo e gás natural intitulado de Regras do Consórcio, é preciso tecer algumas considerações preliminares quanto à natureza dos diferentes tipos de consórcios que poderão ser constituídos.

Como verificado, os contratos de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural poderão ser celebrados di-

retamente com a PETROBRÁS, dispensada a licitação, ou mediante licitação na modalidade leilão, sendo a PETROBRÁS a única operadora de todos os blocos e a PPSA a gestora desses contratos.

Neste cenário há duas possibilidades distintas para a exploração e produção no polígono do Pré-sal e áreas estratégicas, quais sejam: (i) a PETROBRÁS ser contratada isoladamente, seja porque foi contratada diretamente ou por ter sido vencedora isolada na licitação<sup>55</sup>, ou; (ii) a PETROBRÁS em conjunto com outras sociedades que porventura tenham se sagrado vencedoras em licitação<sup>56</sup>. Sendo que qualquer das duas possibilidades vai exigir a constituição de consórcio da(s) contratada(s) com a PPSA que, conforme a dicção do art. 21 da Lei n.º 12.351/2010, integra o consórcio para representar os interesses da União no contrato de partilha de produção<sup>57</sup>.

Embora o consórcio possa ser uma modalidade de *joint venture*, na qual as partes buscam reunir bens e, especialmente, capital técnico, para em conjuntamente auferir lucro por meio da atividade conjunta, é preciso ressaltar que, de modo distinto dos consórcios previstos na Lei do Petróleo, os consórcios regidos pela Lei n.º 12.351/2010 não poderiam ser considerados, *a priori*, uma *joint venture*.

Isso porque os consórcios formados no modelo de partilha têm necessariamente como uma das partes a PPSA, empresa pública que, conforme o art. 8º, § 2º da Lei n.º 12.351/2010, não assume os riscos e nem responde pelos custos e investimentos referentes às atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção decorrentes dos contratos de partilha de produção.

Uma *joint venture* pressupõe, em apertada síntese, a reunião de esforços e capital dos parceiros, com compartilhamento dos riscos e dos lucros. No caso dos consórcios sob o modelo de partilha, a PPSA além de não contribuir financeiramente, também não suporta os riscos do empreendimento.

Deste modo, pode-se afirmar que o consórcio formado exclusivamente pela PETROBRÁS

e a PPSA não pode ser considerado uma *joint venture*, na medida em que, será apenas a PETROBRÁS quem assumirá os riscos e responderá pelos custos e investimentos referentes às operações sob o contrato de partilha.

Já os consórcios constituídos entre o licitante vencedor, a PETROBRÁS e a PPSA comportará a peculiaridade de ser, em parte, uma *joint venture*. Talvez possa-se afirmar que seja uma *joint venture sui generis*, pois há *joint venture* entre as contratadas, porém não se pode confundir que o respectivo consórcio seja uma *joint venture*, pois se verifica que a relação estabelecida entre as contratadas, PETROBRÁS e licitante vencedora é uma *joint venture*, mas a relação entre a(s) contratada(s) e a PPSA não vem a configurar tal forma associativa.

Transcorridas estas primeiras observações, importante é verificar o relacionamento das consorciadas. Para isso serão analisadas algumas das disposições referentes ao consórcio contidas no anexo XI da Minuta de Contrato de Partilha de Produção para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, denominado Regras do Consórcio, que seria o equivalente ao *JOA*.

### 3.1. Comitê Operacional

Conforme disciplina o art. 22 da Lei n.º 12.351/2010, o Comitê Operacional é órgão deliberativo, incumbido da administração do consórcio, composto por representantes da PPSA e da(s) contratada(s).

Compete ao Comitê Operacional: (i) definir os planos de exploração; (ii) definir o plano de avaliação de descoberta, (iii) declarar a comercialidade da descoberta e definir o plano de desenvolvimento da produção do campo; (iv) definir os programas anuais de trabalho e de produção; (v) analisar e aprovar os orçamentos relativos às operações; (vi) supervisionar as operações e aprovar o balanço dos custos; (vii) definir os termos do acordo de individualização da produção a ser firmado com o titular da área adjacente; e (viii) supervisionar o cumprimento do contrato de partilha de produção, como por exemplo, garantir o cumprimento do compromisso de conteúdo local.

Além de indicar a metade dos integrantes do

comitê operacional, a lei também atribui à PPSA a prerrogativa de indicar o seu presidente, que terá poder de veto e a prerrogativa do exercício do voto de minerva<sup>58</sup>. As regras do consórcio estabelece que o Comitê será composto por um membro titular de cada consorciado, o qual pode ser substituído por um suplente.

