

A Reabertura do Setor de Petróleo e a Evolução dos Modelos Contratuais Adotados no *Upstream* Brasileiro

CARLOS EDUARDO MOTTA

Doutor em Ciências Navais, Advogado, Almirante, Engenheiro, Árbitro da Câmara Arbitral Marítima do Rio de Janeiro (CAMRJ).

RESUMO: O Estado comanda as atividades da indústria do petróleo e se relaciona com os agentes do segmento de Exploração e Produção (E&P) por meio de modelos contratuais que decorrem do regime jurídico-regulatório estabelecido. A evolução dos modelos contratuais é objeto de estudo do presente trabalho. Será examinada a evolução dos modelos contratuais adotados no *upstream* brasileiro visando-se contribuir ao aperfeiçoamento desse importante instrumento jurídico, que conecta os setores público e privado. Destaca a importância do setor energético, multiplicada após a descoberta das novas jazidas petrolíferas na camada do pré-sal, realçando a necessidade do aporte de elevado montante de recursos financeiros para a E&P. Aborda os regimes contratuais e a proteção ambiental. Analisa a evolução cronológica das formas contratuais alcançando os regimes contratuais hoje adotados no Brasil. Sopesa o impacto das questões histórico-ideológicas que fomentaram as alterações nas formas de contratação, influenciadas pelo comportamento internacional no setor energético. Aponta a influência das questões ideológicas e geopolíticas na formulação da política energética. Ao final, resume as características dos Contratos de Concessões e de Partilha de Produção e aviva os pontos de maior relevância estudados.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação do setor de exploração e produção de petróleo, contratos de concessões e partilha, outorga, Petrobras, Pré-sal.

ABSTRACT: The State controls the activities of the oil industry and relates to the agents of the Exploration and Production (E&P) segment through contractual models that derive from the established legal-regulatory regime. The evolution of contractual models is the object of study of this paper. The evolution of such models adopted in the Brazilian upstream will be reviewed, and improvements will be recommended to this important legal instrument, which connects the public and private sectors. It highlights the importance of the energy sector, multiplied by the discovery of the new oil deposits in the pre-salt layer, highlighting the need for a large amount of financial resources for E&P. It addresses contractual regimes and environmental protection. It analyzes the chronological evolution of the contractual forms, reaching the contractual regimes currently adopted in Brazil. It weighs the impact of the historical-ideological issues that fomented the changes in the forms of hiring, influenced by the international behavior in the energy sector. It points to the influence of ideological and geopolitical issues in the formulation of energy policy. At the end, it summarizes the characteristics of the Concession and Production Sharing Agreements and enlivens the most relevant points studied.

KEYWORDS: Regulation of exploration and production of petroleum, sectorial bottlenecks, regulatory alternatives, granting instruments. Petrobras, Pre-salt.

SUMÁRIO: *Introdução; 1 Importância do Setor Energético no País; 2 Evolução Cronológica das Formas Contratuais; 3 Regimes Contratuais no Brasil e a Proteção Ambiental; 4 Motivos Históricos para Alterações nos Regimes Contratuais; 5 Impacto das Questões Histórico-Ideológicas na Formatação dos Contratos; 6. A Influência das Questões Ideológicas e Geopolíticas na Formulação da Política Energética 7. Resumo das Características dos Modelos Contratuais; Conclusão; Referências.*

INTRODUÇÃO

*“A idade da pedra não terminou por falta de pedra e a era do petróleo acabará, mas não por falta de petróleo”.
Ahmed Yamani, ex-ministro de petróleo da Arábia Saudita”.*

O Estado comanda as atividades da indústria do petróleo e se relaciona com os agentes do segmento de Exploração e Produção (E&P) por meio de modelos contratuais que decorrem do regime jurídico-regulatório estabelecido. No Brasil, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) intermedeia esse papel, estimulando a reabertura do setor de petróleo e gás ao modernizar o marco regulatório para atrair os investimentos necessários ao crescimento do País.

As licitações promovidas pela ANP alçaram o Brasil à posição de 10º produtor mundial de petróleo. Em 2017, devido aos aprimoramentos regulatórios atraindo maiores investimentos, a produção chegou ao ápice, atingindo 2,6 milhões de barris por dia. Em paralelo, a indústria petrolífera voltou a crescer impulsionada que foi pela realização da 14ª Rodada de Blocos Exploratórios e das 2ª e 3ª Rodadas de Partilha, quando foram arrecadados cerca de R\$ 10 bilhões em bônus e gerada a expectativa de outros bilhões de reais em novos investimentos.

Em março de 2018, ocorreu a 15ª Rodada de Blocos de Concessão quando foram arrematados 22 dos 47 blocos marítimos leiloados, tendo a ANP arrecadado R\$ 8 bilhões em bônus. Esse valor poderia ter sido ainda maior não fora a decisão do TCU de retirar de oferta, na véspera do leilão, os dois blocos mais valiosos, cujo lance inicial importava em R\$ 3,55 bilhões. A 4ª Rodada de Partilha é prevista para o mês de junho de 2018, quando a ANP espera arrecadar novos e substanciais valores.

