



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Alberto Lopes da Rosa

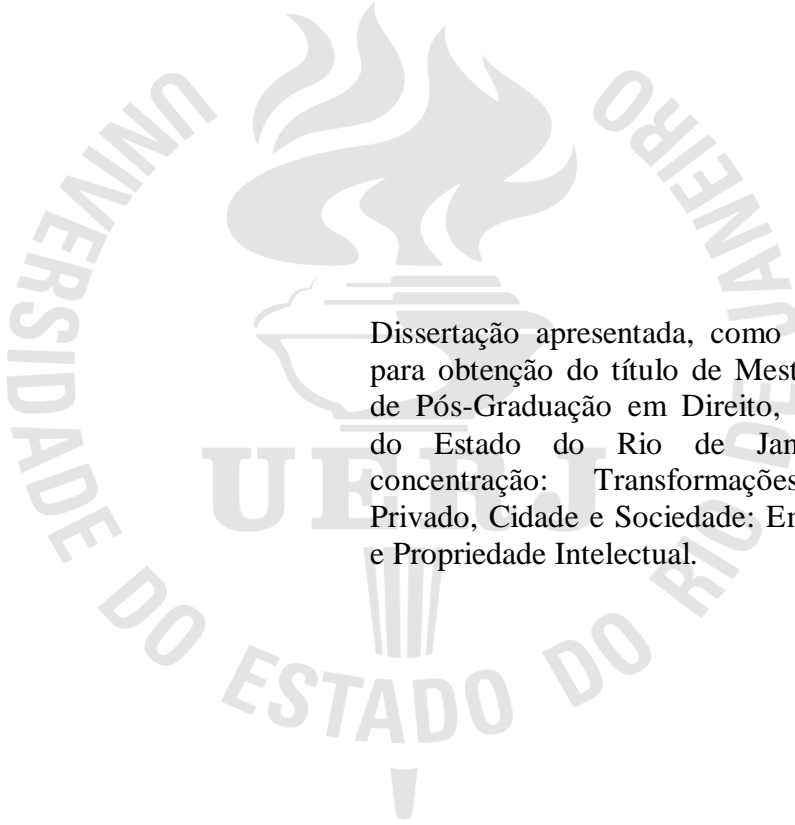
***As joint ventures* na indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a
intervenção do Estado na autonomia privada**

Rio de Janeiro

2013

Alberto Lopes da Rosa

***As joint ventures* na indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade: Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

R788j Rosa, Alberto Lopes da.

As joint ventures na indústria do petróleo : um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada / Alberto Lopes da Rosa. – 2013.

166 f.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito comercial - Teses. 2. Joint ventures – Teses. 3. Petróleo – Teses. 4. Estado – Teses. I. Alves, Alexandre Ferreira de Assumpção. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Alberto Lopes da Rosa

***As joint ventures* na indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Transformações do Direito Privado, Cidade e Sociedade: Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual.

Aprovada em 27 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Marilda Rosado de Sá Ribeiro

Faculdade de Direito - UERJ

Prof.^a Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Às minhas mães, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Quando chegamos à fase final de uma das etapas da vida mais importante que olhar adiante é saber também olhar para trás. Virar e ver todos aqueles que contribuíram para a transposição de mais uma etapa, sabendo reconhecer que sem essas pessoas jamais seria possível chegar onde se está.

Sempre me faltam palavras para agradecer ao casal mais incrível que conheço: meu pai e minha mãe. Sônia Regina e Alberto a caminhada até aqui foi árdua, mas sem o apoio de vocês na verdade ela seria impossível. Apesar dos 170 km de distância vocês estão sempre presentes, pois o amor de vocês me acompanha aonde quer que eu vá. Obrigado pelos ensinamentos, carinho e todo o amor.

Jailcinéa Lopes da Rosa, tia-mãe, amiga de todas as horas, quando eu estava no meio desta estrada chamada mestrado “Papai do Céu” Ihe chamou para perto dele, sábio homem, cultivou neste plano a rosa mais linda a encantar a tudo e todos. Tia-mãe, na minha memória a saudade é eterna e perdurará por todos os dias de minha vida. Obrigado simplesmente por ter sido quem foi e por permanecer viva em meu coração.

Nesse longo caminho pude contar com o companheirismo e fiel amizade do meu irmão que acompanhou de perto e vivenciou cada momento desses anos. Além de grande incentivador a todos os desafios que me lancei, tem sido também um porto seguro. Creio que não é toda pessoa que entende tantos livros e papéis constantemente espalhados, além da apropriação de todas as mesas do apartamento e, além disso, ajuda na correção ortográfica da versão final da dissertação. Raphael Lopes da Rosa, muito obrigado.

Maurício e Karine, meus amados irmãos, também agradeço a vocês, que embora distantes estão próximos, Julia e Manuela, sobrinhas lindas, amo muito todos vocês.

Sempre quando escuto a expressão “a força das instituições” me lembro do Programa de Pós Graduação em Direito da UERJ. O Programa possibilita a convivência com pessoas brilhantes. É uma experiência de vida incomparável, que abriu minha cabeça a outros horizontes e contribuiu para transformar a minha paixão em amor ao direito.

Quando falo em paixão ao direito, não posso esquecer de quem jogou a semente para despertá-la quando eu ainda estava nos bancos da graduação na Faculdade Nacional de Direito. Em um período em que quase troquei o direito pela economia, ter optado pela eletiva de sociedades anônimas foi certamente o que fez tudo mudar. O pensamento crítico e o aprofundamento teórico da disciplina societária empreendidos pelo Prof. Dr. Alexandre

Ferreira de Assumpção Alves permitiram que meus olhos se voltassem ao fantástico mundo do direito comercial. O que foi fortalecido com a monitoria em direito falimentar e posteriormente com o ingresso na linha de empresa do mestrado da UERJ. Prof. Alexandre, muito obrigado pela sábia orientação e valiosas lições.

Na primeira vez que vi a Prof. Dra. Marilda Rosado, entendi perfeitamente o prefácio de sua obra escrito pelo Prof. Grandino Rodas. Marilda Rosado é uma pessoa impossível de esquecer, pois ela é brilhante em todos os sentidos. Profissionalmente ela tem uma capacidade de raciocínio e uma versatilidade que encanta, sabe como ninguém “fazer do limão uma limonada”, transpondo barreiras que a princípio se diria intransponível. Como ser humano irradia boas energias, com um elevado senso de justiça e um espírito agregador, fazendo sempre o bem, sem ver a quem. Marilda é um exemplo de profissional e ser humano, e minha gratidão a ela é infinita. Ela mais que ninguém me mostrou que “somos do tamanho dos nossos sonhos”. Marilda, muitíssimo obrigado, você me permitiu compreender e viver uma verdadeira *joint venture*.

Agradeço à equipe do Marilda Rosado Advogados - MRA, ambiente onde a convivência é aprazível e a pesquisa do direito é incessante. Carolina Azevedo, Emilia Castro e Marcel Maciel, vocês são demais. *We will rock the world!*

Aos colegas da Linha de Empresa, Trabalho e Propriedade Intelectual –Adriana Ferreira, Alexandre Sá e Mauro Pacanowski (seríamos os três mosqueteiros e D’Artagnan?) e também aos professores Dr. José Carlos Vaz e Dias, Dr. Eduardo Adamovich, Dr. José Gabriel Assis de Almeida, Dr. Maurício Moreira Mendonça de Menezes, muito obrigado!

Agradeço imensamente ao Prof. Julian Cardenas que envidou todos os esforços possíveis e impossíveis para possibilitar o período como *visiting scholar* na Universidade de Houston. Agradecimentos também a todos da *University of Houston Law Center* pela tão nobre acolhida, especialmente à equipe da *O’Quinn Law Library*, nas pessoas de Chris Dykes e Mon Yin Lung e também à Prof. Jacqueline L. Weaver.

Não poderia deixar de agradecer a todos os meus amigos, que são os irmãos que escolhi nesta jornada chamada vida. Jana, Juh, JP, Marilia, Clau, Livia, Lucas, Cristo e Lu, a cunhada mais sensacional do mundo! Muito obrigado a cada um de vocês que me aturaram todo esse tempo e que também puderam entender os momentos em que tive que estar ausente.

Por fim agradeço aos colegas professores e aos alunos da Faculdade Nacional de Direito com quem eu aprendo cada dia mais.

Agradecimento à ANP/FINEP

Este projeto de pesquisa contou com o apoio financeiro da Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP e Financiadora de Estudos e Projetos – FINEP, por meio do Programa de Recursos Humanos da ANP para o setor de Petróleo e Gás Natural – PRH-ANP-MCT.



RESUMO

ROSA, Alberto Lopes da. *As joint ventures na indústria do petróleo: um olhar crítico sobre a intervenção do Estado na autonomia privada*. 2013. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

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 do *upstream*, 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-chaves: Joint ventures. Estado. Marco regulatório. Autonomia privada e atuação empresarial.

ABSTRACT

ROSA, Alberto Lopes da. *Joint ventures in the oil & gas industry: a critical point of view on the intervention of the State in the private autonomy*. 2013. 166 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The business activity requires practical solutions for overleaping 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 risks, financial and political involved in this activity. In this regard, the dissertation 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 and private business activity.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	11
1	A AUTONOMIA PRIVADA E AS ASSOCIAÇÕES EMPRESARIAIS	18
1.1	O Conceito de Autonomia Privada	18
1.2	Dos Fundamentos Constitucionais: a livre iniciativa e a liberdade de associação	24
1.3	O Fenômeno Associativo e a Atividade Empresarial	28
1.3.1	<u>Sociedades Empresárias</u>	33
1.3.2	<u>Associações Empresariais ou <i>Joint Ventures</i></u>	36
2	ASPECTOS CONCEITUAIS DE DIREITO DO PETRÓLEO	49
2.1	Aspectos Conceituais: o Princípio da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais e a Exploração Econômica das Jazidas de Petróleo e Gás Natural	
2.1.1	<u>A Atração de Investimentos e os Contratos com o Estado</u>	57
2.1.1.1	Contratos de Concessão.....	61
2.1.1.2	Contratos de Partilha de Produção.....	63
2.1.1.3	Contratos de Serviço.....	65
2.1.1.4	Contratos de Associação.....	67
3	AS <i>JOINT VENTURES</i> NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO	69
3.1	Histórico das <i>joint ventures</i> do petróleo	70
3.2	O <i>Joint Operating Agreement (JOA)</i>	74
3.2.1	<u>Esforços de Padronização</u>	83
3.3	As <i>Joint Ventures</i> do Petróleo no Direito Comparado	85
3.3.1	<u>Estados Unidos</u>	86
3.3.1.1	As <i>leases</i> no direito norte-americano.....	87
3.3.1.2	A interpretação do <i>JOA</i> pelos Tribunais Norte-americanos.....	90
3.3.2	<u>Noruega</u>	98
3.3.2.1	O Arranjo Institucional e a Atuação Empresarial do Estado Norueguês.....	100
3.3.2.2	O Regime de Licenças e as <i>Joint Ventures</i>	102
4	AS <i>JOINT VENTURES</i> NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL	106
4.1	A Evolução do Regime Jurídico Aplicável à Exploração e Produção de Hidrocarbonetos no Brasil	106
4.1.1	<u>Os Contratos de Risco no Brasil</u>	110
4.1.2	<u>O Modelo de Concessão</u>	114
4.1.3	<u>O Modelo de Partilha de Produção</u>	119
4.2	Implicações das <i>Joint Ventures</i> no âmbito do Modelo de Concessão: análise de	131

	algumas cláusulas relevantes do JOA à luz do direito brasileiro	
4.2.1	<u>Operador</u>	132
4.2.2	<u>Comitê Operacional</u>	138
4.2.3	<u>Programa de Trabalho e Orçamentos</u>	139
4.2.4	<u>Operações por Algumas das Partes</u>	140
4.2.5	<u>Inadimplemento</u>	142
4.3	Desafios das <i>Joint Ventures</i> no Modelo de Partilha	144
4.3.1	<u>Comitê Operacional</u>	146
4.3.2	<u>Operador</u>	148
4.3.3	<u>Retirada</u>	149
	CONCLUSÃO	151
	REFERÊNCIAS	158

INTRODUÇÃO

As mentes criativas dos agentes econômicos tendem a vislumbrar diversas possibilidades negociais, dentre as quais se verificam os diferentes meios de colaboração empresária. Perquirir a esfera de atuação dos agentes econômicos, de modo a percorrer o espaço concedido aos empresários para o exercício de sua própria atividade jurídica, torna-se uma tarefa que permite uma melhor compreensão do fenômeno das associações empresárias.

A inventividade dos agentes econômicos, imprescindível ao sucesso do tráfico negocial, precisa encontrar respaldo na certeza e na segurança do direito. Neste passo, o capítulo 1 do presente trabalho é dedicado ao estudo das associações empresariais.

Os meios de associação, especialmente as sociedades, entidades cujo conceito, conforme aponta Calixto Salomão Filho, é essencialmente integrado pela cooperação entre os sócios¹, surgiram de modo a concentrar recursos e esforços para compartilhar riscos e perseguir o lucro.

Ocorre que, para determinados negócios, no curso da vida prática mercantil, os meios de associação societários, muitas das vezes não atendem aos anseios dos homens de negócio. Com isso, o costume mercantil sedimentou meios de cooperação que atendessem com maior flexibilidade os empresários, no qual as partes pudessem contribuir com recursos e/ou *savoir-faire*, para a consecução de um empreendimento em comum. Nestes meios consuetudinários de cooperação encontra-se a gênese das denominadas *joint ventures*.

Em uma primeira fase do desenvolvimento do direito comercial, os homens, por meio da reunião de esforços e capital e do compartilhamento dos riscos e lucros, constituíam sociedades, para exercer o comércio. Atualmente, em um mercado extremamente competitivo e globalizado, são as sociedades que encontram na união uma forma de superar os desafios que o mercado impõe à atividade empresária.

Em determinados setores os investimentos iniciais são altos e o retorno do investimento demorado, o que propicia um solo fértil para a formação de *joint ventures*.

Um dos maiores exemplos de setor a demandar altos investimentos é a indústria do petróleo. Cabe ressaltar que o termo indústria do petróleo é bastante genérico, e compreende não apenas a fase de extração do óleo, mas toda uma cadeia produtiva que vai desde a exploração e produção do óleo até o seu refino e distribuição.

¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, São Paulo: Malheiros, 2011, p. 55.

Assim, denomina-se *upstream*, aquelas atividades relacionadas à exploração e produção do óleo, ao passo que às etapas relativas ao processamento do óleo, o refino e a distribuição, são denominadas *downstream*.

A importância do petróleo, em especial no que se refere à atração da maioria dos países na exploração e produção de tal recurso, é corroborada com o grande potencial que a atividade petrolífera desperta em diversos agentes econômicos por todo o mundo.

Os interesses dos Estados que, em regra, são detentores dos recursos naturais *in situ* e os interesses dos agentes econômicos, públicos ou privados, que investem no negócio do petróleo, assumindo os riscos político, financeiro e geológico para a consecução das operações, são elementos que constroem um cenário que merece ser mais bem analisado pelos juristas de modo a perquirir a dinâmica da atividade empresarial no âmbito da indústria do petróleo. Assim, o capítulo 2 é dedicado a abordar aspectos conceituais do denominado direito do petróleo, ramo do direito cuja autonomia não se pretende aqui sustentar.

Como ressalta Marilda Rosado de Sá Ribeiro, é área que, nos idos dos anos 90, já detinha inegável projeção nos meios universitários no exterior, “profundamente influenciada pelos conceitos econômicos e técnicos que permeiam não somente o relacionamento em nível contratual mas também as demandas judiciais entre as partes privadas e entre estas e os Estados²”.

Vale observar que em razão dos altos riscos envolvidos, especialmente nas atividades que compreendem o *upstream*, foi possível verificar em todo o mundo um natural movimento de associação entre sociedades empresárias na indústria do petróleo, que viram na união de esforços a saída para a consecução das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

Conforme observa Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

As principais razões para as empresas petrolíferas formarem uma *joint venture* na área de exploração e produção são o desejo e a necessidade de diluir e minimizar os vários riscos inerentes à atividade, bem como dividir os investimentos necessários. Dentre os riscos inerentes à atividade de exploração e exploração de petróleo, destaca-se o risco geológico, pois diversas condições devem ser satisfeitas para a existência de uma acumulação de hidrocarbonetos (petróleo e gás)³.

A necessidade de diversificação do portfólio das companhias petrolíferas, que atuam em um mercado cuja dimensão é incontestavelmente internacional, exige um esforço de

² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.Cit.*, 2003, p. 166-167.

cooperação maior que o usualmente verificado em outros setores. Imaginar Coca-Cola e Pepsi formando *joint ventures* para a realização de um empreendimento é uma situação quase inimaginável, de modo diverso, no setor do *upstream*, a conjugação de esforços entre concorrentes acaba sendo comum.

A exploração e produção em ambientes exploratórios desfavoráveis, como, por exemplo, o alto mar, tendem a demandar vultosos investimentos, o que faz com que as parcerias formadas acabem não se reduzindo a um plano interno, mas internacional.

As parcerias formadas na indústria do petróleo para a exploração e produção de hidrocarbonetos são analisadas no capítulo 3 do presente estudo, especialmente o instrumento que viabiliza a formação e condução de atividades por meio de *joint ventures*, o denominado *JOA (Joint Operating Agreement)*.

O JOA, ou acordo de operações conjuntas, é um instrumento contratual de grande relevância para a indústria do petróleo. Dele são partes sociedades empresárias, que firmaram contrato com um Estado hospedeiro para a exploração e produção de hidrocarbonetos em uma determinada área.

O tema é analisado especialmente sobre a ótica dos contratos empresariais, pois embora a unificação do direito das obrigações feita pelo atual Código Civil possa indicar o suposto desaparecimento da dicotomia existente entre contratos civis e comerciais, isto não se deu, na medida em que a prática cada vez mais demonstra a especialidade dos contratos empresariais, que possuem uma lógica específica.

A dinâmica do JOA, especialmente o relacionamento entre as partes - operador e não operadores - é um importante objeto de estudo da lógica dos contratos associativos, tipicamente oriundos dos usos e práticas mercantis.

As medidas relativas à limitação da responsabilidade de um das partes, bem como a lógica econômica que perpassa a questão do inadimplemento e as medidas adotadas para com a parte inadimplente, são temas cuja relevância exige atenção do jurista, buscando inclusive verificar, no direito comparado, como se dão essas disposições contratuais, de modo *a posteriori* verificar a aplicabilidade de medidas contra o inadimplemento à luz do ordenamento jurídico pátrio.

O capítulo 4 debruça-se sobre o tema das *joint ventures* na indústria do petróleo no Brasil, empreendendo, inicialmente, uma digressão histórica do regime de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil.

Com o passar dos anos, a reformulação da geopolítica internacional acabou por impor a necessidade de mudanças no texto constitucional, tanto que em 1995, se deu uma alteração

no texto constitucional, por meio da EC nº 9/95, havendo a flexibilização do monopólio do petróleo, permitindo que a União pudesse contratar, não apenas com empresas estatais, mas também com sociedades empresárias privadas, a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição⁴.

No contexto da mudança implementada pela referida Emenda, em 1997, foi promulgada a Lei n.º 9.478, a chamada Lei do Petróleo, que dentre outras mudanças previu que as atividades econômicas previstas no art. 177 da Constituição, poderiam ser exercidas, mediante concessão ou autorização, por sociedades constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

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

Desta forma, foi adotado um modelo de concessão aberto à iniciativa privada, no qual as sociedades empresárias poderiam isoladamente, ou unidas em consórcio, desenvolver atividades de exploração e produção de petróleo. Associado a isto, é importante observar também que no cenário petrolífero brasileiro há a presença de uma estatal forte – a PETROBRAS⁵.