Como órgão deliberativo, uma questão importante diz respeito ao direito de voto. Neste sentido, cabe verificar o disposto nas “Regras do Consórcio”<sup>59</sup>: A primeira observação que surge diz respeito ao grande peso do voto da PPSA na decisão. Embora a lei disponha que metade dos membros seja indicada pela PPSA, não parece, *a priori*, que o legislador também tenha querido atribuir tamanho peso ao voto da gestora.

O direito de voto constitui o meio de se chegar às decisões sobre condução das operações, inclusive na tomada de decisões sobre o compartilhamento dos custos e dos riscos. Sobre o direito de voto nas companhias, Nelson Eizirik leciona:

Do ponto de vista econômico, o poder de comandar atividades da companhia **deve ser exercido por aqueles que têm direito de receber os lucros do empreendimento, uma vez que tais pessoas, em princípio, utilizarão seu poder para monitorar o desempenho dos administradores no sentido de maximizarem a atividade lucrativa.**

[...]

**Na sociedade anônima, o voto do acionista é proporcional à sua participação no capital total da companhia, ou, caso seja negado no estatuto o direito de voto às ações preferenciais, à sua participação no capital votante**<sup>60</sup>. (grifos nossos)

Isso porque aquele que investe e conhece do negócio tem como ponderar melhor os riscos para tomar a melhor decisão. A PPSA é uma companhia recém-criada, cujo quadro técnico ainda sequer está completo. Atribuir tamanho peso ao seu voto, em desfavor ao voto de uma companhia como, por exemplo, a PETROBRÁS, que possui mais de 50 anos de atuação, não parece, em princípio, o mais interessante

para as operações.

Mesmo exigindo percentuais de deliberação elevados<sup>61</sup>, o que indica a necessidade de aprovação da(s) contratada(s), que votarão na proporção da participação de cada uma no consórcio, parece que a opção por diferentes percentuais pode dificultar a tomada de decisões.

Neste sentido, é preciso que a PPSA, no exercício de seu direito de voto e de veto, tenha a devida diligência para que não leve o consórcio a adotar condutas antieconômicas que, por ação ou omissão, comprometam significativamente a economicidade e a rentabilidade das operações para quaisquer dos consorciados.

### 3.2. Operador

No modelo de partilha de produção brasileiro, o operador, como já ressaltado, é necessariamente a PETROBRÁS, a qual deve, durante toda a vigência do contrato, deter uma participação mínima de 30% (trinta por cento).

Mais uma vez, a maior preocupação que se coloca se refere à limitação da responsabilidade do operador. A cláusula com a devida adequação à responsabilidade solidária exigida pela Lei do Petróleo se aproxima daquela do JOA da AIPN exposta na parte em que se tratou das *joint ventures* no modelo de concessão, *in verbis*:

Limite das Responsabilidades do Operador

Os integrantes do Consórcio, com exceção da Gestora, conforme o parágrafo 2.7 do Contrato, **respondem solidariamente por eventuais perdas e danos ocasionados na execução das Operações**, salvo quando o Operador, no seu nível gerencial (Gerente-Geral de Unidade Operacional ou Gerente-Executivo) proceder com comprovado dolo, direto ou eventual, ou culpa grave, hipóteses em que deverá arcar sozinho por todas as perdas, danos, custos, despesas e passivos resultantes. (grifos nossos)

A regra sobre reparação de perdas e danos causados pelas operações é a de que os consorciados são solidariamente responsáveis pelos danos

causados para a União, a ANP ou a terceiros. Como já exposto, esta solidariedade significa que aquele que sofreu prejuízo ou dano com a operação pode buscar ser indenizado por um, por alguns ou por todos os consorciados pelo valor integral do dano.

Essa indenização se situa no âmbito da responsabilidade extracontratual, no que se refere ao contrato de consórcio. Ocorre que na “Regras do Consórcio” não há previsão que disponha sobre o arranjo entre as partes para eventual ressarcimento daquela parte que, ocasionalmente, possa vir a responder sozinha, por uma obrigação que seria das consorciadas. Nesse sentido, o Instituto Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – IBP propôs uma alteração no referido dispositivo que, de acordo com as melhores práticas da indústria do petróleo, viabiliza um mecanismo prevendo a responsabilidade entre todos os consorciados, veja-se:

2.7 Os integrantes do Consórcio, com exceção da Gestora, conforme o parágrafo 2.7 do Contrato, respondem solidariamente por eventuais perdas e danos ocasionados na execução das Operações e, **entre si, respondem pelas suas respectivas participações, salvo quando se tratar de dano direto e** o Operador, no seu nível gerencial (Gerente Geral de Unidade Operacional ou Gerente Executivo) proceder com comprovado dolo, direto ou eventual, ou culpa grave, hipóteses em que **este** deverá arcar sozinho por todas as perdas, danos, custos, despesas e passivos resultantes. (grifos nas inserções sugeridas pelo IBP)

A *ratio* da sugestão do IBP é o estabelecimento de regra de rateio de responsabilidade entre os consorciados, a impor que, entre eles, cada um deverá contribuir para o ressarcimento do dano de acordo com a respectiva participação. Desta forma, se um terceiro cobrar todo o valor do dano apenas do operador, por exemplo, este poderá exigir dos consorciados não operadores os montantes referentes às suas respectivas participações.