A grandeza dos números apontados, resultado da Lei 13.365/2016 que modificou o contrato de partilha e reduziu o papel da Petrobras na exploração do pré-sal, além de proporcionar ambiente seguro aos investidores, retrata a importância do marco regulatório para a atração de novos investimentos, os promotores de emprego, renda e desenvolvimento.

Cada campo de petróleo do pré-sal exige, até a entrada em operação, um investimento de US\$ 10 bilhões, segundo o presidente da Petrobras, Pedro Parente e, em face das dificuldades enfrentadas pela estatal, a nova lei tornou-se muito importante para a empresa e para o Brasil, pois apressará a exploração do pré-sal (ODDONE, 2018). A lei permitirá que a Petrobras, que reúne muitas informações sobre a camada, possa investir nos campos que ela considera os melhores.

Como se vê, estudar a evolução dos modelos contratuais adotados no *upstream* brasileiro proporcionará o entendimento dos principais fatores que concorreram para as modificações ao longo do tempo observadas e contribuirá para o entendimento

desse importante instrumento jurídico que, sob a influência de questões histórico-ideológicas, deverão acima de tudo refletir o melhor interesse da sociedade.

A E&P do pré-sal brasileiro há que ocorrer agora, não sendo prudente seu adiamento, pois poderá ser muito tarde. Há que se ter em mente que *“A idade da pedra não terminou por falta de pedra e a era do petróleo acabará, mas não por falta de petróleo”*.

1 A IMPORTÂNCIA DO SETOR ENERGÉTICO NO PAÍS

A expressão *upstream* pode ser literalmente entendida como "rio acima", indicando a fonte de um córrego ou rio, à qual se chega navegando-se com esforço contra a correnteza; e, na indústria do petróleo, diz respeito à fase de exploração, desenvolvimento e produção do óleo cru e gás natural. Portanto, engloba as atividades para se chegar à "fonte" dos hidrocarbonetos e as consequentes até à produção de petróleo e gás em escala comercial.

O crescente consumo mundial de hidrocarbonetos, a mais importante fonte de energia da civilização, empresta ao *upstream* papel de relevância. Importância que se justifica à vista da industrialização e desenvolvimento mundiais assentados nesse recurso mineral não renovável e finito, ameaçado pela extração predatória. De tal sorte, também cresce de importância o estudo para a compreensão das formas contratuais por meio das quais o Estado se associa ao capital privado com vistas à exploração, desenvolvimento e produção do petróleo e gás.

No caso brasileiro, as descobertas de hidrocarbonetos no pré-sal, com reservas estimadas da ordem de cinco a oito bilhões de barris, nos campos de Tupi e Iara, e de oito a doze bilhões de barris no campo de Libra, poderão atrair para o País, a depender muitas das vezes das formas de contratação, formidáveis capitais para investimentos nos novos campos petrolíferos. As reservas comprovadas brasileiras colocam o Brasil entre os dez países com maiores reservas de petróleo no mundo, acima inclusive do Catar e dos Estados Unidos.

Diante desse cenário e ante a escassez de recursos públicos para investimentos no segmento de E&P, é justa a expectativa no sentido de que os consórcios aportem tecnologia e capital para o setor petrolífero, hoje financiado em grande parte pelo BNDES. Nesse quadro, para atração do capital necessário, especialmente alienígena, cresce de importância a estabilidade do regime jurídico-regulatório de exploração e produção, ao qual se subsumem os modelos contratuais de outorga de direitos.

Assume, portanto, relevo e importância compreender-se a evolução dos modelos contratuais adotados no *upstream* brasileiro, como primeiro passo para aprimorá-los; e, em contrapartida, torná-los um instrumento capaz de concorrer para assegurar e atrair o fluxo de capitais privados requeridos para investimento na indústria do petróleo nacional. Exploração e Produção compõem a base da indústria do petróleo.

2 EVOLUÇÃO CRONOLÓGICA DAS FORMAS CONTRATUAIS

Ao se examinar a evolução cronológica dos instrumentos contratuais por meio dos quais o Estado comanda as atividades petrolíferas e se relaciona com os agentes da E&P, é preciso se atentar para a importância do regime jurídico-regulatório adotado para a exploração e produção de hidrocarbonetos, ao qual devem naturalmente se subsumir os modelos de outorga de direitos.

O regime jurídico-regulatório condiciona-se à estrutura político-econômica do Estado. De um modo geral, é o resultado do seu desenvolvimento histórico e geopolítico, do amadurecimento no campo político, do nível de integração à economia mundial e, sobretudo, da importância do petróleo na composição da sua matriz energética e para o seu desenvolvimento econômico-social.

A estrutura político-econômica sofreu significativas mudanças a partir da Constituição Federal de 1988 as quais se refletiram no processo de Exploração e Produção de Petróleo, com a flexibilização do monopólio estatal e abertura da exploração de petróleo e gás para as empresas privadas. Na mesma direção das mudanças, a descoberta das gigantescas reservas de hidrocarbonetos na camada do pré-sal, de risco exploratório mínimo, ensejou o aperfeiçoamento da estrutura regulatória, da qual derivou novo modelo de regime jurídico-regulatório, ajustado para atrair maiores investimentos para o setor.