Através das reformas do Estado na década de noventa, permitiu-se a abertura do setor de petróleo para a comunidade internacional, em particular para os investidores que atuam no segmento do *upstream*, onde estão concentrados os maiores lucros petrolíferos. A abertura do mercado refletiu em um vertiginoso crescimento para o setor:

Tem sido marcante o aumento da importância do setor de petróleo no Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Em meados dos anos 1990, o petróleo representava menos de 3% das riquezas do país; hoje representa 12% e em 2020 estima-se que venha a representar até 20% do PIB. Em boa parte, esse crescimento futuro será devido à descoberta dos campos *offshore* no chamado pré-sal, responsável por um incremento substancial nas reservas brasileiras de petróleo e gás natural, cuja

⁴ Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

⁵ LIMA, HAROLDO. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008, p.71.

exploração de per se, apenas como atividade extrativa, trará ganhos expressivos de valor econômico⁶.

A despeito do êxito obtido com o modelo de concessões, o anúncio, em 2012, da descoberta de grandes quantidades de petróleo e gás em nova província petrolífera, denominada Pré-Sal, levou o governo federal a entender que caberia realizar uma revisão do papel do Estado, de modo a viabilizar uma política econômica de fortalecimento de uma indústria nacional de fornecedores de bens e serviços e de uma necessária agregação de valores à cadeia de produção do petróleo e gás, ou seja, investimentos também no setor de *downstream*, para que não se exporte apenas o óleo *in natura*, mas refinado, com maior valor agregado.

Assim, entendendo que o marco legal estabelecido na Lei nº 9.478/97 não seria suficiente para garantir o aproveitamento das reservas petrolíferas nas áreas da província do Pré-Sal, a Comissão Interministerial⁷ afirma que o modelo instituído em 1997, no qual cabe ao concessionário arcar com a totalidade dos riscos e, portanto, obter o rendimento da exploração, mostrar-se-ia incompatível com a natureza da gigante área do Pré-sal⁸.

A referida comissão propôs ao Presidente da República a apresentação de um projeto de lei ao Congresso Nacional, 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. O Projeto de Lei nº 5.938/2009, após a devida tramitação, transformou-se na Lei n.º 12.351/2010.

Neste cenário supramencionado é possível observar a existência de uma menor interferência do Estado na autonomia da vontade⁹, a limitação que ocorre no modelo de concessão, é feita através da regulamentação da ANP, que unilateralmente estabelece as cláusulas contratuais, as quais devem ser observadas pelas partes, mesmo quando contratam entre si para a formação de consórcios. Assim, o Estado regulador estabelece os limites da autonomia da vontade em benefício da ordem pública.

⁶ RAPPEL, Eduardo. *A exploração econômica do pré-sal e os impactos sobre a indústria brasileira de petróleo in Mar de riqueza, terra de contrastes: o petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X FAPERJ, 2011, p. 51.

⁷ Comissão interministerial, composta pelos ministros Edison Lobão, Dilma Rousseff, Guido Mantega, Miguel Jorge e Paulo Bernardo e convocada pelo então Presidente da República, Lula, para apresentar proposta de adaptação da Lei do Petróleo ao novo cenário aberto com as descobertas do Pré-sal.

⁸ 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 28.10.2011.

⁹ Em suas linhas gerais, eis o princípio da autonomia da vontade, que genericamente pode enunciar-se como a faculdade que tem as pessoas de concluir livremente os seus contratos *in PEREIRA*, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. III*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 25.

O que no momento ocorre, e o jurista não pode desprender-se das idéias dominantes no seu tempo, é a redução da liberdade de contratar em benefício da ordem pública, que na atualidade ganha acendrado reforço, e tanto que *Josserand* chega mesmo a considerá-lo a “publicitação do contrato”. Não se recusa o direito de contratar, e não se nega a liberdade de fazê-lo. O que se pode apontar como a nota predominante nesta quadra da evolução do contrato é o reforçamento legal do contrato, a fim de coibir abusos advindos da desigualdade econômica; o controle de certas atividades empresárias; a regulamentação dos meios de produção e distribuição; e sobretudo a proclamação efetiva da preeminência dos interesses coletivos sobre os de ordem privada, com acentuação tônica sobre o princípio da ordem pública, que sobreleva ao respeito pela intenção das partes, já que a vontade destas obrigatoriamente tem de submeter-se àquela¹⁰. (grifos nossos)

Ocorre que com o advento da Lei n.º 12.351/2010, nota-se que para a região do pré-sal o governo federal, ao revés do marco regulatório anterior, pretende intervir diretamente nas atividades da indústria petrolífera, fundamentando-se, justamente, no interesse público, ao afirmar que a alteração do modelo objetiva assegurar para a Nação a maior parcela do óleo e do gás, apropriando para o povo brasileiro parcela significativa da valorização do petróleo¹¹.

Além disso, foi empreendido um rearranjo institucional, com a criação de uma nova empresa pública - Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA)¹², criada para gerenciar a exploração e produção de petróleo no pré-sal e áreas estratégicas, empreendendo a gestão dos contratos de partilha de produção e dos contratos de comercialização de óleo. Contudo, a PPSA não assumirá quaisquer riscos, nem mesmo com os 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 produção¹³.

Importante é ainda observar a posição dada pela lei à PETROBRAS que, como operadora, ficará responsável pela condução e execução, direta ou indireta, de todas as atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações de exploração e produção¹⁴. Além da posição de operador, caberá à PETROBRAS atuar como contratada, isoladamente ou em consórcio por ela constituído com o vencedor da licitação,

¹⁰ PEREIRA, Caio Mario da Silva, *op. cit.*, p. 29.

¹¹ Para isto há a previsão de criação de um Novo Fundo Social que tem por objetivo proporcionar uma fonte regular de recursos para as atividades prioritárias, quais sejam o combate à pobreza, a educação de qualidade e a inovação científica e tecnológica, transformando a riqueza baseada nos recursos naturais em riqueza para as pessoas, em oportunidades e desenvolvimento humano.

¹² Lei n.º 12.304/2010.

¹³ Art. 8º da Lei n.º 12.351/2010.

¹⁴ Art. 2º, VI da Lei n.º 12.351/2010.

para a exploração e produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos em regime de partilha de produção¹⁵.

Insta salientar que, diferentemente do modelo de concessão, a participação da PETROBRAS é imprescindível na formação dos consórcios, sendo que esta deve ter a participação mínima de 30% (trinta por cento)¹⁶, ou seja, no modelo de partilha ora vigente para o pré-sal, a autonomia privada e a livre iniciativa encontram-se amplamente restringidas, visto que as exigências legais impedem a formação de parcerias empresariais que não sejam formadas com a PETROBRAS e a PPSA.

Por derradeiro, cabe salientar a possibilidade de se sustentar um vício de inconstitucionalidade da Lei n.º 12.351/2010, na medida em que dá um tratamento diferenciado à PETROBRAS, visto que poderá ser contratada diretamente pela União dispensada a licitação¹⁷. Vale dizer, por oportuno, que, como sociedade de economia mista, a PETROBRAS deveria competir em pé de igualdade com as sociedades de direito privado, sob o risco de prejuízo à livre concorrência¹⁸. Com efeito, a dispensa à licitação, além de caracterizar um tratamento não isonômico, também pode desestimular a livre iniciativa.

¹⁵ Art. 2º, VII da Lei n.º 12.351/2010.

¹⁶ Art. 10, III, “c” da Lei n.º 12.351/2010.

¹⁷ Art. 8º, I da Lei n.º 12.351/2010.

¹⁸ 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:

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)

1 A AUTONOMIA PRIVADA E AS ASSOCIAÇÕES EMPRESARIAIS

No presente capítulo será empreendido o estudo das associações empresariais, fenômeno surgido na prática mercantil, cujo objetivo principal é a facilitação das operações econômicas com a diminuição dos custos, redução dos riscos e incertezas. “Ao longo do tempo as sociedades produzem instituições que servem para facilitar a convivência e, em muitos casos, facilitar operações¹⁹”, de modo a atender com incrível flexibilidade aos anseios dos homens de negócio.

As mentes criativas dos agentes econômicos tendem a vislumbrar diversas possibilidades negociais, dentre as quais se verificam os diferentes meios de cooperação e de colaboração entre empresários. Entretanto, para a melhor compreensão do fenômeno de associação empresária, é importante perquirir, *a priori*, a própria esfera de atuação dos agentes econômicos, ou seja, percorrer o espaço concedido aos empresários para o exercício de sua própria atividade jurídica²⁰. “A certeza e a segurança do direito precisam conviver com a autonomia privada, com a inventividade dos agentes econômicos, necessária ao tráfico negocial²¹”.

Assim, primeiramente é preciso se imiscuir no estudo do conceito de autonomia privada, perpassando inclusive pelos seus fundamentos constitucionais, quais sejam a livre iniciativa e a liberdade de associação, para em seguida poder compreender as razões para a tutela jurídica das associações empresariais.

1.1 O Conceito de Autonomia Privada

Antes de abordar o conceito de autonomia privada é forçoso primeiramente perquirir se esta é ou não sinônima de autonomia da vontade, para, a partir de então, ser possível embasar a justificativa da escolha daquela no presente trabalho²².

Com o apoio na lição de Ana Prata, já se verifica que a sinonímia dos termos não é juridicamente apropriada. A autora ressalta que os equívocos na utilização destes conceitos

¹⁹ SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

²⁰ Neste sentido: *A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica*. (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347).

²¹ SZTAJN, Rachel. *Op. Cit.*, 2004, p. 87.

²² Cabe destacar que não é objeto do estudo chegar a um conceito definitivo, mas apenas indicar aquele mais adequado aos objetivos pretendidos nesta dissertação.

como sinônimos representam uma posição redutora da noção de autonomia privada, cujo cerne não se relaciona com o problema do direito subjetivo, mas com a liberdade negocial²³.

De modo diverso, a autonomia da vontade tem feição subjetiva, e tem por objeto a vontade em si mesma, no seu âmbito psicológico. “O princípio da autonomia da vontade foi cristalizado como fundamento jurídico de uma política econômica liberal que garantia à vontade do indivíduo o papel de causa primeira das relações jurídicas²⁴”. De acordo com a lição de Francisco Amaral:

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição cogente em contrário. E, quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas próprias de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação de liberdade individual no campo do direito, e autonomia privada, como poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas, vale dizer, o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa mas complementarmente ao ordenamento estatal²⁵.

Nesta esteira, a autonomia privada vem a corresponder ao reconhecimento dado pelo ordenamento jurídico ao sujeito de criar, desde que em consonância com o direito positivado, seu próprio direito, ou seja, atribui a este a capacidade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, sendo-lhe atribuído o poder de regular juridicamente as ditas relações.

Este poder não se mostra originário e sequer ilimitado, eis que deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhecendo, também o limita, visto que é no ordenamento que estão delineados os limites para o exercício da autonomia privada, quais sejam, a ordem pública e os bons costumes.

O exercício da autonomia privada corresponde a manifestação da liberdade dos indivíduos, a qual é derivada e reconhecida pelo ordenamento, sendo o negócio jurídico o instrumento ou processo para a sua realização²⁶.

Destarte, antes de se imiscuir em discussões sobre os atuais contornos da autonomia privada, é preciso inicialmente verificar o instrumento de realização desse princípio²⁷, qual

²³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 17.

²⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 66.

²⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347.

²⁶ AMARAL, Francisco. *Op. cit.*, 2003, p. 349.

²⁷ Embora reconhecendo que o problema da autonomia privada transcenda o campo do direito civil e diretamente se ligue à temática das fontes do direito, limitamo-nos aqui à matéria cível, cuja base e fundamento é a pessoa humana, e no capítulo seguinte, ao seu instrumento de realização que é o negócio jurídico, onde se levanta,

seja, o negócio jurídico. Não é apenas a lei que disciplina a conduta individual, mas existem também outras situações que, da mesma forma que o poder estatal, constituem fontes formais de direito.

Tanto a lei, como o contrato, como a sentença são gerados por manifestação de vontade, destinadas a produzir efeitos jurídicos. A diferença é que, em certos casos, a vontade criadora é do grupo social; em outros de um agrupamento reduzido; e, em outros ainda, do próprio indivíduo²⁸.

Nesta esteira, quando o sujeito capaz exterioriza de maneira consciente a sua vontade, com o objetivo de obter um resultado juridicamente protegido, não proibido e possível, e cuja finalidade é a produção de efeitos jurídicos, dá-se o nome de ato jurídico²⁹.

Assim, os atos jurídicos compreendem as ações humanas que estão em conformidade com a ordem jurídica, sejam aquelas as quais se prestam meramente a compor o suporte fático de certa categoria jurídica, de acordo com o estabelecido na norma jurídica e cujos efeitos jurídicos são *ex lege* ou aquelas em que, dentro de certos limites. O direito confere às pessoas liberdade para compor seus próprios interesses, permitindo que, de acordo com as suas conveniências, os indivíduos escolham as categorias jurídicas e o conteúdo da eficácia das relações jurídicas decorrentes daquela manifestação de vontade.

A esta segunda espécie, cujo elemento nuclear é a declaração da vontade com o objetivo de produzir efeitos jurídicos desejados pelos agentes, dá-se o nome de negócio jurídico, sendo requisitos de validade deste agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e, forma prescrita ou não defesa em lei³⁰.

O elemento volitivo, ou seja, a manifestação da vontade constitui neste passo a base para a produção dos efeitos almejados pelo sujeito. “Os negócios jurídicos são, portanto, declarações de vontade destinadas à produção de efeitos jurídicos queridos pelo agente; os “atos jurídicos strictu sensu” são manifestações de vontade, obedientes à lei, porém geradoras de efeitos que nascem da própria lei³¹”.

Da elucidativa lição de Caio Mario da Silva Pereira, é possível depreender que tanto em um quanto no outro há a presença do elemento volitivo, e que em ambos a vontade

precisamente, o problema fundamental de sua eficácia e de seus limites, isto é, a **autonomia privada como princípio** e o **negócio jurídico como instrumento ou processo de sua realização**. *Idem*, p. 350 (grifos nossos).

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 60.

²⁹ Neste caso, AA referência é ao ato jurídico no seu sentido *lato sensu*.

³⁰ Código Civil - Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 476.

individual manifestada mostra-se hábil a produzir efeitos jurídicos. Todavia, no que tange aos atos jurídicos *strictu sensu*, os efeitos jurídicos produzidos a partir da vontade manifestada advêm da própria lei, ao passo que nos negócios jurídicos os efeitos pretendidos são gerados a partir da própria declaração de vontade, e centra-se na obtenção de um resultado efetivamente querido pelo agente.

O ato jurídico *stricto sensu* corresponde a uma simples atuação de vontade, ao passo que o negócio jurídico é o instrumento da autonomia privada, que corresponde ao poder atribuído aos indivíduos para, na realização de seus interesses, criarem as regras de seu próprio comportamento³².

O sistema jurídico faculta às pessoas o poder de escolher a categoria jurídica e a estruturação do conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, sendo a manifestação ou declaração de uma vontade consciente o elemento nuclear do negócio jurídico. A manifestação da vontade em consonância com os preceitos legais produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas³³.

A vontade é um pressuposto do negócio jurídico, reconhecendo o ordenamento jurídico que esta pode criar efeitos no mundo do direito. É preciso, todavia, ressaltar que para a produção de efeitos jurídicos faz-se imprescindível a externalização da vontade. Apesar de a força jurídica advir da vontade interna ou real é apenas por meio da declaração, ou seja, de sua exteriorização que esta se torna conhecida e, por mais que a produção de efeitos seja resultante da vontade, esta não basta sem que haja a manifestação exterior³⁴.

É que com as exigências de produção e consumo em massa, a atribuição de destaque à vontade interior, a qual privilegia o momento subjetivo do agente, as atitudes individuais e as motivações psíquicas dos sujeitos, acabaria por inviabilizar o tráfico mercantil, na medida em que haveria enorme dificuldade no estabelecimento de relações entre as sociedades empresárias e a massa de consumidores. Nesse passo, deu-se um processo de objetivação dos contratos, especialmente aqueles de consumo que tendem a ser estandarizados, o que, por conseguinte, caracteriza a perda de certa voluntariedade³⁵.

Num sistema caracteriza pela produção, distribuição e consumo de massa, o primeiro imperativo é, de fato, o de *garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações*: mas estes objetivos requerem, justamente, que as transações sejam tomadas e disciplinadas na sua objetividade, no seu desenvolvimento típico; eles são, portanto, incompatíveis com a atribuição de

³² AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 344.

³³ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 184.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 484.

³⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 69.

relevância à vontade individual, às particulares e concretas atitudes psíquicas dos sujeitos interessados na troca, numa palavra, com a teoria da vontade³⁶.

As novas exigências da organização econômica exigiram tanto dos legisladores quanto dos cientistas do direito uma resposta à superação do dogma da vontade, o que se consubstanciou na fórmula de passagem da “Teoria da Vontade³⁷” de caráter subjetivo e na qual a declaração é mero instrumento de manifestação da vontade a “Teoria da Declaração” de caráter objetivo e para a qual pouco importa se a vontade do agente corresponde ou não à sua declaração, pois nesta a eficácia do ato depende exclusivamente da declaração.

Com a consagração da Teoria da Declaração verificou-se a superação da antiga divergência entre a vontade e a declaração, na medida em que esta se tornou o ponto de referência, ou seja, o parâmetro a ser analisado. A interpretação do negócio jurídico toma por base a própria declaração e não o pretendido pelo agente, com isso “protege-se não mais o sujeito declarante, mas o destinatário e terceiros de boa-fé e, conseqüentemente a circulação de direitos³⁸”, assim, há uma verdadeira harmonização entre as dimensões individual e funcional dos direitos subjetivos.

O modo de interpretar a norma jurídica passou por grandes transformações após 1988, com a promulgação da Constituição da República, os princípios e valores previstos na Carta Magna passaram a se irradiar por todo o ordenamento, e a ser o norte de toda a relação jurídica estabelecida.

A Constituição Federal de 1988, não apenas no seu art. 1º, inciso III – ao expressamente se referir à dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira –, mas também nos arts. 3º e 5º - cuidando dos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária, com a redução das desigualdades e a eliminação da pobreza, e da previsão da incidência dos direitos fundamentais nas relações intersubjetivas –, edificou novo monumento normativo no ordenamento jurídico brasileiro baseado em novos valores e princípios com significativas alterações no sistema jurídico nacional³⁹.

A nova sistemática constitucional não comporta mais espaço para a satisfação prioritária de interesses individuais e nesse contexto mesmo o exercício da empresa, cujo

³⁶ *Idem*, p. 298.

³⁷ Sobre a Teoria da Vontade, Roberto de Ruggiero, com base em Savigny, leciona que *uma doutrina muito espalhada concebe o direito subjetivo como um “poder da vontade”, uma “senhoria do querer”*: é um poder de agir segundo as normas do direito objetivo, que pertence à pessoa em virtude dos ordenamentos jurídicos. Uma esfera, como diz Savigny, na qual a vontade da pessoa reina e reina como nosso consenso. (*Instituições de direito civil*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1999, p.263).

³⁸ AMARAL, Francisco. *Op. Cit*, 2003, p. 382.