### 3.3. Retirada

Qualquer das partes, desde que não esteja inadimplente, poderá, por sua conta, retirar-se do consórcio e, conseqüentemente, do contrato. A

única exceção é em relação ao Operador que, em relação à sua Participação Mínima Obrigatória, não pode exercer tal opção.

Se os demais contratados realizarem a opção de retirada, o Operador poderá realizar notificação de retirada inclusive em relação à participação mínima obrigatória, propondo ao Comitê Operacional a rescisão do Contrato de Partilha.

Para que seja aprovada a rescisão do contrato exige-se um percentual de decisão de 91% (noventa e um por cento). Nesta esteira, o voto da PPSA, que não arca com custos e nem riscos, é imprescindível, o que causa certa perplexidade, pois se a PPSA ficar suscetível a pressões políticas, por exemplo, ela pode impedir que a PETROBRÁS se retire do contrato, forçando a companhia estatal a permanecer no empreendimento.

### Considerações Finais

O presente estudo buscou analisar a dinâmica das *joint ventures* existentes no âmbito da indústria do petróleo, especialmente aquelas formadas no setor denominado *upstream*. Tal inclinação deu-se, principalmente, em virtude do marco regulatório estabelecido em 2010, a partir de quando passou a vigorar no Brasil um novo modelo de partilha de produção para o polígono do Pré-sal e áreas estratégicas, a coexistir com o modelo de concessão para as demais áreas.

O arranjo dos agentes econômicos para a consecução das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, com a formação das *joint ventures* na indústria do petróleo, é tema que mereceu reflexão, tendo em vista ampla utilização de mecanismos de cooperação como uma importante maneira para superação das dificuldades da atividade petrolífera. Os altos riscos e a necessidade de vultosos investimentos demonstram que a formação de *joint ventures* entre concorrentes, diferentemente do que se daria em outros setores econômicos, é a maneira mais vantajosa. Além do compartilhamento dos riscos e custos, os parceiros também se beneficiam mutuamente com a habilidade, conhecimento e experiência um do outro.

Embora possam assumir diferentes formas, a regra na indústria do petróleo costuma ser *ajoint*

*venture* contratual, instrumentalizada por meio de um acordo de operações conjuntas, o JOA (*Joint Operating Agreement*). A análise das disposições contidas em modelos padrões de JOA disponibilizados por entidades internacionais, especialmente a Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN, e a consequente aplicabilidade destas no direito brasileiro demonstraram-se como uma das mais importantes tarefas do presente trabalho.

O JOA costuma atribuir ao operador uma ampla autoridade para condução das operações, e a regra costuma ser de que este deve conduzir, gerenciar e ter total controle de todas as operações levadas a cabo sob a área concedida.

Os conflitos entre operadores e não operadores trouxeram à baila discussões sobre temas como a limitação da responsabilidade do operador, bem como questões relativas ao inadimplemento, que mereceram uma análise à luz do direito brasileiro.

De acordo com a Lei do Petróleo, todos os consorciados são solidariamente responsáveis pelos danos e prejuízos decorrentes das operações. Isso significa que a União, a ANP, a sociedade ou qualquer terceiro que sofra um prejuízo decorrente das operações poderá escolher cobrar o valor total do dano de um, algum ou de todos os consorciados. A regra da solidariedade estabelecida pela lei não pode ser afastada pelas partes, pois a *ratio* do legislador foi resguardar ao máximo o direito daqueles que porventura sofram danos decorrentes das operações.

Embora haja a solidariedade, a limitação da responsabilidade contratual interna, ou seja, no âmbito do consórcio, não encontra vedação legal. As restrições a cláusulas de limitação de responsabilidade encontram amparo na doutrina e jurisprudência quando aplicáveis a contratos bilaterais de serviços, em especial os de consumo. Todavia, a lógica da atividade empresarial é diferente e, portanto, tais restrições não são aplicáveis a contratos de natureza associativa, cuja disciplina pelo direito comercial é inegável e a disciplina jurídica aplicável deve estar atenta aos anseios pretendidos.

Neste sentido, é preciso observar a racionalidade econômica do contrato, especialmente se celebrado entre partes empresárias. No caso do JOA, esse requer sempre a ponderação no sentido de que o operador não é remunerado para correr um risco desproporcional ao dos demais consorciados. Ele não atua como um prestador de serviço, mas como representante e mandatário de todos os consorciados. O operador conduz as operações em benefício de todos, cumprindo as orientações do Comitê Operacional e sem receber qualquer remuneração por esta atuação.