Modernamente, são três os principais modelos de regimes jurídico-regulatórios adotados pelos países produtores de petróleo e gás:

- a) Concessões ou Licenças;
- b) Partilha de Produção; e
- c) Contrato de Serviços.

Os atuais modelos resultaram de variadas razões históricas e políticas, tendo chegado às formulações atuais a partir de uma base comum que se convencionou chamar de "Concessões Tradicionais".

- CONCESSÕES TRADICIONAIS

Até meados do século XX, em decorrência de um quadro geopolítico desfavorável aos países investidos e emergentes, vigoraram as Concessões Tradicionais. Caracterizavam-se principalmente por longos períodos de vigência, quase nenhum controle ou ingerência do país hospedeiro, grandes áreas reservadas à concessionária e, ainda, obrigações vagas e pouco significativas tanto para as empresas quanto para os investidores.

O leque de mudanças vindo com o pós-guerra alcançou a indústria do petróleo. A consciência do valor estratégico do produto, estimulado pelo nacionalismo renascido nos países produtores, deu surgimento a regimes jurídico-regulatórios mais severos. As primeiras mudanças contemplavam a destinação de parcela da produção ao abastecimento interno e ao pagamento de uma taxa de arrendamento mais expressiva e *royalties*. Nada se acordava, entretanto, quanto à capacitação de mão de obra local e a respeito da transferência de tecnologia. Por consequência, permanecia reduzido o grau de ingerência dos países produtores sobre as companhias petrolíferas.

- ACORDOS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO

As restrições desfavoráveis ao país hospedeiro contidas no bojo das concessões tradicionais serviram de impulso à adoção de novo modelo contratual. Por esse regime jurídico-regulatório, os hidrocarbonetos são de propriedade estatal.

Dessa feita, o Estado ou a sua empresa petrolífera se apresenta como sócio, enquanto a empresa investidora assume o ônus de todos os custos exploratórios. Em decorrência, eleva-se o grau e controle do país hospedeiro, à medida que passa a

compartilhar o gerenciamento das informações geológicas e geofísicas e absorver a tecnologia relativa à produção de hidrocarbonetos.

O objeto do contrato reside na execução de atividades de Exploração e Produção (E&P), nele se estabelecendo requisitos exploratórios mínimos a serem desenvolvidos pela empresa contratada e os parâmetros de atuação desejados pelo Estado. Encontrado o petróleo em condições comerciais, os custos exploratórios - *cost oil* - devem ser normalmente pagos à *Oil Company* (OC). Ademais, os investidores podem ser remunerados por parcela de dinheiro ou de óleo produzido - *profit oil*.

- LICENÇAS

As licenças se caracterizam pela rigidez da regulamentação ambiental, normas de segurança do trabalho e regras de abandono da plataforma. O país hospedeiro não atua como parceiro e a sua ingerência se situa ao nível da supervisão. É a modalidade empregada amiúde no *upstream* do Mar do Norte, especialmente pela Noruega.

- LEASES

É modelo adotado nos EUA, que incorpora as particularidades do regime petrolífero norte-americano e se assemelha às licenças norueguesas.

- CONTRATOS DE SERVIÇOS

As petroleiras ou empresa privada nacional são contratadas tão somente como prestadoras de serviços. Sua remuneração poderá ser feita em óleo, de acordo com as condições preestabelecidas. Há contratos de serviço com cláusulas de risco.

No Brasil, conhecidos como "contratos de riscos", os contratos de serviços foram adotados em 1975 e extintos pela Constituição Federal de 1988 (CF/88).

- CONCESSÕES MODERNAS

Os atuais instrumentos de concessão contêm cláusulas rígidas no tocante aos prazos e normas de devolução das áreas objeto da exploração e exploração. Às petroleiras são impostas obrigações expressas para que desenvolvam Programas de Trabalho e Planos de Desenvolvimento, ao se confirmar a descoberta do petróleo.

No que tange à retribuição financeira, contém cláusulas contratuais mais vantajosas ao país produtor. Diferentemente dos contratos de partilha de produção, a contrapartida estatal provém do pagamento de tributos e participações governamentais pelas petroleiras (em geral, *royalties*), e não do petróleo produzido.

Via de regra, nesse modelo, o Estado concede a uma ou mais petroleiras, nacionais ou estrangeiras, a exclusividade na E&P, por sua conta e risco, em determinada área. As petroleiras se tornam proprietárias da produção, dela dispondo livremente, submetidas às regras contratuais e à legislação do país hospedeiro.

Sob essa moderna forma de concessão, o Estado, por meio da sua Agência Reguladora, exerce um maior controle sobre as operações desenvolvidas pela petroleira ou consórcio contratado.

3 REGIMES CONTRATUAIS NO BRASIL E A PROTEÇÃO AMBIENTAL

O *upstream* brasileiro convive hoje com duas grandes formas de contratação: para as áreas sitas no pós-sal, a Lei n. 9.478/1997 (Lei do Petróleo) rege os contratos sob a forma das modernas concessões; e as Leis 12.351/2010 e 13.365/2016 (Leis do Pré-sal) regulam os contratos de partilha de produção, para as áreas localizadas na camada geológica do pré-sal.