³⁹ ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). *Nota dos Coordenadores in Temas de direito civil-empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

objetivo é a satisfação de interesses de agentes econômicos, necessitou se harmonizar para “atender, concomitantemente, os interesses individuais que lhe dão vida e os sociais que lhe são vinculados⁴⁰”.

Isto se dá, pois a Constituição da República sedimentou o conceito de função social e, com isso, a autonomia do sujeito para o exercício de um direito subjetivo passou a sofrer restrições, pois, na medida em que a opção axiológica do Constituinte foi estabelecer como o valor máximo da ordem jurídica a dignidade da pessoa humana, a tradição individualista deu lugar à solidariedade e à justiça social.

A nova sistemática constitucional e o advento do Estado Democrático de Direito não comporta mais a contraposição de valores constitucionalmente consagrados, não havendo mais espaço para dicotomias entre os princípios constitucionais. Assim, função social e justiça social não são valores que se contrapõem a propriedade privada e livre iniciativa, mas, ao contrário, são princípios que se harmonizam para promoção do valor máximo da Carta Democrática, a dignidade da pessoa humana⁴¹.

Cabe, portanto, ao intérprete empreender a leitura das normas jurídicas, mesmo aquelas classificadas como de direito privado, à luz da Constituição, de modo a garantir a unidade do sistema por meio da irradiação das diretrizes constitucionais por todo o ordenamento, seja na releitura de todas aquelas normas recepcionadas pela Lei Maior ou na reelaboração dos diplomas legais.

Com o advento do Código Civil em 2002, foi possível verificar um rompimento com as amarras do espírito individualista, presente no Código de 1916, o qual foi fortemente influenciado pelos ideais e valores liberais. O “novo” Código demonstrou uma forte preocupação com a dimensão ética na ação ou na atividade do sujeito, assim, noções como função social, lealdade, boa-fé, dentre outras, passa a ganhar fundamental importância na codificação civil.

Desta forma, sendo a Constituição compreendida na modernidade como um sistema aberto de princípios e regras a se irradiar por todo o ordenamento jurídico, cabe agora empreender uma análise da livre iniciativa, um dos princípios basilares a reger a ordem econômica brasileira, e também da liberdade de associação, direito fundamental que corresponde também a um importante instrumento para viabilizar a livre iniciativa.

⁴⁰ BARBOZA, Heloisa Helena. *Prefácio in Temas de direito civil-empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴¹ FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 190.

1.2 Dos Fundamentos Constitucionais: a livre iniciativa e a liberdade de associação

Com o advento da Constituição da República de 1988, foi possível verificar a irradiação dos princípios constitucionais sobre as normas de direito privado. Assim, a partir da interferência da Constituição no âmbito outrora reservado à autonomia privada, mostra-se cada vez mais tênue a dicotomia entre o direito público e o direito privado. Neste diapasão, os tradicionais dogmas do direito privado, no caso a autonomia privada, tendem não mais a atender apenas aos interesses egoísticos dos indivíduos, mas se funcionalizam, ou seja, se harmonizam com os interesses da coletividade.

A funcionalização do instituto significa que o Direito, em particular, e a sociedade, em geral, começam a se interessar pela eficácia das normas e dos institutos vigentes, não só no tocante ao controle ou disciplina social, mas também no que diz respeito à organização e à direção da sociedade, abandonando a costumeira função repressiva, tradicionalmente atribuída ao Direito, em favor de novas funções de natureza distributiva, promocional, inovadora, principalmente, na relação do Direito com a Economia⁴².

É nesta esteira que cabe ao jurista conhecer e enfrentar a realidade do seu tempo em prol de uma ordem social mais justa. Para isso, serão analisados os fundamentos da República Federativa do Brasil, bem como os objetivos fundamentais por ela perseguidos, para em seguida verificar os dispositivos constitucionais que tratam especificamente da livre iniciativa e da liberdade de associação, sendo ambos desdobramentos da liberdade⁴³.

No plano da Constituição de 1988, o artigo 1º enumera os fundamentos da República, a saber: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da **livre iniciativa** e o pluralismo político.

Tais fundamentos são importantes pilares sobre os quais estão assentadas todas as diretrizes da República Brasileira:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

⁴² AMARAL, Francisco. *Autonomia privada in* Revista CEJ, V. 3 n.º 9, set./dez. 1999.

⁴³ Eros Roberto Grau examina a liberdade de duas diferentes perspectivas: (a) perspectiva substancial que pode ser vista tanto como resistência ao poder, quanto como reivindicação por melhores condições de vida (liberdade individual e liberdade econômica e social). Para isso o autor descreve a liberdade como *sensibilidade e acessibilidade*, sendo aquela a capacidade do indivíduo de ter ciência dos meios e possibilidades de reivindicação de condutas e ou comportamentos alternativos, ao passo que esta corresponde ao próprio acesso a esses meios de reivindicar; (b) perspectiva institucional, a qual corresponde ao próprio arcabouço jurídico, ou seja, o perfil da liberdade seria aquele definido pela ordem jurídica. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 199).

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O primeiro dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil elencados no artigo 3º é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Sendo a sociedade um fenômeno dinâmico, o vocábulo construir mostra-se pertinente na medida em que se faz necessária a revisão constante dos valores da liberdade, da justiça social e da solidariedade para a devida adequação com as transformações sofridas pela sociedade.

Uma sociedade livre é aquela na qual há a primazia da liberdade, sendo esta entendida em seu sentido material, sociedade onde são garantidas a cada um dos indivíduos liberdades substantivas as quais propiciam um conjunto capacitário a permitir o aproveitamento de oportunidades⁴⁴.

O alcance do que o texto constitucional denomina de “sociedade justa”, em consonância com o Princípio da Unidade Constitucional⁴⁵, está apontado no Título relativo à Ordem Econômica, em seu art. 170, *caput*⁴⁶, no qual se identifica o seu verdadeiro sentido, o da realização de uma justiça social, a qual está relacionada com a própria dignidade da pessoa humana, e sua implementação se dá na medida em que são superadas as diversas injustiças na repartição do produto econômico.

A disciplina da Ordem Econômica na Carta Constitucional brasileira instaura um regime substancialmente democrático, fundado na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Ao atribuir à atividade econômica uma visão marcadamente social, o Constituinte demonstrou sua opção axiológica, a dignidade da pessoa humana que é o valor máximo da ordem jurídica brasileira⁴⁷, sendo a livre iniciativa um vetor para alcançá-la.

Em tal perspectiva, a ordem econômica brasileira é também uma ordem social, pois deve ter por finalidade assegurar a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, não se pode reduzir a livre iniciativa apenas ao aspecto de liberdade econômica ou de liberdade de

⁴⁴ SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 118.

⁴⁵ *O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa Constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais nem hierarquia de supra-infra-ordenação) dentro da lei constitucional. De acordo com esta premissa, só o legislador constituinte tem competência para estabelecer exceções à unidade hierárquico-normativa dos preceitos constitucionais.* (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional* Coimbra: Almedina, 2006, p. 118).

⁴⁶ Art. 170. *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

⁴⁷ TEPEDINO, Gustavo. *15 anos da Constituição e o Código Civil*. In *Temas de Direito Civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 381-382.

iniciativa econômica, pois a verdadeira liberdade econômica está correlacionada com a liberdade tanto de acesso e quanto de competição.

Neste sentido, Diógenes Gasparini afirma que:

As atividades econômicas surgem e se desenvolvem por força de suas próprias leis, decorrentes da livre empresa, da livre concorrência e do livre jogo dos mercados. Essa **ordem**, no entanto, pode ser quebrada ou distorcida em razão de monopólios, oligopólios, cartéis, trustes e outras deformações que caracterizam a concentração do poder econômico nas mãos de um ou de poucos. Essas deformações da ordem econômica acabam, de um lado, por aniquilar qualquer iniciativa, sufocar toda a concorrência e por dominar, em consequência, os mercados e, de outro, por desestimular a produção, a pesquisa e o aperfeiçoamento⁴⁸. (grifos nossos)

Apesar de sua peculiar técnica, o mestre administrativista parece se equivocar na medida em que denomina como “ordem”, aquilo que, em verdade, é uma desordem. Mercados surgem espontaneamente e são frutos do agir dos agentes econômicos, onde impera a liberdade; todavia, para o sucesso de um mercado é preciso que além da liberdade também haja a ordem, e é nesse momento em que o direito se relaciona com o mercado, modelando-os.

Mercados são modelados pelo direito e, se a isso se denomina constituição da instituição, nenhuma crítica há de ser feita. Entretanto, se por constituição se entender criação, mercados não são criaturas do direito, mas de agentes econômicos. Disciplinar mercados, ordená-los, impedir, restringir acesso de pessoas e produtos depende de normas legais ou institucionais, e estas são criação umas do direito, outras da sociedade⁴⁹.

Nesta esteira, sendo a ordem econômica brasileira também compreendida como uma ordem social cabe ao direito efetuar o necessário balizamento, ponderando a liberdade de iniciativa de modo a assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social (art. 170 da CF). Como bem ressalva Rachel Sztajn, “a liberdade de operar nos mercados (livre iniciativa) tem de ser garantida por normas para que as relações entre os agentes **do e no** mercado atendam aos interesses da sociedade⁵⁰”.

Neste passo, e com vistas ao atendimento dos interesses da sociedade é que a própria Constituição também atribuiu ao Estado a possibilidade de intervir direta⁵¹ e indiretamente⁵²

⁴⁸ GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 629.

⁴⁹ SZTAJN, Rachel. *Op. Cit.*, 2004, p. 49.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ 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.*

na proteção dos valores constitucionalmente assegurados, em especial no intuito de que a liberdade de iniciativa atenda a sua verdadeira função, qual seja, a da promoção da justiça social⁵³.

O exercício de atividades econômicas pode ser objeto de regulação que visa à defesa de interesses gerais, muitos deles não econômicos, e, nessa circunstância, recorre-se à ordem pública, à moral e aos bons costumes, à questão da saúde pública, do meio ambiente; ou quando se trata de interesses econômicos de caráter geral, como, por exemplo, a prestação de serviços públicos em regime de concessão ou permissão. Restrições à liberdade de iniciativa e/ou ao direito de propriedade são justificadas. Mas talvez, a concepção de códigos como sistemas de normas completos, como pretendia o legislador francês, fosse ato de soberba semelhante. A certeza e a segurança do direito precisam conviver com a autonomia privada, com a inventividade dos agentes econômicos, necessária ao tráfico negocial⁵⁴.

Assim, a intervenção estatal será sempre ditada pela principiologia constitucional, por meio do balizamento dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito, em especial a dignidade da pessoa humana, que corresponde à opção axiológica e valor máximo perseguido pela Carta Magna, bem como com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ditames maior da Ordem Econômica.

Além da liberdade de iniciativa, há também uma outra liberdade constitucionalmente assegurada que é de suma importância para o desenvolvimento das atividades econômicas, qual seja, a liberdade de associação. A liberdade de associação é uma das espécies da liberdade de contratar, sendo aquela um direito fundamental⁵⁵ garantido pelo próprio texto constitucional em seu art. 5º, incisos XVII a XXI⁵⁶.

⁵² Art. 174. *Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

⁵³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto salienta que a intervenção estatal sobre as atividades econômicas e sociais correspondem a imposição imperativa a qual faz de uma ordem artificialmente construída, aquela abstratamente presumida como eficiente, para reger as relações da sociedade que jurisdiciona, afastando a ordem espontânea por elas geradas (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 129).

⁵⁴ SZTAJN, Rachel. *Op. Cit.*, 2004, p. 87.

⁵⁵ As constituições modernas definem os direitos fundamentais dos indivíduos submetidos à soberania do estatal e podem ser agrupados em quatro diferentes categorias: direitos políticos, direitos individuais, direitos sociais e direitos difusos.

⁵⁶ Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

[...]

XVII - é plena a **liberdade de associação para fins lícitos**, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - *as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;*

XX - *ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;*

A despeito de sua expressão coletiva, a liberdade de associação é em verdade um direito individual, a corresponder com as denominadas liberdades públicas, tendo feições tanto positivas quanto negativas.

Tem feição positiva, na medida em que é um direito do cidadão constituir com outrem associações para quaisquer fins, desde que lícitos. Além disso, há também a possibilidade de se associar a entidades já constituídas, hipótese na qual deverão ser observados, além dos requisitos legais, o disposto no estatuto ou contrato. É negativo, pois, conforme reza o inciso XX do artigo 5º ninguém pode ser obrigado a associar-se e nem tampouco a permanecer associado.

Luis Roberto Barroso indica que a categoria dos direitos fundamentais corresponde à própria afirmação jurídica da personalidade humana, “talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contem limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção do indivíduo em face do Estado⁵⁷”.

Conforme se depreende da inteligência do art. 5º, XVIII, o exercício pleno deste direito individual resta garantido pela Constituição Federal, na medida em que é inclusive assegurado o direito de constituir associações. Outrossim, importante ressaltar que a dissolução ou suspensão compulsória das atividades de associações só pode se dar por decisão judicial transitada em julgado, estando o Judiciário autorizado a proceder com a dissolução ou suspensão apenas quando a finalidade buscada pela associação for ilícita. Destaca-se que qualquer interferência do Poder Executivo no sentido de restringir a liberdade de associação será tida como inconstitucional.

1.3 O Fenômeno Associativo e a Atividade Empresarial

A associação de pessoas corresponde a uma manifestação da autonomia privada de cada pessoa e cuja liberdade de exercício encontra guarida, como verificado alhures, na própria Constituição da República em seu art. 5º, XVII, e pode ser definida, pelas palavras de Rachel Sztajn, como um fenômeno que:

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 101.

Reflete necessidades humanas que não podem ser satisfeitas sem colaboração; quando o esforço individual não basta para o escopo visado, as pessoas se reúnem para atingi-lo formando-se grupos familiares, clãs, tribos, organizações para defesa mútua, grupos de socorro, enfim, motivos não faltam para que se pense em reunir pessoas para buscar fim de interesse comum⁵⁸.

Vale ressaltar que o fenômeno associativo previsto no texto constitucional e que possibilita a criação de uma entidade a conjugar os diversos integrantes pode, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, se dar de duas formas distintas, quais sejam a de associação ou a de sociedade.

Isto se dá, pois vulgarmente a palavra associação costuma comportar vários sentidos, compreendendo desde sociedades até mesmo o feixe de contratos que compõe os contratos de colaboração empresarial, além, é claro das próprias associações, em termo mais técnico, conforme a inteligência do art. 53 do *Codex*⁵⁹.

O ponto em comum, a justificar que todas essas organizações sejam vulgarmente denominadas de associações, reside no fato de que as pessoas “associadas” perseguem o mesmo objetivo e não objetivos contrapostos, conforme leciona Rachel Sztajn, com o socorro da sistematização oferecida por Francesco Galgano, os elementos identificadores do fenômeno associativo são:

(a) sua natureza contratual, que visa à consecução de interesse comum e vincula vários sujeitos; (b) a modalidade de execução do contrato: constituição de fundo comum dotado de caráter de patrimônio autônomo, organização interna unitária, representação unitária do grupo nas relações com terceiros, pois o fenômeno associativo identifica-se em face de uma específica categoria contratual, contratos de comunhão de escopo, não de eventuais vantagens individuais, mas pelo fato de sua continuidade beneficiar todos os associados⁶⁰.

Neste diapasão, a pedra de toque para delinear a distinção entre uma e outra forma associativa foi legislativamente consagrada com o advento do Novo Código Civil⁶¹ restando assentado que na associação há uma união de pessoas que se organizam para fins não econômicos, ao passo que nas sociedades a comunhão tem por finalidade a partilha do resultado.

⁵⁸ SZTAJN, Rachel. *Associações e sociedades: semelhanças e distinções à luz da noção de contrato plurilateral* in Revista de Direito Privado, n.º 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 224.

⁵⁹ Art. 53. *Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos. Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.*

⁶⁰ SZTAJN, Rachel. *Op. Cit.*, 2004, p. 76.

⁶¹ Art. 53. *Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.*
Art. 981. *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.*

Para a formação de uma associação o elemento unificador predominante são as pessoas, ao passo que para a constituição de uma sociedade necessita-se de uma combinação de pessoas e de bens.

A associação é, portanto, uma entidade que realiza atividades cuja finalidade não é a de perseguir o lucro para a partilha entre seus associados, os benefícios perseguidos são outros que não estritamente econômicos. Neste passo, importante destacar a ressalva de Caio Mario da Silva Pereira que, com base nas lições de De Page, afirma ser a associação aquela que:

se não dedica a operações industriais ou comerciais, nem proporciona aos membros uma vantagem pecuniária, tendo o cuidado de assinalar que a procura de vantagens materiais acessórias, indispensáveis a que a associação viva e atinja suas finalidades de ordem moral, não retira o caráter não lucrativo do fim social⁶².

Neste diapasão verifica-se que a denominada finalidade de ordem moral a ser atingida pela associação corresponde a própria razão pela qual os membros se unem para formar a associação, ou seja, é a própria razão de existência da entidade. Faz-se essa ressalva para desde já afastar do presente estudo as associações em seu sentido técnico, posto que o escopo do presente trabalho é a análise de fenômenos associativos cuja finalidade seja obtenção de lucros para partilhar entre os associados, ou seja, das associações empresárias. Nesta esteira, é preciso perquirir qual o conceito de empresa.

Ao empreender uma análise no âmbito da doutrina pátria, já se verifica que, em meados da década de 1950, havia quem defendesse a teoria da empresa. Em tese que lhe conferiu a titularidade da disciplina de Direito Comercial na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FADUSP), Paula Andrea Forgioni traça um panorama do direito comercial brasileiro, destacando as lições de vários mestres neste ramo do direito no qual a dinâmica é o traço principal.

Em sua obra a referida autora destaca que o primeiro autor brasileiro a dar enfoque à disciplina da empresa no Brasil certamente foi o professor Sylvio Marcondes, em sua tese para a cátedra de direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1956, cujo título é *Limitação da responsabilidade de comerciante individual*⁶³. A autora aponta também os trabalhos empreendidos, ainda naquela década, por Rubens Requião⁶⁴ e por

⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 350.

⁶³ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

⁶⁴ A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 1959. Disponível em [http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1), acessado em 15.03.2013.

Ruy de Souza, além dos trabalhos desenvolvidos por outros comercialistas nas décadas seguintes⁶⁵.

Apesar de o tema ter sido objeto de estudo de vários juristas, por ser a empresa um fenômeno essencialmente econômico, a definição de um conceito jurídico mostrou-se uma tarefa bastante árdua, todavia, ainda na longínqua década de 1950, o professor mineiro Ruy de Souza trouxe à baila uma definição que, por sua acurada técnica, merece ser transcrita:

É empresa a instituição que se caracteriza pela organização, com certa permanência e com autonomia administrativa, de uma atividade econômica destinada à produção de bens ou de serviços para o mercado, ou a intermediação deles no circuito econômico; essa organização põe em funcionamento um fundo de comércio, a que se vincula, através do empresário individual ou societário, ente personalizado cuja missão é representar juridicamente a empresa no mundo dos negócios e cujos atos são praticados repetidamente, em série orgânica, e são sempre comerciais, pela própria natureza⁶⁶.

A lição de certo modo se correlaciona com a clássica lição do italiano Alberto Asquini, professor da Universidade de Roma, que afirma ser a empresa um fenômeno econômico poliédrico que comporta, sob o aspecto jurídico, diversos perfis: subjetivo, como empresário; objetivo, como patrimônio; corporativo, como instituição e; funcional, como atividade⁶⁷.