A prática da indústria em todo o mundo é que os consorciados que se beneficiam da atuação do operador devem ratear com ele os eventuais danos decorrentes da sua atuação. Neste sentido, a previsão de cláusula contratual cujo escopo seja eximir a eventual responsabilidade contratual do operador, exigindo que a responsabilidade exclusiva deste por perdas e danos decorrentes da operação só ocorra em hipóteses de culpa grave ou dolo, mostra-se válida e aplicável no direito brasileiro. Tal ocorre porque a lógica a ser empreendida na interpretação é a lógica dos contratos empresariais.

Assim, sem qualquer prejuízo da solidariedade, a regra geral deverá ser a de que os consorciados deverão dividir entre si os prejuízos conforme as suas participações no consórcio e somente no caso de danos diretos decorrentes de dolo ou culpa grave do operador, este responderá integralmente pelos prejuízos.

No tocante ao inadimplemento das obrigações previstas no JOA, inicialmente identificou-se que a lógica do instrumento contratual é de que todas as partes têm direitos e obrigações, mas não para com uma outra parte e sim para com todas as outras partes, PE, portanto, o vínculo obrigacional correspondia à hipótese de contrato associativo, no qual as prestações das partes convergem objetivando a consecução de um empreendimento em comum. No caso vertente é o sucesso da fase exploratória, almejando a descoberta comercial e a consequente produção de hidrocarbonetos.

Neste passo, a parcela inadimplida por uma das partes, além de prejudicar a própria operação, prejudica também as próprias parceiras,

pois para que não haja maiores prejuízos às operações, as demais acabam por suportar a falta da inadimplente. As medidas previstas no JOA contra o inadimplemento foram analisadas à luz do direito brasileiro, no qual foi possível verificar que a especial atenção dada pelo comitê responsável pela elaboração do JOA AIPN 2012 logrou êxito em propiciar uma opção de medida, cuja aplicabilidade é mais consentânea aos sistemas da *Civil Law*.

Isso porque, a opção de apreensão de parcela da participação (*whitening option*) como medida contra o inadimplemento, em detrimento da aplicação da cláusula de confisco (*forfeiture*), observa o princípio da proporcionalidade, eis que é medida em relação à extensão do prejuízo causado.

Com isso, acredita-se que, diferentemente das hipóteses de transferência compulsória de toda a participação, quando a medida pode se mostrar extremamente desproporcional e restar caracterizado o enriquecimento sem causa das partes não inadimplentes, a aplicação da opção de apreensão de parcela da participação, calculada de acordo com fórmula prevista no JOA, encontra aplicabilidade no direito brasileiro.

Ademais, o trabalho dedicou-se à análise do modelo de partilha de produção instituído pela Lei nº 12.351/2010. Inicialmente, foi possível verificar uma postura de maior intervenção do Estado sobre a autonomia privada, na medida em que, além da criação de uma empresa pública - PPSA - para gerenciar os contratos de exploração de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos na região do Pré-sal, o diploma legal também estipulou que a PETROBRÁS será necessariamente o operador, devendo deter uma participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios estabelecidos para exploração e produção sob o regime de partilha.

Como verificado, o papel da PETROBRÁS no regime de partilha instituído é uma questão bastante sensível e passível de eventuais arguições de inconstitucionalidade. Não se critica a constitucionalidade da utilização do contrato de partilha pelo Estado brasileiro, mas sim o modelo como tal regime foi estabelecido, no qual são verificadas restrições à livre iniciativa e à con-

corrência.

As exigências legais impedem a formação de parcerias empresariais que não sejam integradas pela PETROBRÁS e a PPSA e, além disso, a lei ainda prevê a possibilidade de contratação direta da PETROBRÁS independentemente de licitação. A criação de preferências para empresas estatais, sujeitas ao regime jurídico de direito privado, enseja a violação aos princípios da isonomia e da liberdade de concorrência.

Outra perplexidade que o modelo traz é a possibilidade de uma dupla representação da União no âmbito do consórcio, na medida em que a PETROBRÁS já estaria representando a União, seu acionista controlador.

Por fim, importante também destacar questões relativas ao Comitê Operacional dos consórcios, pois além de indicar a metade dos integrantes do comitê operacional, a lei também atribui à PPSA a prerrogativa de indicar o seu presidente, que terá poder de veto e a prerrogativa do exercício do voto de minerva.