Esses regimes serão melhores contextualizados ao estudarmos, no item subsequente, os motivos históricos para as alterações nas formas de contratação.

Dentre os diversos aspectos dos regimes contratuais, merece relevância a sua função econômico-social, indutora de negócios capazes de movimentar e impulsionar o desenvolvimento da sociedade brasileira. Por meio dos contratos se objetiva o desenvolvimento econômico e a partir deste o desenvolvimento social e a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual (SANTOS, 2014).

Os contratos existem em prol do desenvolvimento econômico-social e as gigantescas reservas de petróleo existentes no pré-sal, se conformadas sua E&P a adequados regimes contratuais, constituir-se-ão no instrumento capaz de motivar a circulação de riquezas e gerar renda, criando empregos e promovendo o bem estar e a paz social. De tal sorte, não obstante seu caráter eminentemente privado, decorrente do princípio da autonomia da vontade, o regime contratual é também um instrumento de convívio social e proteção de interesses coletivos.

No caso brasileiro¹, como leciona a Prof.^a Elaine Ribeiro, aplicam-se especialmente aos Contratos de Petróleo e Gás três princípios do Direito Contratual:

- Princípio da Autonomia da Vontade, ou seja, a possibilidade de se contratar ou não, escolhendo com quem se contratará ou qual o negócio jurídico será contratado.
- Princípio do Consensualismo, pelo qual, celebrado o contrato com base na manifestação da vontade da parte, os efeitos jurídicos contratuais serão gerados independentemente da forma pela qual a vontade se manifestou, a menos que a lei tenha estipulado forma específica para um determinado contrato.
- Princípio da Função Econômica e Social do Contrato, que se revela em diversos dispositivos legais, dentre eles o que condiciona o exercício da liberdade contratual, apta a criar direitos e deveres, à razão e limites da função social do contrato, o qual, por sua utilidade social, produtiva e econômica, justifica seja juridicamente protegido.

Para assinatura dos contratos, o relacionamento estatal com as empresas investidoras se faz normalmente por meio da sua Agência Reguladora, que regula, contrata e supervisiona as operações desenvolvidas, exercendo, por vezes, funções de arbitragem e mediação (COIMBRA, 2001). No caso brasileiro, a estrutura autônoma e independente da ANP, sujeita às vezes às pressões político-ideológicas, tem o condão de estimular a concorrência, permitindo à iniciativa privada, sob seu acompanhamento, prestar os serviços que antes eram da responsabilidade exclusiva do Estado.

Expectativas indevidas e pressões espúrias sobre a Agência Reguladora podem resultar em consequências indesejáveis, levando as empresas investidoras a outras regiões em detrimento do mercado do petróleo e gás brasileiros. Idealmente, deve

¹ A Professora Elaine Ribeiro leciona a disciplina de Contratos de Petróleo e Gás na Fundação Getúlio Vargas (FGV).

prevalecer a consensualidade no trato entre os setores público e privado na busca de soluções negociadas para as possíveis controvérsias. Na hipótese de não se chegar a um denominador comum deve se recorrer à cláusula compromissória incluída no instrumento contratual, levando-se as questões conflituosas à via arbitral.

Nesse contexto, avulta a importância da segurança jurídica, consubstanciada em um marco legal que reflita a contemporaneidade do mercado internacional do petróleo. O investidor, a par das análises técnicas e financeiras, tenderá a migrar para o país hospedeiro cujo arcabouço jurídico lhe ofereça condições contratuais de maior estabilidade.

Para concretizar a assinatura dos contratos, as empresas inclinadas a desenvolver atividades na área de E&P, à vista dos elevados riscos envolvidos em determinadas operações, muitas das vezes optam por modelos de atuação em conjunto. Assim, firmam os *Joint Bidding Agreements* - JOA para participar dos certames licitatórios. Assinado o contrato entre o Estado e o grupo empreiteiro pactuam um acordo para a gestão do consórcio, o *Joint Operating Agreement* - JOA, quando são indicados representantes de cada empresa participante para a formação de um colegiado gestor.

Sobre a proteção ambiental, nesse ponto do trabalho, quando abordamos as modernas formas de contratação no *upstream* brasileiro é oportuno se ressaltar que as boas práticas internacionais da indústria do petróleo contemplam a conservação dos recursos petrolíferos e gasíferos. Para tanto, há que se velar pela segurança operacional e prevenção de acidentes operacionais; adotar medidas preventivas para a proteção ambiental e métodos e processos que minimizem o impacto das operações no meio ambiente. Tais práticas devem restar consolidadas no JOA.

Na mesma direção da segurança ambiental, com assento na vivência profissional do autor em atividades na Marinha do Brasil, especialmente na Bacia de Campos, há outro ponto de extrema relevância a se mencionar: a segurança e o transporte marítimo sustentável. Os números aguardados são suficientes para expressar a grandeza da preocupação com acidentes ambientais: projeta-se que a produção de petróleo do Brasil irá triplicar, atingindo seis milhões de barris de petróleo ao dia em 2035 (CALDEIRA, 2014), o que certamente redundará no aumento do tráfego de embarcações petroleiras.