No âmbito legislativo, com a promulgação do Código Civil de 2002, restou consolidada no Brasil, sob uma forte influência do *Codice Civile* italiano de 1942, a teoria da empresa⁶⁸. Embora a consolidação da referida teoria tenha se dado com o advento do *Codex*, é forçoso destacar que não há em tal diploma um conceito jurídico de empresa⁶⁹. Assim, para

⁶⁵ Além dos autores citados no texto, Paula Andrea Forgioni menciona também os professores Oscar Barreto Filho e Honório Monteiro, ambos na década de 1960, e Fábio Konder Comparato, já na década de 1970.

⁶⁶ SOUZA, Ruy de. *O Direito das empresas – Atualização do Direito Comercial*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959, p. 299.

⁶⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 5.

⁶⁸ Sobre a consagração da Teoria da Empresa com o advento do Código Civil de 2002, importante é a crítica empreendida por Wille Duarte Costa ao asseverar que nas dezesseis vezes que a palavra empresa foi empregada no Código Civil, em cinco ela é referida como sujeito de direito, assim, o referido autor de modo coerente ressalva que como atividade a empresa não pode ser sujeito de direito. (COSTA, Wille Duarte. *Empresa e empresário in* Revista da Faculdade de Direito da UFMG, nº.49. Belo Horizonte, 2006, p. 243). A título de ilustração desta falta de técnica do legislador, cabe a transcrição do art. 1.178 do CC/02, *in verbis*: Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito.

⁶⁹ A não definição legal de um conceito de empresa também quando da edição do *Codice Civile* italiano, sobre o tema o professor Rubens Requião assim destaca: *Em 1942, na Itália, em pleno regime fascista, desdenhou-se legislar para o comerciante, personagem do "mundo capitalista decadente", erigindo-se, em lugar de sua figura, a empresa mercantil, de nítido sentido corporativista, mais compatível e identificada com o regime de Mussolini. A empresa dever-se-ia tornar, assim, a pedra angular do novo sistema. Mas não foi possível realizar a pretensão da Comissão elaboradora do projeto tendo o Ministro Dino Grandi, na Relazione, apresentando o novo Código, expressado o desapontamento que causou o fato de ficar na penumbra a empresa, tendo o seu*

traçar uma definição legal do referido instituto é preciso socorrer-se da definição de empresário, prevista no art. 966⁷⁰ do *Codex*.

Sendo o empresário aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, a empresa é a própria atividade⁷¹ exercida por ele, seu titular. Por ser atividade, a idéia de movimento é essencial para a noção de empresa, sendo esta um conceito dinâmico.

Este movimento, porém, tem sempre uma direção. A organização de meios e pessoas, bem como o conjunto de atos que compõem a atividade, não tem lugar desordenadamente, posto que organização (ainda que em sentido amplíssimo) com uma finalidade determinada, qual seja a produção de bens e serviços para o mercado⁷².

Neste contexto, destaca-se que a atividade empresária possui duas características essenciais, ela é econômica e organizada. Econômica, pois a sua finalidade é a obtenção de lucro e organizada, na medida em que o exercício da atividade por seu titular compreende a conjugação e coordenação de trabalho, insumo e capital para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Apesar da importância da lição de Alberto Asquini, bastante elucidativa para compreensão do fenômeno empresa é preciso observar que, com o advento do Código Civil de 2002, os perfis descritos por ele devem ser adequadamente referidos pelos termos que o legislador a eles empregou, uma vez que há conceitos legais próprios para empresário (CC, art. 966) e estabelecimento (CC, art. 1.142). Esta ressalva foi empreendida por Fábio Ulhoa Coelho, que conclui afirmando que no direito brasileiro a empresa deve forçosamente ser definida como atividade⁷³.

conceito decorrido da definição do empresário. Não encontraram os juristas uma noção satisfatória, no campo jurídico, a fim de caracterizar a nova figura. E, por isso, vê-se a doutrina obrigada a ir buscar na definição legal do "imprenditore" os elementos conceituais da "empresa". (Op.cit., 1959, p. 90).

⁷⁰ Art. 966. *Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.*

⁷¹ Como o próprio nome indica a atividade é um conjunto de atos, entretanto, esta não é qualquer conjugação de atos, mas um conjunto coordenado de atos, conseqüentes e tendentes a atingir uma mesma finalidade.

⁷² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial I: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 53.

⁷³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer dado em resposta à consulta formulada por Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, o Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro sobre o alcance de alguns dos dispositivos do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) atinentes ao direito de empresa que dizem respeito ao registro das sociedades simples, em 06 de agosto de 2003*. Disponível em: <http://www.rcpjrj.com.br/rcpj.web/#>, acessado em 05.02.2013.

1.3.1 Sociedades Empresárias

Embora não seja o foco principal do presente estudo, não se pode falar de associação de pessoas para o exercício de atividade empresarial sem mencionar a figura das sociedades, que, sem sombra de dúvidas, é o modelo de associação mais utilizado para o exercício da atividade empresarial.

Como bem ressalta Rachel Sztajn, as sociedades são importantes instrumentos para o tráfico mercantil e para o desenvolvimento econômico, na medida em que são entidades aptas a concentrar recursos e esforços, por meio da facilidade que possuem na captação de energias e capitais para a realização de operações financeiras, comerciais, industriais dentre outras⁷⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de sociedade está legalmente previsto no art. 981 do Código Civil⁷⁵, que dispõe ser esta o contrato celebrado entre pessoas destinado ao exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados, mediante obrigações recíprocas de contribuição de bens e/ou serviços.

Neste diapasão, do próprio texto legal depreende-se que o caráter colaborativo é inerente aos contratos de sociedade, afinal, os sócios se obrigam a contribuir reciprocamente para o exercício da atividade, de modo a partilharem os resultados obtidos.

Diversamente dos contratos bilaterais, onde as obrigações das partes são contrapostas, ou seja, colocam-se como causa e efeito uma da outra, nos contratos de sociedade as partes colocam-se umas ao lado das outras, a prestação de cada uma delas convergem para um fim comum, qual seja a consecução da atividade comum para o posterior compartilhamento dos resultados. Não há obrigações recíprocas entre as partes, ou seja, na relação estabelecida estas não figuram como devedoras uma das outras, sendo, contudo, devedoras da prestação de bens e/ou serviços para a sociedade. Tal relação configura o denominado contrato plurilateral, no qual as partes convergem seus interesses para um fim comum.

Em relação às partes em um contrato de sociedade, importante observar mais uma vez o próprio artigo 981, do qual se depreende que ao se referir a “pessoas” a lei não empreendeu qualquer distinção entre pessoa natural ou jurídica, ou seja, tanto uma quanto a outra podem celebrar o referido contrato, desde que observadas as regras gerais de capacidade para o

⁷⁴ SZTAJN, Rachel. *Terá a personificação das sociedades função econômica?* In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa, 2005, p. 70.

⁷⁵ Art. 981. *Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.* Parágrafo único. *A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.*

exercício dos atos da vida civil e também as peculiaridades atinentes a cada um dos tipos societários.

O art. 982 do Código Civil⁷⁶ emprega uma distinção entre sociedades simples e empresárias, dispondo ser empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário. Como já verificado, as sociedades são constituídas para o exercício de atividade econômica e a partilha dos resultados entre os sócios. Neste passo, o que irá definir se uma sociedade é simples ou empresária é, em verdade, a forma do exercício da atividade econômica.

Para isso, importante é socorrer-se do próprio conceito de empresário, contido no art. 966 do *Codex*, que define o empresário como aquele que exerce atividade econômica **organizada**. Neste sentido, a organização, ou seja, a coordenação de pessoas e bens materiais para a produção de mercadorias ou para prestação de serviços é a pedra de toque a diferenciar as sociedades empresárias das sociedades simples. A existência do elemento de empresa requer que a atividade econômica seja organizada, sendo possível a sua realização independentemente da atuação pessoal do sócio⁷⁷.

Sendo assim, é empresária a sociedade cujo objeto social é diretamente exercido pela própria organização. De modo diverso, nas sociedades simples o objeto social é exercido diretamente pelos sócios e é necessário que o próprio sócio empreenda as atividades para a produção de bens ou para a prestação de serviço. Portanto, nestas sociedades o sócio deve contribuir pessoalmente para a consecução da atividade econômica.

Contudo, independentemente da atividade econômica ser ou não organizada, conforme prevê o parágrafo único do art. 982, serão sempre empresárias as sociedades por ações e simples as cooperativas.

As sociedades também podem ser classificadas quanto à personificação, sendo possível verificar duas espécies de sociedades, aquelas personificadas em que há o nascimento de uma nova pessoa, pessoa jurídica, distinta da dos sócios e as não personificadas, ou seja, despidas de personalidade jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro há dois tipos de sociedades despersonificadas, a sociedade em comum, regulada nos arts. 986 a 990 do Código Civil e a sociedade em conta de

⁷⁶ Art. 982. *Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.*

Parágrafo único. *Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa.*

⁷⁷ Neste sentido ver MELLO, Maria Theresa Werneck. *Sociedades simples e sociedades empresárias: aspectos conceituais e registrales in* Temas de direito civil-empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 230.

participação, cuja disciplina encontra-se assentada nos arts. 991 a 996 do referido diploma legal.

Em relação às sociedades personificadas, deve-se destacar que a personalidade jurídica é adquirida com o registro, mediante a inscrição dos atos constitutivos no registro competente⁷⁸, se sociedades simples junto ao Registro Civil de Pessoas Jurídicas e se empresárias junto ao Registro Público de Empresas Mercantis. Com a personificação da sociedade cria-se um novo sujeito de direito que não se confunde com a pessoa de seus sócios, possibilitando a existência de uma separação patrimonial, o que, em alguns casos, enseja também a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios por obrigações assumidas pela sociedade.

A separação patrimonial e a decorrente limitação da responsabilidade pessoal de sócios por obrigações da sociedade facilita receber investimentos de muitas pessoas que, somados, permitem a cômoda organização de atividades – e isso vale para sociedades de capital intensivas, para aquelas em que o investimento é de longo prazo de maturação e para aquelas em que, por operarem em setores de tecnologia, apresentam elevado risco de insucesso -. A fragmentação do risco serve como incentivo para investidores que se mostrem propensos a participar desses investimentos⁷⁹.

Sem sombra de dúvida um dos maiores desideratos da personificação de uma sociedade, como ressaltado na lição da professora Rachel Sztajn acima, é a segregação do risco. Neste sentido, é preciso ressaltar que no Brasil a personificação não é condição *sine qua non* para a limitação de responsabilidade dos sócios, pois existem tipos societários em que a responsabilidade dos sócios ou de alguns destes é ilimitada.

Neste diapasão, em relação à responsabilidade dos sócios, as sociedades podem ser classificadas como de responsabilidade limitada e de responsabilidade ilimitada, havendo também tipos societários em que há categoria de sócios limitadamente responsáveis pelas obrigações sociais e outra de sócios ilimitadamente responsáveis (sociedade em comandita).

Na sociedade com sócios de responsabilidade limitada, uma vez integralizado o capital, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas. Ressalva-se, todavia, que na hipótese de não integralização da totalidade do capital social, conforme previsto no art. 1.052 do *Codex*, os sócios são solidariamente responsáveis pelo cumprimento desta obrigação.

⁷⁸ Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (arts. 45 e 1.150).

⁷⁹ SZTAJN, Rachel. *Terá a personificação das sociedades função econômica?* In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa, 2005, p. 72.

De modo diverso, nas sociedades com sócios de responsabilidade ilimitada, caso a sociedade não tenha patrimônio suficiente para adimplir com suas obrigações, cada sócio permanece responsável pelas dívidas assumidas em nome da sociedade. Neste caso, os sócios respondem subsidiariamente pelas dívidas sociais.

1.3.2 Associações Empresariais ou *Joint Ventures*

O surgimento do termo *joint venture*, que no início era denominado simplesmente *adventure*, posteriormente, *joint adventure* até a supressão do prefixo *ad*, para formar o termo atualmente conhecido, deu-se na Grã-Bretanha no século XVI, e designava aquelas associações estabelecidas entre dois ou mais comerciantes para aprestar um navio e negociar no ultramar.

As referidas associações davam-se de forma temporária, não havendo formalidades para a sua formação. As *joint adventures*, utilizando a designação inglesa da época, eram sociedades despersonalizadas, distinguindo-se das sociedades personificadas existentes à época, as denominadas *chartered companies*^{80 81}.

As *chartered companies* recebiam, por outorga real, os privilégios da personalidade jurídica e da limitação da responsabilidade. Todavia, ficavam sujeitas a um rígido Estatuto, além da fiscalização da Coroa, ao passo que as *joint ventures*, organizadas à revelia do Estado, de maneira livre e informal estavam desvinculadas de restrições estatutárias⁸².

Sem embargo, esta *joint venture* inglesa supra mencionada estava mais próxima da “*commenda*⁸³” medieval do que do que atualmente se denomina *joint venture*. Sobre o

⁸⁰ As *Chartered Companies* eram companhias monopolistas cuja finalidade era o comércio marítimo, especialmente aquele desenvolvido entre metrópole e colônias, sendo a Companhia das Índias Ocidentais, apesar de Holandesa, certamente, o melhor exemplo histórico deste tipo societário.

⁸¹ O decreto, que instituiu a Companhia das Índias Ocidentais, concedeu-lhe os mais amplos privilégios, autorizando-a, em nome dos Estados Gerais, a “fazer contratos, pactos e alianças com príncipes e naturais dos países compreendidos nos limites, construir fortalezas e fortificações, admitir gente de guerra, nomear governadores e funcionários da justiça e outros, para os serviços necessários à conservação das praças, manutenção da ordem e policia, distribuição da justiça e desenvolvimento do comércio, deportar e demitir funcionários e colocar outros em seu lugar. Cf. VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p.11-12.

⁸² Cf. LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *As Joint Ventures*. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 1, jan./abr. 1995, P. 77.

⁸³ O contrato de *commenda* seria o que hoje no Brasil é chamado de sociedade em conta de participação, na qual há a figura de dois tipos de sócio: um *sócio ostensivo* o qual negocia e contrata sob o seu próprio nome e responsabilidade, e o *sócio oculto*, atualmente denominado *participante*, conforme terminologia adotada pelo Código Civil de 2002, sendo este um financiador daquele, ou seja, uma pessoa que presta-se unicamente a disponibilizar o capital, não figurando externamente nas relações da sociedade. Há também quem afirme (FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento*

contrato de *commenda* medieval, Rubens Requião ressalta a existência de diversas modalidades que variavam de acordo com a natureza do empreendimento. Assim, a conjugação de esforços ora impunha ao *commendator* apenas o oferecimento de capitais, cabendo ao *tractator* a aplicação dos recursos, ora ambos ofereciam tanto capital quanto os serviços para a consecução da atividade, sendo a primeira a *comenda* propriamente dita e a segunda a *societas* ou *collegantia*:

O Prof. Postan, da Universidade de Cambridge, tendo em vista o medievo inglês, classifica as modalidades de *commenda* nos seguintes tipos: 1) sociedade em que o capital engajava os serviços de um comerciante (*service partnership*); 2) o comerciante engajava o capital (*finance partnership*); 3) ambas as partes se conferiam os capitais e seus serviços (*real partnership*)⁸⁴.

Já nos Estados Unidos, muitos autores que se dedicaram ao estudo do tema indicam que o primeiro posicionamento das Cortes ianques se deu em 1808⁸⁵ na Suprema Corte da Pensilvânia. Entretanto, o professor canadense Robert Flannigan⁸⁶ indica que, na verdade, o termo *joint venture*, já havia sido suscitado em decisão daquela mesma corte em 1806⁸⁷, ou seja, dois anos antes.

No julgamento apontado pelo professor canadense, os julgadores partiram da premissa de que o vínculo existente entre as partes da lide era o de sócios⁸⁸ (*partners*) e que, independentemente da existência de um contrato de *joint venture*, a relação estabelecida entre as partes caracterizava uma *partnership*⁸⁹.

Tendo em vista que nos Estados Unidos as disputas entre os sócios em uma *partnership* são resolvidas por meio do juízo de equidade, através de uma ação de prestação de contas, o entendimento da Corte foi no sentido de que, caracterizada a *partnership*, inexistiria justificativa para a propositura de uma ação em direito (*assumpsit* - ação por descumprimento contratual), não sendo possível o prosseguimento da ação judicial na forma como fora proposta⁹⁰.

empresarial, as sociedades, São Paulo: RT, 2009, p. 189) que a sociedade em comandita simples teria surgido no final da Idade Média como transformação do antigo contrato de *commenda* medieval.

⁸⁴ REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 390.

⁸⁵ Hourquebie v. Girard, 12 Fed. CAs. 6732, 2 Wash. C. C. 212 (1808); Lyles v. Styles, 15 Fed. Cas. 8625, 2 Wash. C. C. 224 (1808).

⁸⁶ FLANNIGAN, Robert. *The Joint Venture Fable*, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1604084>, acessado em 15.10.2012.

⁸⁷ *Ozeas v. Johnson* Binn. 191 (Pa. 1806).

⁸⁸ Além de utilizar a palavra sócio, tradução do termo em inglês *partners*, optou-se por também mencionar este último, posto que pela decisão, haveria no caso concreto uma *partnership*.

⁸⁹ Para evitar confusão no presente estudo será evitada a tradução do termo *partnership* para a língua portuguesa.

⁹⁰ *The proper remedy, for one partner against the other, is by an action of account render. No case has been cited by the plaintiff's counsel to show that an action like the present can be maintained, unless the partners*

No direito norte-americano a criação de uma *partnership* se dá quando uma ou mais pessoas desenvolvem, em conjunto, um negócio com fins lucrativos. Não há requisitos formais para a formação de uma *partnership*, pois a existência destas pressupõe apenas que duas ou mais pessoas iniciem o negócio conjunto sem que outra modalidade de negócios seja escolhida, sendo esta, portanto, uma forma padrão de fazer negócios. As pessoas podem se tornar sócias sem sequer imaginar que o fizeram, não dimensionando, portanto, as conseqüências da relação fática estabelecida⁹¹.

Em verdade, a utilização das *partnerships* para fazer negócios se dá nos Estados Unidos há séculos, com algumas variações de estado para estado. Contudo, desde 1914, há lei federal que buscou unificar certas matérias acerca das *partnerships*, denominada *Uniform General Partnership Act* (“UPA”). Ao longo dos anos o UPA passou por diversas revisões, de modo a subsidiar o regime legal das *partnerships* nos estados norte-americanos. Na década de 1990 o UPA passou por duas revisões, uma em 1994 e outra em 1997, também conhecidas como *Revision Uniform Partnership Act* (“RUPA”)⁹²⁻⁹³.

A *partnership* não pressupõe a formação de uma relação jurídica, mas de uma relação fática. Nesse sentido é importante destacar os elementos⁹⁴ que definem uma *partnership*,

have settled their account, and struck the balance. It is of importance that the forms of action should not be confounded. They are founded in good sense, and convenience. The defendant has an interest in insisting that the proper form of action should be preserved, of which this court has no right to deprive him. It is most convenient that the partnership accounts should be settled before auditors. It would be extremely difficult, and in many cases almost impossible to settle them by a jury. I am therefore of opinion that the plaintiff cannot maintain his action. Tradução livre: O meio apropriado de um sócio litigar em face de outro sócio é pela ação de prestação de contas. O advogado do autor não indicou qualquer decisão que demonstrasse a necessária manutenção da presente ação, ou mesmo que os sócios tenham liquidado suas contas, e finalizado o saldo. É importante que as formas de ações não sejam confundidas. Elas são criadas de acordo com a conveniência e o bom senso. O réu tem o interesse em insistir que seja adotada a forma apropriada de ação, não tendo a Corte o direito de privá-lo deste meio. É mais conveniente que a prestação de contas da sociedade ocorra antes da auditoria. Seria extremamente difícil e em alguns casos até mesmo impossível o julgamento por um júri. Eu sou, por isso, da opinião de que o autor não pode manter esta ação.