## Bibliografia

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). **Temas de direito civil-empresarial**, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Preocupações que norteariam o Judiciário. In: QUINTANS, Luiz Cezar (coord.). **Contratos de Petróleo: Concessão & Partilha: Propostas e leis para o Pré-sal**. Niterói: Benício Biz, 2011.

ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XX, 42, abr/jun1981.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais**. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

BITTAR, Carlos Alberto (coord.). **Novos Contratos Empresariais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

BRASIL. **Decreto Presidencial nº. 8.063, de 01 de agosto de 2013**. Cria a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. - PPSA, aprova o seu Estatuto Social, e dá outras providências. Diário Oficial

[da]União, Brasília, DF, 02 ago. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**, Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 05 out. 1988.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 6, de 15 de agosto de 1995**. Altera o inciso IX do art. 170, o art. 171 e o § 1º do art. 176 da Constituição Federal. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 9, de 15 de agosto de 1995**. Dá nova redação ao art. 177 da Constituição Federal, alterando e inserindo parágrafos. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 16 ago. 1995.

BRASIL. **Lei nº. 9.478/97, de 06 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 07 ago. 1997.

BRASIL. **Lei nº. 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. **Lei nº. 12.276/2010, de 30 de junho de 2010**. Autoriza a União a ceder onerosamente à Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS o exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata o inciso I do art. 177 da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da]União, Brasília, DF, 30 jun. 2010.

BRASIL. **Lei nº. 12.304/2010, de 02 de agosto de 2010**. Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA) e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 03 ago. 2010.

BRASIL. **Lei nº. 12.351/2010, de 22 de dezembro de 2010**. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 23 dez. 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **Direito constitucional e regulatório – ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DAVID, Olavo Bentes. *Fundamentos de geopolítica do petróleo para compreensão do direito petrolífero in Direito do Petróleo em Revista*, Vol. I, Natal: UFRN, 2003.

EIZIRIK, Nelson. **A lei das S/A Comentada, vol. I – Arts. 1º a 120**. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FARINA, Juan M., **Contratos comerciais modernos**, Buenos Aires, Astrea, 1999.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria geral dos contratos empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

PINTO JR., Helder Queiroz. **Mercado internacional do petróleo e os desafios do pré-sal in Mar de riqueza, terra de contrastes: o petróleo no Brasil**. Rio de Janeiro: Mauad X FAPERJ, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 2000.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (coord.). **Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Novos rumos do direito do petróleo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S.; ANDERSON, Owen L. *et alli*. **International Petroleum Transactions**, 3ª Ed., Westminster: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES; Maria Celina Bodin de. **Código civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Inadimplemento anterior ao termo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

## Referências

- Alterou a redação do § 2º do art. 25 da CRFB, admitindo concessão dos serviços locais de gás canalizado. Anteriormente, tal atividade econômica só poderia ser exercida por sociedade empresária estatal. Além disso, o dispositivo alterou a expressão “com exclusividade de distribuição” para constar a expressão “na forma da lei”, a qual será uma lei estadual.
- Neste sentido, para uma melhor compreensão dos desdobramentos decorrentes especialmente desta última, cabe verificar a diferenciação entre *atividades* e *bens*, ressaltando que no art. 177 da CRFB estão elencadas as **atividades que constituem monopólio da União**, ao passo que o art. 20 dispõe sobre os **bens que são de sua exclusiva propriedade** (terras devolutas, ilhas fluviais, mar territorial, terrenos de marinha, recursos minerais, recursos naturais da plataforma continental e da zona econômica exclusiva, sítios arqueológicos etc. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 292).
- PINTO JR., Helder Queiroz. *Mercado internacional do petróleo e os desafios do pré-sal in Mar de riqueza, terra de contrastes: o petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X FAPERJ, 2011, p. 79.
- A atual redação do artigo foi alterada pela Lei nº 12.351, de 2010, que passou a prever a possibilidade de contratação sob o regime de partilha de produção, *in verbis*: Art. 5º As atividades econômicas de que trata o art. 4º desta Lei serão reguladas e fiscalizadas pela União e poderão ser exercidas, mediante concessão, autorização ou contratação sob o regime de partilha de produção, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.
- No período compreendido entre os anos de 1999 e 2008, a ANP promoveu dez rodadas de licitações para a outorga de direitos de exploração e produção de áreas nas bacias sedimentares brasileiras.
- O termo Operador é a designação dada pela indústria à empresa líder do consórcio. Pela definição do contrato de concessão, o operador é o concessionário designado pelos demais parceiros para conduzir e executar todas as operações previstas no contrato de concessão.
- Para efeito de qualificação como operadora, a sociedade empresária interessada poderá ser enquadrada como: (i) **operadora “A”**, qualificada para operar em blocos situados em águas ultraprofundas, águas profundas, águas rasas e em terra; (ii) **operadora “B”**, qualificada para operar nos blocos situados em águas rasas e em terra, e; **operadora “C”**, qualificada para operar somente nos blocos situados em terra.
- Art. 38. *Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterá as seguintes exigências:*
  - I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas;**
  - II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas;**
  - III - apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio;**
  - IV - proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco;**
  - V - outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.**
- A oferta é composta de três diferentes elementos: (i) Bônus de Assinatura, correspondente ao montante ofertado para obtenção da concessão do Bloco objeto da oferta, não podendo ser inferior ao valor mínimo estabelecido no edital, e deverá ser pago pelo concorrente vencedor para a assinatura do Contrato de Concessão; (ii) Programa Exploratório Mínimo, expresso em Unidades de Trabalho (UTs), corresponde ao conjunto de atividades exploratórias a ser executado pelo concessionário na área de concessão, e; (iii) Compromisso de Conteúdo Local é o comprometimento de contratação de bens e serviços nacionais para a execução das atividades na área de concessão. O Edital estabelece percentuais mínimos e máximos de Conteúdo Local os quais serão computados para o julgamento da oferta.
- Art. 26. A concessão implica, para o concessionário, **a obrigação de explorar**, por sua conta e risco e, **em caso de êxito, produzir petróleo ou gás natural em determinado bloco, conferindo-lhe a propriedade desses bens, após extraídos**, com os encargos relativos ao pagamento dos tributos incidentes e das participações legais ou contratuais correspondentes. (grifos nossos)
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102.
- Cf. Minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural para a Décima Primeira Rodada de Licitações.
- Cf. Cláusula 23ª da Minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural para a Décima Primeira Rodada de Licitações.
- Art. 29. **É permitida a transferência do contrato de concessão**, preservando-se seu objeto e as condições contratuais, desde que o novo concessionário atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos pela ANP, conforme o previsto no art. 25.