Segundo (OCTAVIANO, 2011), "*o conceito de transporte ambientalmente sustentável abrange o transporte que atende às necessidades de mobilidade de forma consistente com o uso de recursos renováveis sem causar risco à saúde pública ou ecossistemas.*" É necessário, pois, que o País esteja preparado para o atendimento desse conceito, adquirindo meios e capacitação para o exercício da adequada fiscalização sobre a crescente atividade marítima na Amazônia Azul brasileira.

4 MOTIVOS HISTÓRICOS PARA ALTERAÇÕES NOS REGIMES CONTRATUAIS

Os motivos históricos para alterações nas formas de contratação no *upstream* nacional conformaram-se às mudanças internacionais no setor do petróleo, guardando paralelo com a trajetória do monopólio da União na atividade econômica de exploração e produção de petróleo. O exame das reformas constitucionais e leis editadas a partir da Constituição de 1934, em harmonia com os acontecimentos internos e internacionais, ajudam a compreender as alterações ocorridas.

Não há como analisar a revisão da regulamentação para as áreas do pré-sal, sem focar o histórico das mudanças constitucionais no cenário petrolífero do Brasil (FONTES, 2017). Em 1934, separou-se a propriedade do solo e do subsolo e se

atribuiu à União a competência exclusiva para legislar sobre as riquezas do subsolo e a sua exploração. O aproveitamento industrial desses recursos far-se-ia por meio de autorização ou concessão federal, só conferidas a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil. Quatro anos depois, nacionalizou-se a indústria do refino e foi criado o Conselho Nacional do Petróleo (CNP), por meio do Decreto-Lei nº 538/38.

Em consonância com a Constituição de 1946, que autorizou a União intervir no domínio econômico e estatizar determinada indústria ou atividade, foi assinada, em 03 de outubro de 1953, a Lei nº 2004, que constituiu o monopólio do petróleo para a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; e o transporte marítimo de petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, e bem assim o transporte por meio de condutos, de petróleo bruto e seus derivados, assim como de gases raros de qualquer origem. A lei determinou o exercício do monopólio pelo Conselho Nacional de Petróleo (CNP), exercendo seu papel de órgão orientador e fiscalizador, por meio do Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), empresa criada na mesma ocasião.

Com a Constituição de 1967, o monopólio da atividade adquiriu *status* constitucional ao mencionar que a pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituíam monopólio da União. A exploração e o aproveitamento continuaram dependentes de autorização ou concessão federal, e de exercício exclusivo por brasileiros e sociedades organizadas no País.

Na década de 1970, o País foi duramente atingido pelos dois choques do petróleo. Em 1973, com o Primeiro Choque, a Petrobras, na busca da autossuficiência, priorizou a exploração e produção de petróleo; e, surgiram, em 1975, os contratos de riscos, a primeira flexibilização do *upstream* brasileiro. Entretanto, poucos desses contratos sobreviveram, pois, por variados motivos, não houve interesse nacional na continuidade do projeto. Com o Segundo Choque, em 1979, a Petrobras direcionou seu esforço de pesquisa e produção no rumo da plataforma continental brasileira.

Os contratos de riscos foram abolidos pela Constituição Federal de 1988, que manteve como bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Conservou a competência exclusiva da União para legislar, determinando que a pesquisa e a lavra somente pudessem ser feitas mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, e por brasileiros ou empresa brasileira de capital nacional.

A escassez de recursos públicos para investimentos em infraestrutura impeliu a maiores flexibilizações no monopólio estatal e, por decorrência, a adoção de novos mecanismos contratuais no *upstream*. Em 1995, foi promulgada a Emenda Constitucional (EC) nº 6, que permitiu o exercício da concessão por brasileiros ou empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

Em seguida, a EC nº 9/95 admitiu a possibilidade de a União contratar com empresas estatais ou privadas a realização de atividades concernentes ao *upstream*. Ao regulamentar a EC, a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo), revogou expressamente a Lei nº 2.004/53 até então vigente; criou o Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), encarregada de regular os contratos de concessão de petróleo com empresas estatais e privadas. A mesma lei criou o modelo de contrato de concessão para exploração de petróleo e gás.

Com essas alterações, passou-se de um sistema tradicional de monopólio à competição via contrato de concessão. Hoje, o Poder Público é representado pela ANP,

a agência encarregada da regulação da cadeia produtiva. A ANP é responsável pela elaboração dos editais para a realização dos leilões, oferecendo áreas de licitação para quaisquer empresas públicas ou privadas desejosas de participar dos leilões, desde que se habilitem no processo licitatório e provejam suas capacidades jurídica, técnica e financeira.

Prosseguindo com os motivos históricos que ensejaram alterações nas formas de contratação do *upstream*, a descoberta de novas jazidas petrolíferas na camada do pré-sal, de baixo risco exploratório, provocou a ruptura na concepção legislativa antes estabelecida para o *upstream* das camadas geológicas pós-sal. Essa zona se estende por cerca de 800 quilômetros, entre os Estados do Espírito Santo e Santa Catarina, compreendendo três bacias sedimentares: Espírito Santo, Campos e Santos.