⁹¹ HYNES, J. Dennis e LOEWENSTEIN, Mark J. *Agency, partnership and the LLC in a nutshell*, St. Paul, MN: West Publishing Co., 2008, p. 202-203.

⁹² BOUCHER, Joseph W. *Drafting LLC and partnership agreements*. Costa Mesa, CA: James Publishing, Inc., 2011, p. 74.

⁹³ Sobre as alterações implementadas pelo *Revision Uniform Partnership Act* o autor esclarece o seguinte: *By the 1990s it became apparent that the general partnership model was no longer the preferred entity model due to the absence of personal liability protection for partners. One of the leading reasons for this was the impact of lawsuits filed against many accounting firms in the late 1980s and early 1990s. These suits were a result of the savings and loan scandals at that time throughout the southern and southwestern United States. Because of these lawsuits, the American Institute of Certified Public Accountants proposed amending the General Partnership Statute to create the so-called Limited Liability Partnership. Thus, the limited liability partnership is essentially an amendment to the general partnership statute (UPA or RUPA) to create personal liability protection for partners in general partnerships.* (*Idem*, p. 75)

⁹⁴ Os elementos que subsidiam a definição de uma *partnership* são depreendidos da definição deste termo na RUPA, §§ 101 (6), *in verbis*: “Partnership” means an association of two or more persons to carry on as co-owners a business for profit formed under Section 202, predecessor Law, or comparable Law of another jurisdiction. (grifos nossos)

quais sejam: (i) **associação**, conjunto de pessoas que tem um objetivo em comum; (ii) **pluralidade de pessoas**, as quais precisam ser capazes para o exercício de atos da vida civil; (iii) **condução conjunta dos negócios**⁹⁵; (iv) **fins lucrativos**⁹⁶.

Outrossim, por mais que possa parecer óbvio, tendo em vista o já exposto nos parágrafos anteriores, é importante destacar que as *partnerships* não possuem personalidade jurídica própria, sendo formas de associação despersonalizadas (*unincorporated enterprises*)⁹⁷.

No que tange a responsabilidade, conforme disposto na alínea *a* do § 306 da RUPA, todos os *partners* são solidariamente responsáveis pelas obrigações assumidas em nome da *partnership*⁹⁸.

Ao transpor as características das *partnerships* do direito norte-americano para o direito brasileiro, buscando encontrar semelhanças com os tipos societários aqui existentes, podem-se verificar algumas semelhanças entre esta e sociedade em comum.

Assim como a *partnership*, a sociedade em comum também é despersonalizada, ela existe independentemente do registro ou mesmo de um contrato escrito, podendo terceiros

⁹⁵ UPA, § 9. PARTNER AGENT OF PARTNERSHIP AS TO PARTNERSHIP BUSINESS

(1) *Every partner is an agent of the partnership for the purpose of its business, and the act of every partner, including the execution in the partnership name of any instrument, for apparently carrying on in the usual way the business of the partnership of which he is a member binds the partnership, unless the partner so acting has in fact no authority to act for the partnership in the particular matter, and the person with whom he is dealing has knowledge of the fact that he has no such authority.*

[...]

§ 18. RULES DETERMINING RIGHTS AND DUTIES OF PARTNERS

(e) *All partners have equal rights in the management and conduct of the partnership business.*

⁹⁶ HYNES, J. Dennis e LOEWENSTEIN, Mark J. *Op. cit.*, p. 211-212.

⁹⁷ Neste sentido vale destacar que, salvo quando da existência de legislação estadual específica, antes do advento da RUPA, as *partnerships* não possuíam sequer legitimidade processual para demandar ou ser demandada em juízo. Assim, em todas as demandas da *partnership* ou em face dela, deveriam figurar como partes os *partners*. Dentre as reformas introduzidas pela RUPA nos anos 90, destaque deve ser dado ao § 307, atribuindo legitimidade processual às *partnerships*, *in verbis*: (a) *A partnership may sue and be sued in the name of the partnership.* Neste sentido, vale ainda a transcrição da lição de Mark. E. Roszkowski: *Under the traditional aggregate, or common Law, theory, the rights and obligations created by partnership activities are those of the partners; the partnership is not recognized as a legal person. Section 201 of the RUPA rejects this approach, providing simply that "a partnership is an entity distinct from its partners". Thus although the partners are personally liable for firm debts, the partnership is an entity for purposes of acquiring, holding, and transferring property, and each partner is considered an agent of the partnership.* (ROSZKOWSKI, Mark. E. *Business Law: principles, cases and policy*, West Publishing Co., 2006, p. 770).

⁹⁸ § 306. PARTNER'S LIABILITY.

(a) *Except as otherwise provided in subsections (b) and (c), all partners are liable jointly and severally for all obligations of the partnership unless otherwise agreed by the claimant or provided by law.*

(b) *A person admitted as a partner into an existing partnership is not personally liable for any partnership obligation incurred before the person's admission as a partner.*

(c) *An obligation of a partnership incurred while the partnership is a limited liability partnership, whether arising in contract, tort, or otherwise, is solely the obligation of the partnership. A partner is not personally liable, directly or indirectly, by way of contribution or otherwise, for such an obligation solely by reason of being or so acting as a partner. This subsection applies notwithstanding anything inconsistent in the partnership agreement that existed immediately before the vote required to become a limited liability partnership under Section 1001(b).*

comprovar a sua existência sob qualquer meio de prova admitido em juízo. Ressalva-se apenas que, nas relações entre si, somente por escrito podem os sócios comprovar a existência da sociedade⁹⁹.

De outro turno, mais uma semelhança diz respeito a possibilidade de qualquer um dos sócios praticar atos de gestão em nome da sociedade¹⁰⁰. Outrossim, os sócios da sociedade em comum, assim como na *partnership*, são todos solidária e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais¹⁰¹.

Embora haja as semelhanças acima expostas, é importante destacar que tais associações empresariais comportam diferenças, especialmente em virtude do caráter transitório da sociedade em comum, facilmente depreendida de uma leitura mais atenta do art. 986 do *Codex*¹⁰², ao passo que *partnership* não pressupõe tal transitoriedade.

Empreendida esta breve comparação entre as *partnerships* e a sociedade em comum, é preciso verificar quais as razões para a discussão acerca da relação estabelecida entre as partes em uma *joint venture* ser ou não enquadrada como uma *partnership*, nesse sentido, ainda sobre a questão do meio processual adequado, ou seja, o tipo de ação que pode ser utilizado pelas partes, cabe a transcrição de decisão da Suprema Corte de Nevada, *in verbis*:

A principal diferença entre a *partnership* e a *joint venture* é que, em muitas jurisdições, onde é considerada a existência desta, uma parte pode acionar a outra por descumprimento contratual; mas este direito não torna precluso o direito de demandar pedindo a prestação de contas no juízo de equidade¹⁰³ (Tradução livre).

Apesar das primeiras decisões remontarem ao início do século XIX, foi apenas em sua segunda metade e no início do século XX, que houve as primeiras manifestações jurisprudenciais cuja preocupação era definir mais precisamente as características das relações estabelecidas em uma *joint venture*, buscando traçar as diferenças existentes entre esta e a *partnership*.

⁹⁹ Cf. Código Civil, Art. 987. Os sócios, nas relações entre si ou com terceiros, somente por escrito podem provar a existência da sociedade, mas os terceiros podem prová-la de qualquer modo.

¹⁰⁰ Cf. Código Civil, Art. 989. Os bens sociais respondem pelos atos de gestão praticados por qualquer dos sócios, salvo pacto expresse limitativo de poderes, que somente terá eficácia contra o terceiro que o conheça ou deva conhecer.

¹⁰¹ Cf. Código Civil, Art. 990. Todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais, excluído do benefício de ordem, previsto no art. 1.024, aquele que contratou pela sociedade.

¹⁰² Art. 986 *Enquanto* não inscritos os atos constitutivos, *reger-se-á* a sociedade, exceto por ações em organização, pelo disposto neste Capítulo, observadas, subsidiariamente e no que com ele forem compatíveis, as normas da sociedade simples. (grifos nossos)

¹⁰³ Miller v. Walser, 42 Nev. 497, 181 Pac. 437 (1919), (*The principal distinction between a partnership and a joint venture is that in most jurisdiction, where any is regarded as existing, one party may sue the other at law for a breach of the contract; but this right will not preclude a suit in equity for an accounting.*)

Interessante observar que, da leitura de uma das muitas decisões das Cortes norte-americanas sobre o tema da *joint venture*, depreende-se a seguinte afirmação: “os Tribunais ainda não deram uma definição exata do termo *joint venture* que possa ser usada, como uma regra, por meio da qual as questões concernentes podem ser determinadas¹⁰⁴”.

Nichols¹⁰⁵ explica essa indefinição pelo fato de que nem todas as combinações às quais os homens de negócios chamam de *joint venture* são consideradas como tal aos olhos dos Tribunais de seu país. Algumas foram consideradas como simples sociedades (*partnership*), outras simples acordos financeiros.

Não tendo sido fixado pelos Tribunais uma definição precisa da *joint venture*, o conceito restou um tanto quanto fluido, sendo as definições estabelecidas em cada caso, consoante a natureza do negócio e de outros fatos.

A falta de um conceito ou mesmo a existência de um que seja um tanto quanto genérico costuma ser desconfortável, em especial aos juristas que, em regra, são mais apegados à conceituação dos institutos. Tendo em vista ter surgido no curso da vida prática das negociações, buscando atender com incrível flexibilidade aos anseios dos homens de negócio, a *joint venture*, à primeira vista, parece não se submeter ao enquadramento das definições.

Em virtude desta dificuldade para elaboração de um conceito unívoco, é importante observar o trabalho desempenhado tanto pela doutrina quanto pelos tribunais norte-americanos, que passaram cada vez mais a destacar as diferenças existentes entre a *joint venture* e a *partnership*, de modo a individualizar cada vez mais aquela.

Dentre as distinções estabelecidas, podem-se citar as mais importantes, tais como: a) quem pode ser parte – na *partnership*, somente pessoas físicas, enquanto nas *joint ventures* podem também ser pessoas jurídicas¹⁰⁶; b) *delectus personarum* – na *partnership* qualquer sócio pode vetar a entrada de um novo sócio provocando, em regra, a dissolução da sociedade, o que não ocorre na *joint venture*; c) relação entre os sócios – na *partnership* há a delegação para um ou mais participantes para que estes exerçam a direção e representação da

¹⁰⁴ Rae v. Cameron, 112 Mont 159, 168, 114 p. 2d. 1060 (1941), *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo, *A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista* in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XX, 42, abr/jun 81. “A reading of the cases on the subject confirms the observation to the effect that the courts have not laid down an exact definition of the term *joint adventure* which can be used as a general rule by means of which the ultimate question can be determined”.

¹⁰⁵ NICHOLS. “Joint Ventures” in *Virginia Law Review*, vol. 36, n. 4, 1950, p.425-429. *apud* BAPTISTA, Luiz Olavo, *A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista* in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, ano XX, 42, abr/jun 81, p. 43.

¹⁰⁶ Importante ressalva é que na atualidade esta regra não é mais válida na maioria dos estados da federação norte-americana, no Estado de Nova Iorque, por exemplo, admite-se que uma pessoa jurídica (*Corporation*) seja sócia de uma *partnership*.

sociedade; já na *joint venture* essa delegação de poderes não existe, a não ser que os sócios tenham realizado tal delegação de forma expressa porque, em regra, a gestão é conjunta; d) divisão de lucros ou perdas – nas *joint ventures* a repartição de lucros não acarreta, obrigatoriamente, a repartição de eventuais prejuízos, já nas *partnerships* esse princípio é fundamental; e) ação judicial – enquanto nas *partnerships* os sócios somente possuem um tipo de ação (real) cabível contra a sociedade para recebimento de seus créditos – *action of account*, nas *joint ventures* os participantes dispõem, além desta, uma outra ação contra o inadimplemento de obrigação contratual – *action at law*; f) duração do empreendimento – as *partnerships* são tidas como associações duradouras, de tempo indeterminado, ao contrário das *joint ventures*, que são vistas como passageiras ou *ad hoc*. Todavia, esta última característica vem perdendo importância em face da existência de *joint ventures* cujos empreendimentos têm caráter temporal indefinido, em virtude da natureza do próprio negócio¹⁰⁷.

Com efeito, delineadas as diferenças existentes entre as *partnerships* e as *joint ventures*, não se poderia chegar a um conceito desta antes que, por último, fossem apontados os traços que a identificam. Desta forma, importante é trazer à baila a lição dada pelo Prof. Luiz Olavo Baptista¹⁰⁸ que busca tipificar as *joint ventures* com base nos elementos reiteradamente apontados em diversas decisões judiciais norte-americanas, quais sejam: 1) a reunião dos participantes em uma empresa – ou uma comunidade de interesses divididos entre os participantes em um ou mais projetos; 2) um motivo, quase sempre o lucro, que leva os participantes a participar da empresa; 3) um acordo para a gestão da *joint venture* que disciplina o exercício do controle; 4) esse acordo deve ter os elementos de um contrato (tal como definidos pela *Common Law*); 5) a motivação e o interesse das partes em relação à empresa devem ser claros; assim como 6) a forma de distribuição dos lucros se a *joint venture* almeja lucro para si própria e não para outras sociedades.

Para ilustrar alguns dos requisitos, em seu artigo o jurista traduz o trecho de uma decisão que, por sua técnica e conteúdo, merece ser transcrito:

A joint venture não é um status created by Law, como observou um Tribunal Federal em Nova York, quando uma ação do governo dos EUA contra a Standard Oil Co. of California, teve que examinar a natureza jurídica da joint venture. Nesse caso, em que a joint venture foi examinada minuciosamente, ressaltou-se a exigência de um contrato, pois, segundo esse Tribunal, para afirmar se a joint venture foi criada ou não, depende-se integralmente da vontade das partes, expressa ou

¹⁰⁷ Cf. GAMBARO, Carlos Maria, *O contrato internacional de joint venture in* Revista de Informação Legislativa, v. 37, n.º 146, abr./jun. de 2000, p. 89.

¹⁰⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 42.

implícita. Continuava o julgado dizendo que a *joint venture* pode ter a mesma natureza de uma sociedade limitada a um único empreendimento, e não com propósito geral, e mais que ela é em geral descrita como uma combinação de propriedades, esforços, conhecimentos e decisões em um empreendimento comum¹⁰⁹.

Da leitura do trecho nota-se que um dos requisitos apontados como condição *sine qua non* para que haja uma *joint venture* é a existência de um contrato, seja ele implícito ou explícito. Ou seja, nota-se a forte presença da autonomia da vontade, na medida em que é um contrato de forma livre, mesmo não tipificado.

A Suprema Corte norte-americana decidiu que o contrato que dá origem à *joint venture* deve ter ínsita a intenção de criá-la. A verificação da existência, ou não, dessa intenção é uma questão a ser verificada casuisticamente¹¹⁰.

Das decisões dos Tribunais norte-americanos sobre o fenômeno, depreende-se que é feita uma análise casuística, na qual se observa se há o preenchimento dos requisitos, como em um teste, desta forma sendo preenchidos determinados requisitos, verifica-se tratar se ou não de uma *joint venture*.

Explicitados os conceitos acima, deve-se agora perquirir a definição da natureza jurídica da *joint venture*. Importante frisar que, para estabelecer a natureza jurídica de um fenômeno, faz-se mister a análise da relação jurídica existente. Pelo já exposto nota-se que o vínculo existente entre as partes não é imperativo - *ex re*, mas voluntariamente assumido porque a relação entre elas nasce do consenso - *ex contractu*.

Assim, mesmo quando a *joint venture* adotar a forma de uma sociedade, sua natureza jurídica será contratual, já que a relação jurídica é estabelecida pelo consenso entre as partes, ou seja, pelo acordo de vontades.

Antes de concluir o conceito da *joint venture*, bem como a determinação da sua natureza jurídica, é importante fazer uma observação no que tange à diferença existente entre os sistemas jurídicos norte-americano e brasileiro.

Os Estados Unidos, assim como a maioria dos demais países de tradição anglo-saxônica, adota o sistema jurídico da *Common Law*.

A *Common Law*, direito declarado pelo juiz (*judge made Law*), tem no precedente judicial (*case Law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais¹¹¹.

¹⁰⁹ United States v. Standard Oil Co. of California, 155 F. Supp. 121 (S.D.N.Y. 1957), aff'd 270 F.2d 50 (2d Cir. 1959) in BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 48.

¹¹⁰ Commissioner of Internal Revenue v. Tower, 327 U.S. 280 (1946).

¹¹¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 294.

De modo diverso, a *Civil Law*, sistema jurídico adotado pelos países da Europa continental e seguido pelo Brasil, tem a lei como a sua fonte principal, sendo subsidiárias as demais fontes. Neste sistema há uma grande preocupação em tipificar institutos, pela formulação duma definição genérica, haja vista a sua lógica dedutiva. Já a *Common Law* prefere a definição a partir do conteúdo dos casos concretos, ou seja, a definição é caso a caso.

Transcorridas estas breves linhas sobre a diferença existente entre o sistema jurídico de onde a *joint venture* é originária e o sistema adotado no Brasil, importante transcrever a advertência expressada por dois autores argentinos:

Existen graves confusiones sobre el joint venture, pues las distintas obras dedicadas al estudio desta figura, suelen conducir a desconciertos originados en el esfuerzo tendiente a precisar un concepto. Ello lleva a los autores formados en una concepción del derecho extraña al criterio anglosajón, a sostener opiniones divergentes respecto a cuáles son los elementos esenciales y característicos de esta figura. Agregan que, al desconocerse esa ambigüedad en el derecho norteamericano, gran parte de la doctrina extranjera que se há ocupado del tema há caído em infructuosos intentos de desarrollar un concepto de joint venture, sea en el marco del derecho norteamericano, sea tratando de hallar el equivalente de esa figura en otros ordenes jurídicos.¹¹²

Das palavras acima se pode verificar que o comportamento dos juristas de tradição romanística em criar conceitos herméticos, na tentativa de tudo tipificar, mostra-se bastante infrutífero no caso das *joint ventures*, pois mesmo nos países da Civil Law estas não são criação da lei, mas nascem exclusivamente de contratos, os quais não possuem nenhum tipo prescrito em lei. Estes podem ser formais ou tácitos, tendo como partes empresários, seja sociedade empresária ou empresário individual e possuem o escopo de instituir uma colaboração entre os pactuantes.

Na esteira daqueles que entendem a história como algo cíclico, dir-se-ia que as *joint ventures* de hoje se assemelham aos comerciantes da Idade Média e início da Idade Moderna que vislumbraram na associação de pessoas uma forma de transpor desafios e empreender atividades com as quais um homem isoladamente dificilmente iria conseguir arcar com os custos.

Naquela época surgiram os diversos tipos de sociedades que se conhece atualmente, onde os homens reuniam seus esforços e capital e dividiam os riscos. Atualmente, em um

¹¹² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo e KELLY, Julio A., *Contratos de colaroración empresaria*, Buenos Aires: Heliasta, 1987, p. 103 *apud* FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 779.

mercado extremamente competitivo e globalizado, são as sociedades que encontram na união entre si, uma forma de superar os desafios da atividade empresária.