Parágrafo único. **A transferência do contrato só poderá ocorrer mediante prévia e expressa autorização da ANP.** (grifos nossos)

15. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 350-351.

16. Comissão interministerial, composta pelos ministros Edison Lobão, Dilma Rousseff, Guido Mantega, Miguel Jorge e Paulo Bernardo e convocada pelo então Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, para apresentar proposta de adaptação da Lei do Petróleo ao novo cenário aberto com as descobertas do Pré-sal.

17. A descoberta dos reservatórios do Pré-sal mudou o patamar das reservas petrolíferas do País, baixando o risco exploratório em um momento em que o preço internacional do petróleo está relativamente alto, compensando os custos de exploração e produção em águas ultraprofundas e garantindo ótima rentabilidade. Disponível em <http://blog.planalto.gov.br/pre-sal-exposicao-de-motivos/trackback/>, acessado em 28.04.2012.

18. **Art. 2º** Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

I - partilha de produção: regime de exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos no qual o contratado exerce, por sua conta e risco, as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção e, em caso de descoberta comercial, adquire o direito à apropriação do custo em óleo, do volume da produção correspondente aos royalties devidos, bem como de parcela do excedente em óleo, na proporção, condições e prazos estabelecidos em contrato;

19. **Art. 2º** Para os fins desta Lei, são estabelecidas as seguintes definições:

*Omissis*

V - área estratégica: região de interesse para o desenvolvimento nacional, delimitada em ato do Poder Executivo, caracterizada pelo baixo risco exploratório e elevado potencial de produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos;

20. **Art. 2º**, VII da Lei n.º 12.351/2010.

21. **Art. 4º** A Petrobras será a operadora de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção, sendo-lhe assegurado, a este título, participação mínima no consórcio previsto no art. 20.

22. **Art. 2º**, VI da Lei n.º 12.351/2010.

23. **Art. 10.** Caberá ao Ministério de Minas e Energia, entre outras competências:

*omissis*

III - propor ao CNPE os seguintes parâmetros técnicos e econômicos dos contratos de partilha de produção:

*omissis*

c) a participação mínima da Petrobras no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30%

(trinta por cento);

24. **Art. 8º** A União, por intermédio do Ministério de Minas e Energia, celebrará os contratos de partilha de produção:

I - diretamente com a Petrobras, **dispensada a licitação**; ou

II - mediante licitação na modalidade leilão.

25. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito constitucional e regulatório – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 1433.

26. CRFB, **Art. 173**. *Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

*omissis*

**II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)**

27. Importante destacar que, no modelo de concessões, previsto na Lei do Petróleo (Lei n.º 9.478/1997), tal situação mostra-se bastante diferente, veja-se, *in verbis*: **Art. 61.** A Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei.