A descoberta fez surgir um novo regime contratual - os contratos de partilha de produção para as áreas estritamente localizadas na camada do pré-sal, conforme os termos da Lei 12.351/2010. Por oportuno, merece ser ressaltado que esse novo modelo de exploração não encontra abrigo ao lado das concessões e autorizações, conforme a previsão contida no § 1º do art. 176 da CF/88. Corroborando com essa assertiva, (QUINTANS, 2010) aduz que a *"atividade econômica monopolizada não autoriza contratar sem o devido processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes"*.

O marco regulatório trazido com a Lei 12.351/2010, alvo de controle de constitucionalidade, foi alterado pela Lei 13.365/2016, para facultar à Petrobras o direito de preferência para atuar como operador e possuir participação mínima de 30% (trinta por cento) nos consórcios formados para exploração de blocos licitados no regime de partilha de produção. À vista do disposto no Art. 173 § 2º da Constituição Federal essa faculdade, indisponível às demais empresas, pode ser constitucionalmente questionada, pois fere a livre concorrência.

De tal sorte, o *upstream* brasileiro convive hoje com duas grandes formas de contratação: os contratos de concessões e os contratos de partilha de produção.

5 IMPACTO DAS QUESTÕES HISTÓRICO-IDEOLÓGICAS NA FORMATAÇÃO DOS CONTRATOS

A formulação de uma política deve vir acompanhada dos objetivos a serem alcançados para a sua consecução e deve subsumir-se ao interesse da sociedade. O tecido social tem relevo no ajuste das políticas energéticas. É o meio para refletir e atender às justas aspirações sociais. Via de consequência, é natural a influência das questões ideológicas e da visão geopolítica na formatação dessa política.

As questões ideológicas e visão geopolítica afetam a determinação do papel e tamanho ótimo do Estado, regulando seu grau de intervenção na economia. Tais convicções terminam por reger o relacionamento entre os países hospedeiros e as empresas investidoras, biselando as relações contratuais entre o Estado e as companhias petrolíferas.

As mudanças nos modelos contratuais, fonte originária das obrigações e direitos pactuados entre o Poder Público e os Agentes Privados, além de ajustar-se aos reclamos sociais, precisam conformar-se à realidade geopolítica mundial. Na reflexão de uma perspectiva geopolítica das formas de exploração petrolífera, além da clássica relevância da participação dos Estados nas relações entre poder e espaço geográfico, é preciso sopesar o papel representado pelas grandes companhias petrolíferas na disputa pelo controle desse recurso estratégico.

Além dos motivos históricos e fatores ideológicos que influenciam a definição de uma perspectiva geopolítica das formas de exploração petrolífera, é preciso se ter em conta duas importantes realidades físicas que se consolidaram nas últimas décadas no mercado internacional de energia: a redução do petróleo na matriz energética dos grandes países importadores e o aumento da sua produção em regiões fora da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP).

No caso brasileiro, os motivos histórico-ideológicos, desde os anos 30, sempre na esteira do comportamento internacional do setor energético, terminaram por se refletir nas formas de contratação e exploração petrolíferas. Basta o exame das reformas constitucionais e leis editadas a partir da Constituição de 1934 até o presente, para se constatar a sintonia das formas contratuais no setor de E&P com a realidade geopolítica.

De tal modo, ante a carência de recursos públicos para investimentos e fruto da importância de fatores histórico-ideológicos e da realidade geopolítica do mercado internacional, a concepção estratégica do Estado brasileiro para a exploração petrolífera assumiu as duas grandes formas hoje existentes: os contratos de concessões da Lei do Petróleo e os contratos de partilha de produção regidos pelas Leis do Pré-Sal.

6 A INFLUÊNCIA DAS QUESTÕES IDEOLÓGICAS E GEOPOLÍTICAS NA FORMULAÇÃO DA POLÍTICA ENERGÉTICA

Como se viu, as questões ideológicas e geopolíticas incidem no estabelecimento da política energética dos países produtores de petróleo. Os contratos de exploração são formatados de modo a que sejam alcançados os objetivos colimados nessa política, conformados ao regime jurídico-regulatório, várias vezes estimulados pelo nacionalismo renascido nos países produtores.

Por sua vez, o regime jurídico-regulatório, que se condiciona à estrutura político-econômica do Estado, vai conformar diretamente o objeto e teor das cláusulas contratuais. Elas definirão, dentre outros, os seguintes pontos:

- A área geográfica na qual serão realizadas as atividades de exploração e produção.
- O tipo de instrumento, licenças ou contratos, e a propriedade dos hidrocarbonetos, se estatal ou da petrolífera.
- Os requisitos exploratórios mínimos a serem desenvolvidos pela empresa contratada e os parâmetros de atuação desejados pelo Estado.
- A extensão do controle ou ingerência do país hospedeiro sobre as companhias petrolíferas, normalmente com a participação das suas companhias nacionais.
- As obrigações e direitos do Estado, empresa e investidores, apontando os custos e riscos associados às operações.
- A exigência para que sejam apresentados Programas de Trabalho e Planos de Desenvolvimento após a descoberta do petróleo.
- O compartilhamento e gerenciamento das informações geológicas e geofísicas, a absorção de tecnologia, capacitação e emprego da mão de obra local.
- A forma de remuneração (dinheiro ou óleo produzido) dos custos

exploratórios, lucros e retribuição compensatória ao país hospedeiro (tributos e/ou participações governamentais).