Os contratos de colaboração visam diminuir os gastos que adviriam da celebração de diferentes contratos de intercâmbio, sem qualquer concatenação. Desta forma a celebração daquele tipo contratual enseja numa redução dos custos de transação, ou seja:

Trata-se de realidade inegável: os empresários, em sua prática diária, trazem à luz contratos que pressupõem esforços conjugados, mas em que as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois pólos.¹¹³

O acentuado caráter de colaboração, que requer um esforço conjunto das partes (*co-ventures*), demonstra que na ilustração acima descrita as *joint ventures* tendem mais para uma sociedade do que para um simples contrato de compra e venda. Todavia, na medida em que no direito brasileiro predomina o princípio da autonomia privada, não havendo a exigência de uma forma específica para os negócios jurídicos, estes podem se realizar livremente, desde que não defesos em lei¹¹⁴.

Neste ponto começa a ficar mais evidente a diferença existente entre aqueles contratos que estão pendentes para o lado da sociedade daqueles que não estão apenas pendentes, porque na verdade são uma sociedade, preenchem os requisitos formais de modo que se vestem com as rígidas formas societárias e assim os *co-ventures*, além de parceiros, tornam-se sócios.

Importante observar que nesta situação haverá a criação de uma pessoa jurídica distinta da dos contratantes, sendo esta o meio utilizado para que os sócios (*co-ventures*) exerçam em conjunto as atividades que estarão estabelecidas no contrato de *joint venture*. A esta modalidade dá-se o nome de *corporate joint venture* ou *joint venture societária*.

De outro turno, não havendo a constituição de uma nova sociedade distinta da dos contratantes tem-se a *non corporated joint venture* ou *joint venture contratual*. Apesar de haver uma associação de interesses para o compartilhamento dos riscos entre os parceiros, na *joint venture* contratual não há a formação de uma estrutura societária, ou seja, não há o nascimento de uma pessoa jurídica distinta dos pactuantes. Nesta modalidade o vínculo entre as partes é de caráter estritamente contratual, onde ocorre a associação de duas ou mais

¹¹³ FORGIONI, Paula A., *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 173.

¹¹⁴ Código Civil, Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

pessoas que, no intuito de efetuar um projeto, se unem para em conjunto unir recursos, sejam financeiros ou materiais, além de suas experiências e conhecimentos, para a consecução do projeto, convencionando também a divisão de lucros e perdas.

Nota-se, portanto, que a distinção se baseia na forma jurídica adotada pelos *co-ventures* para o desenvolvimento do empreendimento comum.

Qualquer análise da *joint venture* contratual dentro do ordenamento jurídico brasileiro não pode ser feita sem que também seja analisada a questão dos consórcios, instituto previsto nos artigos 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76).

Na doutrina é pacífico que a Lei nº 6.404/76 é a lei geral dos consórcios. Nos dois artigos supracitados são indicados os participantes e o objeto do consórcio. Há previsão textual de que este não tem personalidade jurídica. Além disso, da leitura do art. 278, § 2º, depreende-se que inexistente presunção de solidariedade entre as sociedades consorciadas. Todavia, como a maioria das regras comporta exceções, deve-se ressaltar o prescrito no art. 28, § 3º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

[...]

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

Apesar de parecer inequívoco o erro legislativo, eis que inclui o consórcio, fenômeno que pela lei não é dotado de personalidade jurídica, em um artigo que versa especificamente sobre a desconsideração da personalidade jurídica, enquanto não revogado o referido parágrafo, prevalecerá, no que tange as relações consumeristas, a solidariedade existente entre as sociedades consorciadas¹¹⁵.

Passadas estas primeiras observações, é importante destacar que a lei disciplina o consórcio como uma modalidade de contrato de colaboração empresarial, sendo que parte da doutrina prefere inseri-lo no gênero dos grupos de sociedades, na espécie dos grupos de coordenação.

¹¹⁵ O § 3º trata da responsabilidade solidária das sociedades consorciadas, caso em que nem se poderia cogitar de desconsideração, pelo fato de não possuir o consórcio personalidade jurídica, requisito indispensável à aplicação da teoria. In ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da Common Law e sua aplicação no direito inglês e norte-americano – influência no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor in* Temas de direito civil-empresarial. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

O consórcio é uma forma de concentração administrativa, em relação de coordenação decorrente da comunhão parcial de interesses. Ele comporta a união parcial ou secundária de duas ou mais empresas, com a persistência das células individuais. Ele surge assim como opção onde a união integral revela-se inadequada, configurando uma estrutura de cooperação institucional que permite a conjugação de esforços e recursos¹¹⁶.

Importante também é colacionar a lição de Mauro Rodrigues Penteado sobre o contrato de consórcio:

Trata-se de contrato plurilateral, modalidade contratual superiormente sistematizada por Tullio Ascarelli, cuja nota marcante repousa na existência de escopo comum entre os interessados, que assumem direitos, obrigações e prestações que convergem para a sua consecução, diversamente das obrigações chamadas “correspectivas”, peculiares aos contratos bilaterais¹¹⁷.

Desta forma, é possível chegar à conclusão de que existem muitos traços comuns entre os contratos de consórcio e as *joint ventures* contratual, visto que em ambos os fenômenos há a união de pessoas as quais visam a concretização de um interesse comum, estabelecido por um vínculo contratual.

Todavia é importante fazer a seguinte ressalva: por mais que o consórcio seja visto como uma *joint venture* contratual, a recíproca não é verdadeira, eis que, aquele contrato é tipificado¹¹⁸ em seu respectivo diploma legal, Lei das Sociedades por Ações, ao passo que

¹¹⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do petróleo: as joint ventures na indústria do petróleo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 74.

¹¹⁷ PENTEADO, Mauro Rodrigues. *O contrato de consórcio in Novos Contratos Empresariais* (Coord. Carlos Alberto Bittar). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 76.

¹¹⁸ Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

§ 1º O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão:

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.

este é associado à autonomia privada, podendo adotar outras formas que não as do contrato de consórcio.

A prática mercantil costuma sempre anteceder a legislação, o que não se mostrou diferente no caso de colaboração entre sociedades empresárias. A regulamentação dos consórcios foi posterior à gênese do espírito de cooperação entre empresários, ou seja, as soluções se mostram oriundas das próprias sociedades, que observando os limites legais, buscaram, em conjunto, meios de empreender determinadas atividades as quais, separadamente, dificilmente seria possível realizar.

Como leciona Fabio Konder Comparato para determinados empreendimentos a concentração pode se revelar impossível ou inadequada, havendo nestes casos a possibilidade de conjugação de esforços e recursos sem a supressão da autonomia das diferentes sociedades participantes permite que cada sociedade empresária continue a perseguir o seu próprio objetivo, sob o controle independente de cada empresário, sendo assim criadas estruturas de cooperação, onde antes havia um conjunto de operações isoladas¹¹⁹.

Desta forma, é possível concluir a abordagem sobre as associações empresariais em geral, para prosseguir no estudo das *joint ventures* na indústria do petróleo. Destaca-se desde já, que a prática tem demonstrado a preferência à modalidade contratual, que advém da necessidade de fuga da rigidez dos tipos societários, que, conforme será demonstrado no próximo capítulo, não se adéqua bem aos interesses das companhias petrolíferas.

¹¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

2 ASPECTOS CONCEITUAIS DE DIREITO DO PETRÓLEO

Antes de debruçar-se especificamente sobre as associações empresariais na indústria do petróleo, tema objeto do presente estudo, é forçoso delinear alguns aspectos importantes para a melhor compreensão da dinâmica das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

Neste sentido, buscar-se-á trazer à baila no presente capítulo algumas questões conceituais no que tange ao Princípio da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, correlacionando-o com os regimes de propriedade dos hidrocarbonetos adotados pelos diferentes Estados.

Além disso, também será demonstrada a importância das *National Oil Companies (NOC)* no cenário atual da indústria do petróleo.

Por fim, empreender-se-á uma breve análise dos principais tipos contratuais celebrados entre um Estado hospedeiro e uma *International Oil Company (IOC)*, de modo a perquirir as peculiaridades de cada uma das modalidades de participação da iniciativa privada nas atividades do setor de exploração e produção de hidrocarbonetos.

Neste sentido, para uma melhor sistematização, abordar-se-á no presente capítulo o tema referente aos Contratos com o Estado e sua correlação com o denominado Direito dos Investimentos, para, no próximo capítulo, empreender a análise das associações empresariais no setor, as *joint ventures* na indústria do petróleo.

2.1 Aspectos Conceituais: o Princípio da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais e a Exploração Econômica das Jazidas de Petróleo e Gás Natural

O petróleo é um recurso essencial para a vida moderna, sendo uma importante fonte energética e o grande impulsionador do desenvolvimento econômico mundial e do grande salto tecnológico verificados ao longo do século XX. Apesar de haver registros anteriores da utilização do petróleo, o uso industrial só se deu a partir do meado do século XIX, pois anteriormente o seu potencial energético era praticamente desconhecido.

Em meados do século XIX, o mundo vivia o auge da Revolução Industrial e não era mais tolerável que as atividades produtivas ficassem na dependência da luz solar. Os meios de prover iluminação à época - óleo de baleia e a fase liquefeita do carvão mineral ("óleo de

carvão”), além de caros, eram precários. O mundo demandava luz e na esteira desta carência floresceu a moderna indústria do petróleo¹²⁰.

Descoberto o potencial que o petróleo, após o devido processamento, possuía para a iluminação, este se tornou um grande negócio cuja importância e valor econômico foi adquirindo contornos conforme a existência ou não de mecanismos regulatórios para a sua extração.

Para verificar o arcabouço regulatório e empreender a análise jurídica de qualquer tema relativo ao petróleo deve se ter por premissa que este é um recurso natural, cuja regulação varia de um Estado para o outro, nesta esteira é necessário verificar os principais sistemas de propriedade sobre os recursos minerais adotados pelos países.

Como bem salienta Marilda Rosado de Sá Ribeiro, a análise dos sistemas jurídicos de propriedade sobre os recursos naturais podem ser reduzidas a duas categorias: de um lado os sistemas de direito privado, que excluem a intervenção do Estado, e do outro lado sistemas de direito público, em que o Estado participa como proprietário das minas ou titular de outros direitos reais, pessoais ou administrativos¹²¹.

No que tange à categoria de direito privado, o sistema que a representa é o de acessão, também denominado de sistema fundiário. Tal sistema se baseia em uma noção individualista na qual o direito de propriedade abrange além da superfície também o domínio do solo, toda parcela correspondente àquela área tanto acima, em direção ao céu, quanto abaixo, para o centro da terra. Neste sistema é conferido ao proprietário direito de propriedade também sobre o subsolo, que é considerado um acessório da superfície, sendo os recursos minerais nele encontrados os frutos cuja propriedade é daquele que detém o domínio sobre o solo.

O sistema de acessão desenvolve-se principalmente em países de tradição político-econômica liberal, tendo este sido a base do regime minerário inglês e norte-americano. Vale trazer à baila a observação do professor Ernest Smith de que atualmente Estados Unidos e Canadá são praticamente os únicos países que ainda admitem a possibilidade das jazidas de petróleo, gás natural e outros minerais serem de propriedade privada. Com exceção desses dois países, em quase a totalidade dos demais países do mundo os recursos minerais pertencem exclusivamente ao Estado¹²².

¹²⁰ DAVID, Olavo Bentes. *Fundamentos de geopolítica do petróleo para compreensão do direito petrolífero in* Direito do Petróleo em Revista, Vol. I, Natal: UFRN, 2003, p. 9-10.

¹²¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 35.

¹²² *Today United States and Canada are virtually the only countries still recognizing private ownership of petroleum, natural gas and other minerals. In nearly all other countries valuable minerals, such as oil, gold, silver, coal, and uranium, belong exclusively to the sovereign* (SMITH, Ernest E. *The host country and national oil companies in International Petroleum Transactions*, 3ª Ed., Westminster: Rocky Mountain Mineral Law

Nos Estados Unidos o sistema de acessão propiciou a aplicação da denominada “*rule of capture*” (regra da captura), cuja doutrina “privilegia o individualismo e a propriedade, limitada unicamente pelo direito do proprietário vizinho de perfurar a mesma jazida mineral, desde que esta se prolongue por sob a projeção dos limites de sua propriedade no subsolo¹²³”.

Tal doutrina foi construída de modo que fosse possível harmonizar a natureza fluída dos hidrocarbonetos com a regra de propriedade da *Common Law*, a qual se assenta sobre o brocardo romano *Cujus est solum, ejus est usque ad coelum et ad inferos*, na qual o proprietário do solo tem direitos sobre o céu acima de sua propriedade até o centro da terra abaixo dela. A fluidez destes recursos é uma característica que foi bem destacada pela Suprema Corte da Pensilvânia em decisão que remonta o ano de 1899:

[h]ydrocarbons, like wild animals but unlike other minerals, have the tendency and the power to escape, even against the will of its owner and to continue to be his property only while within the area subject to his control, but when they migrate to other areas or fall under the control of other persons, that title to the previous owner disappears. Therefore possession of the land does not necessarily involve possession of the hydrocarbons. If someone drilling on his own land reaches the common deposit and obtains through those wells the hydrocarbons of neighbouring areas, the ownership of that oil and gas passes to whoever produced it¹²⁴.

Assim, para contornar essa peculiaridade, foi desenvolvida uma doutrina denominada regra da captura para modificar a doutrina existente sobre a propriedade sobre os recursos naturais de modo a se adequar a natureza fluída.

Com o passar dos anos, algumas restrições à “regra da captura” foram sendo implementadas, como, por exemplo, a doutrina dos direitos correlativos, a impor a todos os proprietários deveres recíprocos, no sentido de agir de modo que o seu direito de propriedade sobre o reservatório não seja exercido de modo excessivo a causar prejuízo aos demais proprietários que detenham direitos sobre o mesmo reservatório.

Society and the common Law have historically placed limits upon a landowner’s use of his or her property to prevent injury to neighbors and the general public. The rule of capture encouraged independent action to try and exploit the oil and gas resource for maximum individual gain without regard for the best interests of the reservoir community. The landowner’s rights under the rule of capture have been restrained to protect other proprietors overlying a common reservoir and to secure public interests in the oil and gas resource. Reciprocal rights and duties between the

Foundation, 2010, p. 30). No mesmo sentido Alisa Newman Hood, Professora adjunta da Universidade de Georgetown: *The USA, together with Canada, is virtually alone in recognizing private ownership of subsurface minerals; in most jurisdictions, ownership rests only with the sovereign* (HOOD, Alisa Newman. *We shale overcome? A US court issues an unsettling decision on Marcellus property rights in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 1, London: Oxford University Press, 2012, p. 78).

¹²³ DAVID, Olavo Bentes. *Op. Cit.*, p. 12.

¹²⁴ *Westmorland and Cambria Natural Gas Co v De Witt*. 18 A 724 (1889).

*landowners overlying a common reservoir are the essence of the correlative rights doctrine*¹²⁵.

Fazendo uma analogia com o direito brasileiro, poder-se-ia dizer que a doutrina dos direitos correlatos se aproxima de duas importantes doutrinas brasileiras, a do abuso do direito¹²⁶ e a da função social da propriedade¹²⁷.

No que se refere às críticas empreendidas sobre o sistema de acessão, destaca-se que estas se dão tanto no plano técnico, em razão da complexidade existente para a individualização de uma jazida, quanto no plano filosófico, visto que por ser um recurso natural finito, não seria justo ou mesmo razoável que pertencesse única e exclusivamente ao proprietário da superfície¹²⁸.

Em contrapartida ao sistema de direito privado, temos os sistemas de direito público – regalista e dominial¹²⁹ - nos quais a propriedade do solo não confere ao dono da terra a propriedade sobre os recursos naturais do subsolo. Tais sistemas são adotados pela quase totalidade dos países do mundo e “são correlatos ao exercício da soberania pelo Estado que pode dar em concessão a exploração dos recursos minerais visando a utilização da riqueza em benefício da coletividade¹³⁰”.

A base dos regimes de propriedade mineral ou petrolífera está assentada no próprio conceito de soberania, e, nesse contexto, estrutura-se o arcabouço legislativo dos países hospedeiros, que propicia o quadro de referência básico para as operações petrolíferas, a regulação das operações, como elas são executadas pelas empresas domésticas, estrangeiras e internacionais, e a definição dos aspectos administrativos, econômicos e fiscais para a recepção de investimentos no setor¹³¹.

¹²⁵ PIERCE, David E. *Coordinated reservoir development: an alternative to the rule of capture for the ownership and development of oil and gas in 4 J. of Energy, Law & Policy* 1, 50, 1983 *apud* LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E. *Cases and materials on oil and gas law*. St. Paul: West Publishing Co., 2007, p. 40.

¹²⁶ Cf. Código Civil, art. 187. “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

¹²⁷ Constituição da República Federativa do Brasil: “art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...], XXIII - a propriedade atenderá a sua função social”.

¹²⁸ PIREZ, Paulo Valois. *A evolução do monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000, p. 21-22.

¹²⁹ Paulo Valois traça uma distinção entre o sistema regaliano e o dominial. Ambos os regimes são marcados pela distinção entre a propriedade do solo e a do subsolo, a qual pertence ao Estado. A pedra de toque a traçar a distinção entre os regimes estaria assentada no fato de que no sistema regalista a jazida mineral é considerada *res nullius* (coisa sem dono) até o dia em que o Estado, representando os interesses da coletividade, concede a exploração ao particular, ao passo que, no sistema dominial as jazidas não constituem *res nullius*, tendo o Estado o domínio sobre os recursos naturais, podendo explorar diretamente ou conceder a exploração dos recursos a terceiros (*Op. Cit.*, 1999, p. 8-10 e 38-39).

¹³⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 36.

¹³¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Introdução à unitização de reservatórios petrolíferos in Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116-117.

Em relação à soberania dos Estados sobre seus recursos naturais cabe destacar que, por meio da Resolução n.º 1.803, de 14 de dezembro de 1962, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU a Declaração sobre a Soberania Permanente em Relação aos Recursos Naturais. A declaração em comento recomenda que seja respeitado o direito soberano de cada Estado a dispor das suas riquezas e recursos naturais, sendo desejável a promoção da cooperação internacional para o desenvolvimento econômico dos países em vias de desenvolvimento. Neste diapasão, os acordos econômicos e financeiros celebrados com países em desenvolvimento deverão estar baseados nos princípios da igualdade e do direito dos povos e nações à autodeterminação¹³².

A soberania sobre os recursos naturais assenta-se sobre a premissa de que é direito inalienável de todos os Estados poderem, em conformidade com os respectivos interesses nacionais, dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais. Tal premissa permite que os Estados procedam, em razão de sua soberania, com expropriações ou nacionalizações de investimentos.

Apesar de reconhecer o direito inalienável de soberania permanente sobre os recursos naturais a Resolução de 1962 estipulou alguns princípios básicos a serem observados:

A Resolução das Nações Unidas acerca da Soberania Permanente sobre os Recursos Naturais, de 1962, estatuiu quatro princípios básicos que deveriam permear a relação entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento sempre quando os estados se confrontassem com situações de expropriação:

- i) Deveria ser paga uma compensação pela tomada da propriedade estrangeira;
- ii) A compensação deveria ser paga de acordo com o Direito Internacional;
- iii) Acordos de investimentos entre Estados e parceiros privados teriam, sobre essa questão, um efeito vinculante;
- iv) Cláusulas de arbitragem entre Estados e parceiros privados teriam, igualmente, um efeito vinculante¹³³⁻¹³⁴.