§ 1º As atividades econômicas referidas neste artigo serão desenvolvidas pela PETROBRÁS **em caráter de livre competição com outras empresas, em função das condições de mercado.** (grifos nossos)

28. ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Preocupações que norteariam o Judiciário *in Contratos de Petróleo: Concessão & Partilha: Propostas e leis para o Pré-sal*. Niterói: Benício Biz, 2011, p. 58.

29. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Mutações do direito internacional do petróleo *in Contratos de Petróleo: Concessão & Partilha: Propostas e leis para o Pré-sal*. Niterói: Benício Biz, 2011, p. 73.

30. **Acompanhamento pela Contratante**

**20.2 A Contratante, a qualquer tempo, poderá exercer o acompanhamento das Operações.**

**Acesso e Controle**

**20.2.1** A Contratante e a ANP terão livre acesso à Área do Contrato e às Operações em curso, aos equipamentos e instalações bem como a todos os registros, estudos e dados técnicos disponíveis.

**20.2.2** O Contratado deverá fornecer aos representantes da Contratante e da ANP transporte, alimentação e alojamento nas locações em igualdade de condições àqueles fornecidos ao seu próprio pessoal.

Disponível em [http://www.brasil-rounds.gov.br/round\\_p1/portugues\\_p1/edital.asp](http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/edital.asp), acessado em 29.07.2013.

31. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Consulta Pública e Audiência Pública n.º 20/2013*, sugestão apresentada pelo escritório MRA - Marilda Rosado Advogados, disponível em [http://www.brasil-rounds.gov.br/round\\_p1/portugues\\_p1/audiencia.asp](http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/audiencia.asp), acessado em 01.08.2013.

32. Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

33. Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigências: I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas;

34. Cf. Cláusula 1ª do Modelo de JOA AIPN 2012: **Joint Operations** means the **operations and activities within the scope of this Agreement** (or whose purpose at the time undertaken was within the scope of this Agreement) **conducted by Operator on behalf of all Parties**, including Exploration Operations, Appraisal Operations, Development Operations, Production Operations, and operations and activities for the purposes of Decommissioning. (grifos nossos)

35. Cf. *Modelo Padrão de JOA AIPN 2012: 4.2.B.5. Subject to Article 4.6 and the Accounting Procedure, neither gain a profit nor suffer a loss as a result of being the Operator, provided that Operator may rely upon Operating Committee approval of specific accounting practices not in conflict with the Accounting Procedure;*

36. Cf. *Modelo Padrão de JOA AIPN 2012: 4.2.B.6 Perform the duties for the Operating Committee set out in Article 5, and prepare and submit to the Operating Committee in a timely manner proposed Work Programs and Budgets (and if applicable AFEs), as provided in Article 6;*

37. Cf. *Modelo Padrão de JOA AIPN 2012: 4.2.B.15 Establish and implement under Article 6.6 an HSE Plan, which complies with the Contract, Laws relating to HSE, this Agreement, generally accepted practices of the international petroleum industry and decisions of the Operating Committee;*

38. **4.2.B In the conduct of Joint Operations Operator shall:**

*4.2.B.1 Perform Joint Operations in accordance with the Contract, the Laws, and this Agreement, and consistent with approved Work Programs and Budgets (and if applicable approved AFEs), and the decisions of the Operating Committee not in conflict with this Agreement;*

*4.2.B.2 Conduct Joint Operations in a diligent, safe, and efficient manner in accordance with good and prudent petroleum industry practices and field conservation principles generally followed by the international petroleum industry under similar circumstances; (grifos nossos)*

39. **1.3.28 Melhores Práticas da Indústria do Petróleo:** 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, visando principalmente à garantia de: (a) aplicação das melhores técnicas e procedimentos mundialmente vigentes nas atividades de Exploração e Produção; (b) conservação de recursos petrolíferos e gasíferos, o que implica a utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica, econômica e ambientalmente sustentável, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície; (c) segurança operacional, o que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança das Operações, contribuindo para a prevenção de incidentes; (d) preservação do meio ambiente e respeito às populações, o que determina a adoção de tecnologias e procedimentos associados à prevenção e à mitigação de danos ambientais, bem como ao controle e ao monitoramento ambiental das Operações de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/index.asp#>, acessado em 20.07.2013).

40. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES; Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 805.

41. Cf. FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233-234.

42. STJ, REsp 1158815/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012.

43. STJ, REsp 1239754/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15/05/2012, DJe 22/05/2012.

**44. Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:**

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

**III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele:**

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (grifos nossos)

**45. 5.2 Powers and Duties of Operating Committee**  
**The Operating Committee shall have the power and duty to authorize and supervise Joint Operations that are necessary or desirable to fulfill the Contract and properly explore and exploit the Contract Area under this Agreement, the Contract, the Laws, and generally accepted practices of the international petroleum industry under similar circumstances;** provided that Operating Committee may not compel any Party to exercise, make, or take, or prevent any Party from exercising, making, or taking, any right, decision, or action concerning any matter or proposal under this Agreement, which right, decision or action is reserved or delegated to a Party or the Parties. (grifos nossos)

46. **16.2** O Concessionário deverá apresentar à ANP, até o dia 31 (trinta e um) de outubro de cada ano, o Programa Anual de Trabalho e Orçamento, conforme a Legislação Aplicável, observado o disposto no parágrafo 32.1.