- Os prazos e normas de devolução das áreas objeto da pesquisa e exploração.

O impacto das questões ideológicas e geopolíticas na formatação dessas cláusulas contratuais, sob o manto da legislação do país hospedeiro, precisa, no entanto, ajustar-se aos desafios modernamente apresentados pela indústria internacional do petróleo, como condição para atrair a participação das grandes empresas para as atividades de E&P, particularmente no quadro atual de procura estabilizada e oferta excedente de petróleo no mercado mundial.

7 RESUMO DAS CARACTERÍSTICAS DOS MODELOS CONTRATUAIS

No Brasil, o *upstream* convive hoje com duas grandes formas de contratação: os contratos de concessões e os contratos de partilha de produção. Serão resumidas, na sequência, as principais características desses modelos contratuais.

Contratos de Concessões

- O País, por meio da ANP, regula e fiscaliza as atividades de E&P.
- O detentor da concessão tem direitos exclusivos sobre a área concessionária durante o prazo contratual. Pagará ao Brasil as obrigações e os impostos.
- Os hidrocarbonetos extraídos são de propriedade da concessionária, que pode deles dispor, à luz das regras contratuais e da legislação aplicável.
- O País não corre o risco exploratório ou comercial advindo da venda do petróleo.
- O País é remunerado por meio de *royalties* sobre a produção, participações especiais sobre lucros, aluguel da área, pagamentos de bônus, tributos e impostos pela concessionária.
- As instalações, de propriedade da concessionária, ao final do contrato, são revertidas para a União.

Contratos de Partilha da Produção

- O País, por meio da ANP, além de regular e fiscalizar, atua diretamente nas atividades de E&P, por meio da Petrobras, que poderá ser operadora ou não.
- O potencial da reserva constitui-se no único critério para atração do investimento. O Estado arrecada sem risco de investimento.
- A propriedade das reservas é brasileira, que concede às companhias o direito de realizarem as atividades de E&P de acordo com as cláusulas contratuais pactuadas.
- Os custos de exploração e produção são financiados pela iniciativa privada.
- Os custos incorridos pela companhia na exploração são recuperados pelo resultado da venda do petróleo produzido.
- O País não sofre o risco exploratório. Todavia, arca com o risco comercial, uma vez que se apropria de sua parcela da produção (*profit oil*).
- O País recebe a título de remuneração, após a recuperação dos custos, parcela da produção de petróleo, o chamado “petróleo-lucro” (*profit oil*), compartilhado com a contratada.
- A contratada paga bônus de assinatura e contribuições sociais que não são reembolsadas.

- A propriedade dos equipamentos e das instalações é transferida ao Brasil ao final do contrato ou progressivamente.

CONCLUSÃO

O presente estudo confirmou a importância dos hidrocarbonetos para o setor energético do País. Acompanhou a evolução cronológica e os motivos históricos que concorreram para as alterações nas formas de contratação, em um processo que teve início ainda nos anos 30. O processo evolutivo, orientado por uma visão geopolítica, culminou no estabelecimento de uma legislação jurídico-regulatória e na adoção de duas grandes modalidades contratuais no *upstream* brasileiro: os contratos de concessões e os contratos de partilha de produção.

Destacou a importância da contribuição histórica e ideológica na definição de uma perspectiva geopolítica das formas de exploração petrolífera que, todavia, devem encontrar seu limite na realidade do mercado internacional de energia. O Poder Legislativo ao editar as normas do quadro jurídico-regulatório não pode descurar das variáveis alienígenas, levando em conta que no ramo petrolífero a cooperação estratégica entre seus *players* é fundamental e que nenhum país, isoladamente, alcançará os benefícios econômicos da produção em escala.

Os contratos de concessões e os contratos de partilha de produção, subsumidos ao regime jurídico-regulatório, constituem os dois instrumentos legais de conexão entre a União e as empresas privadas ou estatais para as atividades de E&P, em especial das jazidas localizadas no mar territorial e na zona econômica exclusiva. A Lei do Petróleo e as Leis do Pré-sal conformam o arcabouço infraconstitucional em que se abrigam as duas modalidades contratuais ora existentes.

Ante a escassez de recursos públicos para investimentos no segmento de E&P, ficou evidenciada a necessidade de que os consórcios, além de tecnologia, aportem capitais elevados para o setor petrolífero, para viabilizá-lo na escala requerida para o desenvolvimento nacional. Enquanto um regime jurídico-regulatório estável é condição *sine qua non* para atrair o capital privado, sobretudo o alienígena, incertezas e desestabilização servem para mantê-lo distante.

Embora os modelos atuais não sinalizem para a necessidade de alterações na sua forma, há preocupações no que tange à sua condução, em face dos poderes exorbitantes da Administração Pública, característicos dos contratos administrativos. A todo custo, deve ser evitada a prática de atos de natureza política ou para obtenção de benefícios econômicos, o que carregaria descrédito e o afastamento da iniciativa privada.