Ao ser assegurado a cada Estado o direito de regular a utilização de seus recursos naturais, podendo inclusive proceder com a expropriação, desde que em virtude do interesse

¹³² Sobre o direito dos povos à autodeterminação Celso Duvivier de Albuquerque Mello sintetiza ser este o direito do Estado de ter o governo e as leis que bem entender sem sofrer interferência estrangeira (MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 426).

¹³³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações in* Novos rumos do direito do petróleo, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 41.

¹³⁴ Cabe aqui ressaltar que, a despeito da previsão contida na própria resolução, os meios legais mais eficazes para que os investidores estrangeiros sejam recompensados pelas perdas sofridas em razão de expropriação de seus investimentos pelos países hospedeiros são os Tratados Bilaterais de Investimento (BITs - *bilateral investment treaties*). Além dos BITs há também a possibilidade de investidores estrangeiros contratarem seguros contra riscos políticos (tradução livre). JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan e SEARLE, Carol. *Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism in* Journal of World Energy Law & Business, Vol. 2, No. 1, London: Oxford University Press, 2009, p. 5.

público e com o devido pagamento de indenização ao expropriado, consagrou-se, definitivamente, a prevalência dos sistemas de propriedade de direito público, que conforme já ressaltado, é o adotado por quase a totalidade dos países do mundo.

*Almost all mineral ownership regimes are based on the jurisprudential theory of state sovereignty. How resources are developed and who is entitled to develop them depends upon the sovereign. The sovereign can recognize private ownership of these resources or it can treat them as state-owned. The sovereign can require all resource development to be accomplished by a state agency, by a state-owned national oil company (NOC), by private companies, including foreign corporations, or by any combination of the above*¹³⁵. (grifos nossos)

Sendo as jazidas de propriedade do Estado, a exploração comercial dos recursos naturais existentes poderá se dar tanto por meio da exploração direta da atividade econômica pelo Estado quanto através da transferência a um terceiro por meio de concessão, aqui entendida em seu sentido *lato*, como gênero no qual se manifestam as diferentes modalidades de delegação da atividade pelo Estado ao particular.

Para explorar diretamente as atividades da indústria do petróleo os Estados se utilizam de um importante mecanismo de intervenção direta no domínio econômico, qual seja, as *National Oil Companies* – NOCs.

As NOCs são companhias de petróleo cujo controle é exercido pelo Estado e, apesar de sua definição não ser pacífica na doutrina, a que melhor congrega todas as peculiaridades das NOCs, seja com base em sua composição societária seja em relação às atividades que compreendem o objeto social da companhia, é a dada por Jorge Antônio Pedroso Júnior:

Entende-se por *National Oil Company* a empresa [*sic*] que atua em um ou mais segmentos da cadeia produtiva da indústria do petróleo, com o seu capital social detido total ou parcialmente por algum ente do Estado que a constituiu, porém com seu efetivo controle sendo detido por tal ente, direta ou indiretamente¹³⁶.

A constituição de uma *NOC* por um Estado pode se dar por diferentes razões. Como bem observa Ernest Smith, embora, a criação de uma *NOC* esteja geralmente relacionada com sentimentos nacionalistas, como é caso da criação das *NOCs* mexicana e iraniana, que se deram através da nacionalização de ativos de companhias internacionais, é preciso destacar

¹³⁵ SMITH, Ernest E. *The host country and national oil companies in International Petroleum Transactions*, 3ª Ed., Westminster: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010, p. 30.

¹³⁶ PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. *A atuação transnacional das national oil companies in Novos Rumos do direito do petróleo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 389. De modo ilustrativo cabe destacar que algumas NOCs tais como Petróleos de Venezuela (PDVSA), Petróleos Mexicanos (PEMEX) e *National Iranian Oil Co.* (NIOC), são 100% estatais, ao passo que algumas outras tem algum percentual privado, como, por exemplo, a PETROBRAS.

que algumas *NOCs* foram constituídas também por países importadores¹³⁷. Contudo, o objetivo com a constituição destas companhias não era a produção de petróleo, mas garantir o abastecimento do mercado interno¹³⁸.

O nacionalismo imprime uma visão de que a exploração direta dos recursos naturais pelo Estado é a chave para a independência e a garantia da soberania da nação e, portanto, tais atividades deveriam ser inteiramente controladas por uma entidade estatal. Neste diapasão, o controle exercido pelo Estado deve, além de assegurar o abastecimento do mercado interno, garantir que a renda obtida com a extração de tais recursos seja revertida em benefícios sociais para a nação.

É importante observar, contudo, que o nacionalismo econômico como elemento determinante para a criação de uma *National Oil Company* não é verificado exclusivamente nos países diretamente afetados pelo processo de descolonização ou nos países em desenvolvimento como um todo, sendo encontrado também no âmbito de países desenvolvidos. Após a descoberta de grandes reservas de petróleo no Mar do norte, a Grã-Bretanha e a Noruega, efetivamente criaram suas *National Oil Companies*, denominadas *British National Oil Corporation* (“*BNOC*”) e Statoil, respectivamente, na tentativa de equalizar o retorno financeiro estatal com os lucros auferidos pelos agentes econômicos a partir do aproveitamento das enormes reservas que haviam sido descobertas em seus territórios¹³⁹.

Tendo em vista que o controle das *NOCs* é exercido pelo Estado, mesmo quando sujeitas ao regime de direito privado, essas sociedades empresárias acabam ficando subordinadas às políticas governamentais, sendo as diretrizes de seu órgão de controle freqüentemente menos claras que aquelas estabelecidas pelos administradores de companhias privadas.

Sendo assim, muitas vezes os objetivos estratégicos das *NOCs* se confundem com os objetivos do Estado, não sendo incomum que dentre estes seja também incluído a promoção do desenvolvimento econômico nacional. Além disso, em um âmbito internacional, tais companhias acabam por promover os interesses políticos do Estado que a controla.

¹³⁷ A título de ilustração, pode-se citar como exemplo a PETROGAL, sociedade empresária integrante do grupo empresarial português GALP Energia, o qual possui forte atuação no setor do *downstream*. Apesar de não haver recursos petrolíferos em Portugal, o referido grupo atua em atividades de exploração e produção desde 1982, quando do início de suas atividades em Angola. O Grupo está presente no Brasil desde 1999, tendo participado da 2.^a Rodada de Licitação. As atividades de exploração e produção do Grupo estão em rápida expansão, especialmente no Brasil, onde a dimensão das descobertas na bacia de Santos colocou o Grupo no círculo restrito de operadores com programas de exploração de elevado êxito. Disponível em <http://www.galpennergia.com/PT/agalpennergia/os-nossos-negocios/Paginas/Home.aspx>, acessado em 15.07.2013. Além disso, destaca-se ainda que na 11.^a Rodada de Licitações a PETROGAL arrematou 09 blocos exploratórios, figurando como Operador em dois destes blocos. Fonte: *Relatório de Análise da Décima Primeira Rodada de Licitações para Concessão de Atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural*, disponível em http://www.brasil-rounds.gov.br/arquivos/relatorio_r11/Relatorio_Analise_R11.pdf, acessado em 15.07.2013.

¹³⁸ SMITH, Ernest E. *The host country and national oil companies*, *Op.cit.*, 2010, p. 41.

¹³⁹ PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. *Op. Cit.*, p. 410.

Neste sentido, é preciso destacar que atualmente grande parte das *NOCs* tem significativa atuação em outros países. A internacionalização das *NOCs* é um fenômeno que coloca essas companhias em um papel ambivalente, decorrente da atuação internacional destas que acabam transitando “entre os campos do comércio internacional, de maior cunho privado, da regulação dos investimentos estrangeiros, cujos interesses abrangem tanto a esfera pública, quanto à privada, e os das relações e políticas internacionais, de caráter eminentemente público¹⁴⁰”.

Apesar de as *NOCs* serem sociedades empresárias de grande porte, dotadas de uma enorme capacidade econômica, deve ser levado em conta que as atividades de E&P envolvem enormes riscos e custos com os quais dificilmente uma companhia isoladamente conseguiria arcar.

Como já ressaltado, o empreendimento se inicia pela etapa exploratória na qual são realizados uma série de estudos e avaliação geológica da região. O desenvolvimento desta etapa envolve altos custos sendo necessário um grande aporte inicial de capital. Apesar de todos os gastos as perspectivas de sucesso são relativamente baixas, inexistindo qualquer garantia de retorno do capital investido no caso de insucesso do empreendimento, o que pode se dar tanto pela inexistência de óleo, quanto pela inviabilidade econômica da produção em razão das características do reservatório ou mesmo do próprio óleo.

Ressalta-se que, mesmo nos casos de sucesso, o retorno do capital investido pode levar anos para acontecer, de modo que uma companhia sozinha dificilmente teria o fluxo de caixa necessário para suportar investimentos em diferentes áreas cujo efetivo retorno do capital investido só se dará após um longo lapso temporal. Isto porque a rentabilidade de um empreendimento só terá início na fase de produção, quando então será possível a recuperação dos valores investidos e a obtenção do lucro através da venda do produto da lavra.

Além disso, não se pode esquecer que, mesmo na fase de produção, há a existência de fatores que condicionam a rentabilidade do negócio, afinal, sendo o óleo uma commodity, o valor do produto estará também sujeito à variações de acordo com as oscilações do mercado. Por essas e outras razões, alguns países acabam optando por não se envolver diretamente nas atividades do setor de óleo e gás natural.

¹⁴⁰ PEDROSO JÚNIOR, Jorge Antônio. *Op. cit.*, p. 419.

Contudo, ao optar por não se envolver diretamente nas atividades de exploração e produção, surge para este Estado uma nova tarefa, qual seja, buscar quem queira assumir as tarefas operacionais de exploração, desenvolvimento e produção de descobertas¹⁴¹.

Outrossim, é preciso também observar que mesmo naqueles países cuja opção foi a de constituir um braço empresarial para o desempenho das atividades de E&P é comum verificar a ampla utilização de mecanismos de cooperação entre as *NOCs* e sociedades empresárias privadas.

Neste sentido, cabe agora perquirir as peculiaridades de cada uma das modalidades de participação da iniciativa privada nas atividades do setor de petróleo e gás natural.

2.1.1 A Atração de Investimentos e os Contratos com o Estado

Os avanços tecnológicos decorrentes da revolução digital promoveram o encurtamento de distâncias com meios de comunicação cuja velocidade conecta as pessoas até mesmo nos lugares mais remotos do planeta.

Tais avanços propiciaram a globalização da economia mundial, quebrando barreiras, aproximando os mercados e fortalecendo o sistema capitalista em âmbito global. Verificou-se, assim, a partir da década de 90 um movimento progressivo de (1) desregulamentação dos mercados financeiros; (2) extinção dos monopólios estatais e; (3) rápida abertura do comércio internacional de serviços e informação, a ensejar numa liberalização do movimento de capitais tanto no âmbito interno quanto no âmbito externo.

Esse processo de desentramamento jurídico e desbloqueio burocrático levou economias de crédito a se transformarem em economias de títulos negociáveis; tornou possível o acesso dos capitais privados a importantes espaços de acumulação real; ensejou o desenvolvimento de mecanismos destinados a assegurar maior proteção, flexibilidade e liquidez dos ativos financeiros; elevou a qualidade dos fluxos de informação e aumentou a eficiência na gestão de portfólios; multiplicou as alternativas de novos serviços e de novos negócios ao ampliar o leque de ofertas em matéria de prazos, moedas, taxas de remuneração e taxas de juros; liberalizou e/ou revogou as regras que até então disciplinavam rigidamente os fluxos financeiros entre residentes e não residentes; possibilitou a ampliação das carteiras dos

¹⁴¹ The decision not to be directly involved in the oil and gas sector means that governments must find someone else to undertake the operational tasks of exploration, development of discoveries and production (SINDING, Knud. *Auctions and Discretion in Oil And Natural Gas Licensing*. Dundee: Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law and Policy, 1999, p. 3).

investidores institucionais e não-institucionais; abriu caminho para operações que não aparecem nos balanços das instituições e são difíceis de ser detectadas por controles oficiais (*off-balance sheet operations*); **desenvolveu engenharias inéditas de capitalização, poupança e financiamento**; e, finalmente, **conduziu a uma acentuada interpenetração patrimonial entre empresas, por um lado, e bancos e agentes não-bancários, por outro**¹⁴². (grifos nossos)

Todas essas mudanças elencadas por José Eduardo Faria contribuíram para uma profunda reestruturação de todo o sistema financeiro internacional, os principais agentes e protagonistas da economia mundial passaram a ser anônimos, detentores de grande poderio decisório em escala mundial.

Em um cenário de economia globalizada restou comprovado que o capital financeiro não tem pátria e possui uma grande volatilidade. Neste sentido, a atração de investimentos estrangeiros passou a ser um dos mais importantes assuntos na pauta política dos diversos Estados, especialmente em razão da necessidade de recursos para a consecução de projetos de infraestrutura.

Em relação aos investimentos para o setor de E&P, o cenário, apesar de comportar certas peculiaridades, não é muito diferente. Como já ressaltado, as atividades do *upstream* necessitam de grande aporte de capital, e muitas vezes um país isoladamente não consegue, no âmbito interno, captar a quantidade de investimentos necessários para os empreendimentos.

Até mesmo países desenvolvidos ou aqueles que já possuem uma indústria bem desenvolvida e consolidada, e que poderiam conseguir obter de suas próprias sociedades empresárias ou governo os investimentos necessários para extração de seus recursos naturais, também buscam delinear políticas e regras para a atração de investidores estrangeiros.

Destaca-se, entretanto, que os países em desenvolvimento são os mais dependentes de investimentos externos, pois geralmente além de, no âmbito interno, não dispõem do capital necessário, também não possuem tecnologia e mão de obra qualificada para o desenvolvimento das atividades da indústria¹⁴³. Neste sentido, cabe também destacar um trecho do voto da Ministra Ellen Gracie, proferido em 20 de julho de 2007 nos autos da Suspensão de Liminar 176, que tratava da Suspensão da 8ª Rodada de Licitações, *in verbis*:

Anoto, ainda, que a determinação prescrita na decisão ora atacada atinge o planejamento estratégico do país em relação à nossa matriz energética, o que certamente coloca em risco a própria segurança nacional, **além de sinalizar negativamente aos investidores nacionais e estrangeiros, que estão a deslocar vultosas somas de dinheiro com o objetivo de suprir as imensas lacunas de um**

¹⁴² FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 66.

¹⁴³ SMITH, Ernest E. *The host country and national oil companies*, *Op.cit.*, 2010, p. 54-55.

setor altamente tecnológico que demanda maquinário de última geração e pessoal especializado, de que não dispomos em escala suficiente, e que apresenta alto risco para o investimento. Não se pode olvidar, ademais, que o capital sempre migra para os países onde estão as melhores oportunidades de investimentos e que lhe oferecem maior segurança, sobretudo jurídica¹⁴⁴. (grifos nossos)

Neste passo, alguns países hospedeiros adotam políticas e diretrizes para a atração de novos investimentos estrangeiros diretos sobre determinadas atividades produtivas, podendo oferecer incentivo financeiro por meio de subsídios direto, empréstimo subsidiado dentre outros. Além disso, não é incomum que um país hospedeiro também regule e encoraja o investimento estrangeiro indireto, este mais volátil, pois corresponde às aplicações financeiras efetuadas por estrangeiros em um dado país.

Em verdade, apesar da importância de ambos os tipos de investimentos, é preciso ressaltar que os investimentos diretos são os que mais interessam ao Estado hospedeiro, pois além de estarem menos suscetíveis à migração e volatilidade em curto prazo, também possibilitam o efetivo desenvolvimento, na medida em que, além de maior circulação de renda, promovem também geração de emprego e a possibilidade de criação de novas oportunidades de negócios empresariais.

Contudo, cabe aqui ressaltar que, apesar de todo esse movimento de liberalização do capital, ainda é possível verificar em alguns países, especialmente aqueles em desenvolvimento, a adoção de rígidos mecanismos de controle ao investimento estrangeiro, principalmente em relação às atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

Tais restrições incluem limitações no percentual de participação em áreas de concessão, seleção de companhias estrangeiras, exigências de capital mínimo, restrição à importação de equipamentos e de outros bens de capital necessários para execução das operações, exigência que a companhia estrangeira atue por meio de uma subsidiária constituída no país hospedeiro e limitações na conversão de moeda por esta, especialmente nas hipóteses de remessa de dividendos para a sua controladora estrangeira.

Verificados os temas da soberania dos Estados sobre os seus recursos naturais e consequentemente os regimes de propriedade sobre tais recursos, bem como a premente importância da atração de investimentos por parte dos Estados para o desenvolvimento das atividades no segmento do *upstream*, forçoso agora é perquirir uma importante peculiaridade para a exploração dos recursos naturais por sociedades empresárias privadas, qual seja a necessidade de celebração de contratos com o Estado.

¹⁴⁴ BRASIL, STF, SL 176, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 20/07/2007, publicado em DJ 03/08/2007.

Na indústria do petróleo os contratos com o Estado são aqueles celebrados entre o Estado hospedeiro - ou uma agência estatal ou sociedade empresária estatal - e uma ou mais sociedades empresárias, nacionais ou estrangeiras, para desenvolver atividades de exploração e produção de petróleo. A racionalidade básica por trás destes contratos é possibilitar que as operações de exploração e produção de petróleo e gás natural no país sejam conduzidas pela companhia petrolífera, que por sua vez concorda com os direitos e obrigações contidos no instrumento contratual¹⁴⁵.

Além de disposições sobre a divisão da produção ou das receitas auferidas, os contratos com o Estado geralmente incluem também disposições relativas a compromissos de trabalho, como, por exemplo, o Programa Exploratório Mínimo do Contrato de Concessão brasileiro, além de outras obrigações e compromissos assumidos pela companhia petrolífera, que podem incluir obrigações de conteúdo local, transferência de tecnologia, investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), além de obrigações de transferência de determinados dados e informações da área explorada para o Estado hospedeiro.

Em relação às formas de contratação, pode-se afirmar que existem quatro espécies clássicas a compor o gênero de contratos celebrados entre companhias de petróleo e países hospedeiros para a exploração e produção de hidrocarbonetos: (1) o contrato de concessão; (2) o contrato de partilha de produção; (3) o contrato de serviços e; (4) contratos de associação ou parceria (*Joint Ventures*).

O contrato ideal é aquele que proporciona razoável base comercial para a relação e efetivamente conjuga as aspirações legítimas e os objetivos de ambas as partes. No contrato de exploração petrolífera ambas as partes possuem uma meta comum, que é tornar possível a exploração dos recursos petrolíferos do Estado e otimizar o seu desenvolvimento econômico¹⁴⁶.

Embora a causa de cada uma das diferentes espécies de contrato seja a mesma, conceitualmente elas se diferem, pois cada uma delas garante às companhias petrolíferas diferentes graus de controle sobre os recursos produzidos, prevendo distintos meios de compensação e também propiciando diversos meios de envolvimento das *NOCs*.

Atualmente é possível também verificar a emergência de uma quinta espécie contratual, os denominados acordos híbridos que mesclam elementos de duas ou mais espécies contratuais, o que irá variar de país a país, sendo tais acordos de difícil

¹⁴⁵ TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 3, London: Oxford University Press, 2012, p. 186.

¹⁴⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 161.

categorização¹⁴⁷. Para uma melhor sistematização, serão delineadas abaixo as principais características de cada uma das quatro espécies supracitadas.

2.1.1.1 Contratos de Concessão

Acerca dos contratos de concessão, importante é primeiramente observar a distinção traçada pela professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro entre a concessão tradicional e a concessão do pós-guerra¹⁴⁸.