47. **6.9** Over-expenditures of Work Programs and Budgets

**6.9.A** For commitments and expenditures with respect to any line item of an approved Work Program and Budget, Operator shall be entitled to incur in connection with the corresponding Joint Operation without further approval of the Operating Committee a combined over-commitment and over-expenditure for such line item up to ten percent (10%) of the authorized amount for such line item; provided that the cumulative total of all over-commitments and over-expenditures for a Calendar Year shall not exceed five percent (5%) of the total annual Work Program and Budget in question.

48. A tradução literal do termo em inglês seria Operação por menos de todas as partes *de Operations By Fewer Than All Parties*. No presente estudo serão utilizados os termos Operações por Algumas das Partes ou Operações Exclusivas.

49. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 214.

50. Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191.

51. Por meio da boa-fé objetiva, tornou-se possível impor às partes deveres de conduta dirigidos à perfeita realização dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa. Trata-se de exigência do sistema, em face da concreta relação jurídica, sua função econômica e social. Sob essas luzes a relação obrigacional se afirma como ordem de cooperação. E é justamente a fim de enfatizar não apenas o direito de crédito – como se fora mecanismo de submissão do devedor ao credor –, mas também os direitos e deveres recíprocos, dirigidos à realização dos interesses das partes, que se passa a utilizar a expressão relação obrigacional, em vez de obrigação (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 38).

52. Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

53. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 215.

54. <sup>8</sup> Modelo Padrão JOA AIPN 2012: 8.3.A The Party providing the Default Notice under Article 8.1 shall include in the Default Notice to each non-defaulting Party a statement of:

**8.3.A.1** *The amount that the non-defaulting Party shall pay as its portion of the Amount in Default; and*

**8.3.A.2** *If the Defaulting Party has failed to obtain or maintain any Security required of such Party in order to maintain the Contract in full force and effect, the type and amount of the Security the non-defaulting Parties shall post or the funds they shall pay in order to allow Operator, or (if Operator is in default) the notifying Party, to post and maintain such Security.*

*Unless otherwise agreed, the non-defaulting Parties shall satisfy the obligations for which the Defaulting Party is in default in proportion to the ratio that each non-defaulting Party's Participating Interest bears to the Participating Interests of all non-defaulting Parties.*

55. Art. 19. A Petrobras, quando contratada diretamente ou no caso de ser vencedora isolada da licitação, deverá constituir consórcio com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º desta Lei, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

56. Art. 20. O licitante vencedor deverá constituir consórcio com a Petrobras e com a empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º desta Lei, na forma do disposto no art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

57. Art. 21. A empresa pública de que trata o § 1º do art. 8º integrará o consórcio como representante dos interesses da União no contrato de partilha de produção.

58. Lei n.º 12.351/2010, Art. 25. O presidente do comitê operacional terá poder de veto e voto de qualidade, conforme previsto no contrato de partilha de produção.

59. **Direito a Voto nas Reuniões e seu Peso nas Deliberações**

**1.16** Cada Consorciado terá direito a 1 (um) voto, exercido pelo seu representante, no Comitê Operacional.

**1.17** **O voto do representante da Gestora terá peso de 50% da decisão, sendo os 50% restantes dividido entre os demais membros presentes na reunião, na proporção da participação de cada sociedade empresária no Consórcio.**

**1.18** Se algum membro do Comitê Operacional presente na reunião optar pela abstenção na apreciação de determinada matéria, sua participação será dividida entre os demais membros presentes na reunião, na proporção da participação de cada sociedade empresária no Consórcio.

**1.19** **Perderá direito ao voto, nas reuniões do Comitê Operacional, o Consorciado que permanecer inadimplente após 5 (cinco) dias da notificação de inadimplência emitida pelo presidente do Comitê Operacional.**

**1.20** Enquanto durar a inadimplência, a participação do Consorciado inadimplente será dividida entre os membros adimplentes presentes na reunião, na proporção da participação de cada sociedade empresária no Consórcio. (grifos nossos)

60. EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A Comentada, vol. I – Arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 620-621.

61. A tabela contida na parte que trata das deliberações indica as matérias, correlacionando-a com os percentuais mínimos previstos no item 1.21 das “Regras do Consórcio”, que são de 91%, 82,5% e 32,5% (hipótese em que a gestora não tem direito a voto).