O diálogo e o consenso devem nortear a gestão desses complexos contratos, adotando o Poder Público como norte, sempre que possível, alcançar soluções negociadas de interesse para o País. A intervenção estatal somente se justifica caso não seja alcançada uma solução concertada e não poderá servir de pretexto para burlar o princípio licitatório ou modificar a essência do objeto contratual. A atuação estatal dentro dessa moldura de respeito aos contratos estará concorrendo para assegurar a desejável e imprescindível segurança jurídica.

As descobertas das jazidas no pré-sal dão ao País uma oportunidade ímpar para assegurar, soberanamente, seu desenvolvimento econômico-social, com a indústria petrolífera integrada à economia global e a participação de agentes privados, tanto nacionais quanto internacionais, nas atividades de E&P. Para se chegar a esse

desideratum, a formatação dos contratos de exploração petrolífera propostos aos investidores poderá exercer relevante papel de atratividade.

Por derradeiro, são sugeridas duas medidas para o aperfeiçoamento das operações no *upstream* brasileiro:

(a) Inconstitucionalidade da Lei do Pré-sal - o texto legisla além da redação constitucional do art. 176, apresentando uma inconstitucionalidade material. Em decorrência, é conveniente que se harmonize às Leis do pré-sal com os parâmetros da Lei Maior; e

(b) Segurança e Transporte Marítimo Sustentável - à vista do aumento exponencial do tráfego marítimo como consequência das atividades de E&P na plataforma continental, o País deve se preparar e capacitar-se para assegurar que o transporte marítimo se realize de forma consistente com o uso de recursos renováveis, sem causar risco à saúde pública ou ecossistemas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. Legislação. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/?id=478>. Acesso em: 05 de maio. 2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O contrato de concessão de exploração de petróleo e gás. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 411-438, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43875>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 de maio. 2018

_____. Lei n. 9.478, 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm. Acesso em: 5 de maio. 2018.

_____. Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm. Acesso em: 5 de maio. 2018.

_____. Lei n. 13.365 de 29 de novembro de 2016. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm. Acesso em: 5 de maio. 2018.

BARRIONUEVO, Alexei. Brasil assume maior controle dos campos de petróleo com riscos de longo prazo. Disponível em:

<<https://noticias.uol.com.br/midiaglobal/nytimes/2009/08/18/ult574u9601.jhtm>>
Acesso em: 5 de maio.2018.

BUCHÉB, José Alberto. Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil, 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10187>>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

CALDEIRA, João Paulo. As expectativas para a produção de petróleo no Brasil, 2014. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/as-expectativas-para-a-producao-de-petroleo-no-brasil>. Acesso em: 6 de maio. 2018.

CAMPOS, Adriana Fiorotti. Transformações recentes no setor petrolífero brasileiro. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/4386>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

COIMBRA, Márcio Chalegre. O Direito Regulatório Brasileiro, 2001. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2076/o-direito-regulatorio-brasileiro>>. Acesso em: 6 de maio. 2018.

Estudos de alternativas regulatórias, institucionais e financeiras para a exploração e produção de petróleo e gás natural e para o desenvolvimento industrial da cadeia produtiva de petróleo e gás natural no Brasil. Relatório consolidado. São Paulo: Bain&Company: Tozzini Freire Advogados, 2009. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/7681>>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

FONTES, Grazielly dos Anjos. Direito do Petróleo: o regime jurídico aplicado a exploração do Pré-Sal. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LUGON, Cecília Viana. A natureza jurídica da concessão petrolífera. Disponível em <http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0643_05.pdf>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

MEDEIROS, Ana Ferreira; LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Responsabilidade civil e direito de vizinhança na indústria do petróleo e gás natural. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9407&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

MEZZOMO, Marcelo Colombelli; VALENTE, Riano Freire. Os Direitos de Vizinhança em Foco. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7672-7671-1-PB.htm>>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

OCTAVIANO, Eliane. Pré-sal, segurança marítima e desenvolvimento sustentável, 2011. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9039>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

ODDONE, Décio. A reabertura do setor de petróleo, 2018. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,a-reabertura-do-setor-de-petroleo,70002235753>>. Acesso em: 6 de maio. 2018.

PRATES, Jean-Paul. O direito do petróleo no Brasil do pré-sal. Brasília, 8 out. 2008. Palestra proferida na Comissão de Ciência e Tecnologia do Senado Federal. Disponível em < https://www.senado.gov.br/comissoes/cct/ap/AP20081008_Pr%C3%A9-Sal-Jean-PaulPrates-Secret%C3%A1rioRN.pdf>. Acesso em 5 maio. 2018.

QUINTANS, Luiz Cezar P. Os desafios jurídicos no "upstream" e o atual modelo contratual de exploração e produção de petróleo e gás, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14704/os-desafios-juridicos-no-upstream-e-o-atual-modelo-contratual-de-exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas>>. Acesso em: 5 de maio. 2018.

SANTOS, José CarlosVan Cleef de Almeida; CASCALDI, Luís de Carvalho. Manual de Direito Civil. 2ed São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Rejane Porcino. A compatibilidade jurídica da lei do pré-sal (12.351/2010) e o atual ordenamento jurídico. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.36561&seo=1>>. Acesso em: 5 maio. 2018.