As concessões tradicionais eram aquelas nas quais as grandes companhias estrangeiras (sociedades empresárias internacionais de petróleo, denominadas de *IOCs*) detinham direitos de exploração e produção sobre grandes áreas durante um longo período de vigência – 60 a 70 anos. Neste modelo as obrigações contidas sobre trabalho exploratório eram vagas, havendo pouca ou nenhuma ingerência estatal, tendo a companhia plena liberdade para taxaço e produção do produto e obrigações restringidas ao pagamento de *royalties* ou taxa anual.

As prerrogativas atribuídas às *IOCs* sob essa espécie de concessão foram amplamente debatidas e criticadas por Estados produtores, como ressaltado por John Dzienkowski e Owen Anderson:

The characteristics of a traditional concession that were most criticized by the sovereigns were the (1) vast areas of acreage committed for long periods to one company; (2) the grant of a title to petroleum resources in situ (in the ground); (3) little or no control by the sovereign over the IOC's operations; and (4) financial drawbacks of participating on a royalty basis¹⁴⁹.

Tais críticas empreendidas pelos Estados produtores ensejaram na reformulação de algumas das disposições dos contratos de concessão, especialmente após a Segunda Guerra Mundial. Nesta esteira, para a atribuição de direitos exclusivos de exploração e produção de petróleo e gás natural a sociedades empresárias petrolíferas, por meio de concessões, os Estados hospedeiros passaram a exigir em contrapartida determinadas obrigações.

Assim, apesar de o concessionário poder, por sua conta e risco, conduzir as operações, detendo a propriedade do óleo e gás explotado, ao dispor da produção a *IOC* deverá assegurar uma parcela para abastecimento do mercado doméstico no Estado hospedeiro. Durante a

¹⁴⁷ DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Concession, production sharing, risk-service, and participation agreements for developing a country's natural resources*, in *International Petroleum Transactions*, 3ª Ed., Westminster: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010, p. 429.

¹⁴⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 162.

¹⁴⁹ DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. Cit.*, p. 448.

vigência do contrato a companhia paga taxa de arrendamento da área, além de pagar *royalties* em óleo, espécie ou uma combinação de ambos e imposto de renda. Os equipamentos e ativos são de propriedade da companhia¹⁵⁰.

Atualmente, na maioria dos países, a concessão é dada sobre áreas definidas, denominadas blocos. O tamanho destes blocos irá variar, de país para país, de acordo com o tipo da licença conferida e o tipo de área concedida. Em bacias ainda pouco exploradas e/ou que comportam maiores dificuldades técnicas os blocos podem ter dimensões maiores. De outro modo, o interesse do Estado em deter maior grau de controle sobre produção também poderá impor maiores restrições quanto à definição da extensão dos blocos. De toda forma, os blocos devem ter um tamanho suficiente para garantir a rentabilidade dos investimentos que serão empreendidos com as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural¹⁵¹.

Essas concessões modernas, quando autorizam o desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, geralmente impõem um programa exploratório mínimo a ser cumprido pelas companhias de petróleo, além de exigir que, quando de uma descoberta comercial, seja apresentado um plano desenvolvimento para aprovação pela autoridade competente para que então a companhia possa proceder com a etapa de desenvolvimento da produção.

Além das concessões tradicionais, modernas e do pós-guerra acima elencadas, há também as chamadas licenças, amplamente utilizadas no Mar do Norte e que comportam algumas semelhanças com o modelo de concessão utilizado no Brasil. Conforme leciona Marilda Rosado de Sá Ribeiro, a licença é:

Modalidade contratual adotada no Mar do Norte e em outros países do mundo, que embora contratual por natureza, tem detalhadas disposições na lei do petróleo do país hospedeiro que suprem as disposições mais simplificadas do contrato firmado entre as partes; o país hospedeiro, através de sua estatal ou do órgão ministerial de supervisão, tem forte ingerência sobre o mecanismo decisório, prazos, especificação dos programas mínimos e obrigações financeiras das *IOCs* e até, em alguns casos, dos parceiros com os quais estas deverão se associar em cada operação; a regulamentação ambiental e as normas de segurança no trabalho passaram a assumir peso significativo nos custos da operação e até nas especificações sobre concepção dos equipamentos e abandono de instalações¹⁵².

Importante destacar também que, tanto o Reino Unido quanto a Noruega, quando da descoberta das grandes reservas no Mar do Norte, adotaram consistentes regimes de participação do Estado nas atividades da indústria, condizentes com a realidade das

¹⁵⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 162.

¹⁵¹ DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. cit.*, p. 449.

¹⁵² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 164.

democracias capitalistas ocidentais, na medida em que essa participação do Estado se situa em um cenário regulatório no qual há participação da iniciativa privada¹⁵³.

*In the United Kingdom, however (and so in Norway), state participation has not involved any changes in basic licensing arrangements. Instead, private companies obtaining licenses **have been encouraged or required to form joint ventures with public enterprises**, either existing or specially created, for the purpose of operations under the license or for more limited purposes. Depending upon the composition and terms of such joint ventures, **a variety of policy objectives of the state can be advanced**; control of exploration and production operations; participation in profits arising therefrom; obtaining of information and expertise; control of disposition of petroleum produced; and so on¹⁵⁴. (grifos nossos)*

O sucesso dessa combinação de participação estatal e privada dá-se de uma forma em que há maior grau de controle e envolvimento do Estado nas operações de exploração e produção de hidrocarbonetos, de modo que a ensejar uma maior interferência estatal quando comparado com os modelos de concessão.

2.1.1.2 Contratos de Partilha de Produção

Entre os anos de 50 e 60 Irã e Indonésia introduziram um modelo contratual conhecido como modelo de partilha de produção¹⁵⁵. Tais contratos são celebrados entre o Estado, proprietário dos recursos naturais existentes no subsolo (hidrocarbonetos *in situ*), doravante contratante, e uma sociedade empresária privada, detentora de conhecimento e *expertise* na exploração e produção de hidrocarbonetos, que no caso é a contratada.

Conforme assinala Camilo Ernesto Villota e Catalina Velásquez Gil, os contratos de partilha de produção são contratos:

Del género de los contratos de colaboración en los que el Estado, propietario de los yacimientos, aporta una área de su territorio a un particular, industrial especializado, para que realice a su costo y riesgo inversiones para explorar y explotar los hidrocarburos que encuentra en el área aportada por el Estado, quien además participará en un porcentaje de la volumen de producción para que el industrial privado pueda recuperar costos y volumen adicional para asegurarle

¹⁵³ DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. cit.*, p. 462.

¹⁵⁴ DAINTITH, Terence C. and WILLOUGHBY, Geoffrey D. M. *United Kingdom oil and gas law*, apud DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. cit.*, p. 463.

¹⁵⁵ *Many of those countries that moved away from traditional concessions utilize PSAs. As such, the popularity of this contract model is closely associated with the idea of sovereignty over natural resources and the end of economic colonialism. This contract type was first developed in 1960s Indonesia and has thereafter spread to cover most of the Middle East and Africa and many of the ex-Soviet countries.* (TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Op. cit.*, p. 187).

*rentabilidad en el emprendimiento. El objetivo común de las partes es la explotación comercial del o los yacimientos descubiertos*¹⁵⁶.

Em regra, são partes neste contrato uma ou mais companhia de petróleo (nacional ou estrangeira) e uma *NOC* do Estado hospedeiro¹⁵⁷. A contratada adquire o direito de exploração de hidrocarbonetos em uma área específica do território do Estado hospedeiro. Assim, o Estado concede direitos exploratórios a um terceiro e recebe uma determinada percentagem dos hidrocarbonetos produzidos.

*One primary goal of a PSC is to attract an IOC that is willing to risk capital and to use its technological expertise to develop a country's reserves for eventual operation by the sovereign's NOC or government agency. Therefore, in the majority of PSCs, the sovereign may contract with the IOC through its NOC. The NOC is to provide oversight, participate in and approve all major development decisions, and learn from the IOC so that the NOC can take over the production operations at the end of the PSC term. In light of this goal, the relationship between the NOC and the IOC appears to and in fact may give the NOC significant operational and managerial responsibilities during the term of the PSC*¹⁵⁸.

Nesta modalidade contratual os investimentos são realizados pela contratada que assume os riscos da atividade exploratória, assim, não havendo descoberta comercial esta suporta todo o prejuízo. Assim, a aleatoriedade é uma característica inerente a esta modalidade contratual, na medida em que há incerteza quanto ao êxito da operação, arcando a contratada com todos custos.

O ressarcimento dos custos só se dará caso haja produção, do contrário a contratada suportará todo o prejuízo. Destaca-se ainda que a propriedade do produto da lavra é da *NOC* que reparte com a companhia contratada os volumes produzidos.

Do volume de petróleo produzido uma parcela é destinada para cobrir os valores dispendidos pela companhia petrolífera nas fases de exploração e desenvolvimento da produção (*cost oil*). A parcela excedente do óleo produzido (*profit oil*) é dividida, consoante o percentual de partilha previamente estabelecido em contrato, entre a companhia petrolífera (excedente empresarial em óleo – *corporate profit oil*) e o governo (excedente governamental em óleo – *governmental profit oil*). O percentual de cada uma das partes pode variar de

¹⁵⁶ VILLOTA, Camilo Ernesto e GIL, Catalina Velásquez. Contratos de producción compartida in international oil and gás transactions in Latin America in *International oil and gas transactions in Latin America*, Cidade do México: Editorial Porrúa, 2011, p. 82.

¹⁵⁷ Neste sentido, vale destacar que embora nos contratos de concessão seja possível a não participação de uma companhia estatal, a lógica dos contratos de partilha de produção praticamente exige a criação de uma companhia estatal. (SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S. *A Fifty-Year Perspective on World Petroleum Arrangements*. 24 Texas International Law Journal, 13, 1989).

¹⁵⁸ DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. Cit.*, p. 464.

acordo com os riscos geológico, comercial e político, bem como do poder de barganha das partes quando da negociação do contrato¹⁵⁹.

Embora a propriedade da produção seja do Estado hospedeiro, ainda assim os contratos de partilha de produção mostram-se atrativos às *IOCs*, pois, apesar de não obter a propriedade sobre o produto da lavra, como ocorre no modelo de concessão, o contrato de partilha de produção atribui direitos de exploração e produção sobre determinada área à *IOC* contratada. Com isso, eventuais reservas podem ser incluídas nos respectivos balanços da sociedade como parte de seus ativos¹⁶⁰. Tal hipótese não se dá no caso dos contratos de serviço, como será exposto no tópico abaixo.

2.1.1.3 Contratos de Serviço

Os denominados contratos de serviço são aqueles em que o próprio Estado ou a *NOC* contratam uma companhia petrolífera para que esta efetue a prestação de serviços relacionados com as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. Neste tipo de contrato o Estado hospedeiro beneficia-se da *expertise* técnica, gerencial e de recursos financeiros da contratada. Destaca-se que, a propriedade do produto da lavra será do contratante, Estado ou *NOC*, o que irá variar de um país para o outro de acordo com o modelo de contratação.

Diferentemente dos contratos de partilha de produção, nos contratos de serviço não há a transferência da titularidade de parte do produto da lavra à companhia petrolífera, não obstante haja a possibilidade desta se tornar um parceiro comercial preferencial da *NOC* quando da venda do óleo no mercado internacional¹⁶¹.

Os contratos de serviço podem ser divididos em duas modalidades diferentes, a depender da forma em que se dará a remuneração da companhia contratada. Neste passo tem-se o contrato de prestação de serviço *puro* e o contrato de prestação de serviço *com cláusula de risco*.

Nos contratos de serviço puros a companhia petrolífera contratada recebe o reembolso dos custos dispendidos com as atividades de exploração e produção a denominada *taxa*

¹⁵⁹ TOLMASQUIN, Maurício Tiommo. *Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011, p. 34.

¹⁶⁰ DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. Cit.*, p. 469.

¹⁶¹ TOLMASQUIN, Maurício Tiommo. *Op. Cit.*, 2011, p. 26.

administrativa. Neste caso é o próprio Estado ou a *NOC* quem irá suportar o risco exploratório.

Under a pure service contract, the country's state oil company would contract with a foreign company to perform a specified service for a flat fee. Although pure service contracts are widely used in the United States, they are unattractive to multinational oil companies as opportunities for the development of foreign petroleum reserves because they provide no right to production. To make them more attractive, various nations refine the contracts to include buyback arrangements that allow the oil company to obtain crude oil instead of a flat fee¹⁶². (grifos nossos)

De outra sorte, nos contratos de serviço com cláusula de risco a contratada assume a obrigação de explorar uma determinada área e avaliar o potencial desta para eventuais descobertas. Havendo indícios da existência de hidrocarbonetos, a contratada deverá empreender atividades de desenvolvimento¹⁶³ na área.

Durante todo esse período a contratada arca com os custos operacionais, suportando todo o risco financeiro sem receber qualquer direito sobre a área explorada. Além disso, não há qualquer expectativa de retorno do montante investido, o que só se dará se a descoberta for comercialmente viável.

A remuneração da companhia contratada só se dará quando do início da produção comercial, ou seja, estará baseada no desempenho ou em participação no resultado. Neste caso, a companhia de petróleo contratada, em regra, apropria-se de uma parcela adicional da renda obtida com a venda do óleo para que o risco assumido seja compensado. O pagamento da remuneração à contratada pode se dar tanto em espécie quanto em óleo.

Embora os contratos de risco contenham feições similares aos contratos de partilha de produção, destaca-se que a pedra de toque se dá em relação aos direitos sobre a área a ser explorada. Nos contratos de partilha a contratada detém direitos exploratórios sobre a área, ao passo que nos contratos de risco os direitos exploratórios são do Estado hospedeiro ou de sua *NOC*.

¹⁶² SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S. *A Fifty-Year Perspective on World Petroleum Arrangements*. 24 Texas International Law Journal, 13, 1989.

¹⁶³ O Contrato de Concessão da 11ª Rodada define o Desenvolvimento como “etapa iniciada com a aprovação, pela ANP, do Plano de Desenvolvimento proposto pelo Concessionário e que se prolonga durante a Fase de Produção enquanto necessários investimentos em poços, equipamentos e instalações destinados à Produção de Petróleo e Gás Natural de acordo com as Melhores Práticas da Indústria do Petróleo. (grifos nossos). Disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br>, acessado em 20.06.2013.

Os contratos com cláusula de risco foram amplamente utilizados na América Latina¹⁶⁴. A adoção destes contratos por parte dos Estados hospedeiros tem por finalidade coibir eventuais condutas oportunistas das companhias contratadas nos casos de contrato de prestação de serviço puro, pois, na medida em que os custos da contratada são ressarcidos pelo Estado, a gestão dos custos operacionais por elas empreendidos poderia não se mostrar tão eficiente.

Essa conduta oportunista de uma das partes contratuais é denominada de risco moral ou *moral hazard*. Sobre o tema, cabe trazer à baila a ilustração de Paula Andréa Forgioni:

O mais comezinho exemplo de *moral hazard* refere-se ao seguro. A empresa segurada, depois da contratação, tende a não agir com a diligência de antes, pois tem ciência de que será indenizada na eventualidade de sofrer prejuízos. O motorista que segura seu veículo não mantém o mesmo incentivo para guardá-lo em estacionamento, aumentando as probabilidades de deixá-lo pela rua, à mercê dos bandidos¹⁶⁵.

Assim, ao transferir os riscos exploratórios às companhias o Estado hospedeiro consegue mitigar o risco moral, pois para não ter prejuízo a atuação da contratada se dará de modo diligente, empreendendo menores custos, pois, em caso de insucesso, esta arcará com todos os custos.

2.1.1.4 Contratos de Associação

Os contratos de associação, também denominados acordos de participação (*Participation Agreement*) envolvem a formação de uma *joint venture* entre o Estado hospedeiro e a companhia petrolífera. O termo contrato de associação é bastante amplo, não comportando uma definição específica, correspondendo ao instrumento no qual o Estado hospedeiro, em geral através de sua *NOC*, participa de um negócio em parceria com uma companhia petrolífera, compartilhando com esta os riscos, os custos e eventual lucro no caso de sucesso do empreendimento.

¹⁶⁴ Neste sentido, a título ilustrativo, é importante destacar que a celebração de contratos de risco na Argentina se deu através do Decreto n.º 1.443 de 06 de agosto de 1985. Já no Brasil, entre os anos de 1976 e 1988, a Petrobras – então detentora do monopólio do exercício das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil - celebrou alguns contratos de risco para exploração e produção de petróleo no Brasil. Contudo, aqui, diferentemente da Argentina, não houve alteração legislativa no sentido de autorizar a celebração destes contratos. Sobre os contratos de risco celebrados no Brasil, será abordada uma abordagem mais específica no capítulo 4 do presente estudo.

¹⁶⁵ FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: RT, 2009, p. 146.

O principal objetivo desses contratos de associação é garantir que o Estado hospedeiro ou sua *NOC* tenha participação, figurando como um parceiro da companhia petrolífera nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

Neste sentido, é importante observar que os acordos de associação não costumam ser os únicos instrumentos contratuais a reger as atividades petrolíferas. Em regra tais acordos são complementares a um contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural celebrado entre as associadas – companhias estatal e privada - e o Estado hospedeiro.

Neste modelo o Estado hospedeiro atua, por meio de seu braço empresarial (*NOC*), como um verdadeiro agente econômico estabelecendo uma *joint venture*, na qual serão partilhados não apenas os frutos, mas também os riscos do empreendimento. De modo diverso dos contratos de partilha de produção, nos contratos de associação tanto a apropriação dos resultados quanto os custos empreendidos nas atividades de exploração, desenvolvimento e produção são partilhados proporcionalmente à participação de cada um dos parceiros no empreendimento.

A parceria pode se dar de diferentes formas, a depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido. Neste sentido, as associações podem se dar de modo estritamente contratual, por meio da celebração de um acordo de operações conjuntas, o JOA (*Joint Operating Agreement*), ou por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros.

A decisão sobre qual modelo adotar dependerá de fatores diversos, tais como o sistema jurídico do Estado hospedeiro, os regimes tributário e societário do país da companhia petrolífera, além da preferência das partes em relação ao controle e propriedade sobre os ativos e a produção.

Contudo, vale ressaltar que, em se tratando ainda de contratos com o Estado, a decisão sobre qual forma de associação será adotada entre os parceiros dependerá também da regulamentação do Estado hospedeiro sobre a matéria, podendo este exigir o modelo que deve ser adotado para essas *joint ventures*.

Por fim, é preciso ressaltar que os contratos de associação não são celebrados exclusivamente entre o Estado e um agente privado, podendo também ser celebrados entre entes privados quando estes verificam a comunhão de esforços como uma oportunidade para empreender as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural. A verdade é que o modelo de associação surgiu na prática comercial, entre empresários que compartilhavam os riscos e os eventuais lucros do empreendimento. Nesse sentido, o próximo capítulo será dedicado às *joint ventures* na indústria do petróleo.

3 AS JOINT VENTURES NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO

A expressão indústria do petróleo é um termo bastante amplo e se refere a todos os segmentos da cadeia produtiva do setor de petróleo e gás natural, desde a extração do óleo do poço até o processamento e revenda dos seus derivados.

O primeiro segmento da cadeia da indústria do petróleo é denominado *upstream* e compreende as atividades de exploração e produção (E&P) de petróleo e gás natural, sendo o responsável pelo fornecimento dos insumos básicos dessa indústria.

A etapa de exploração é aquela que compreende o conjunto de operações ou atividades, pesquisa e sondagem, destinada a avaliar áreas territoriais objetivando a descoberta e a identificação de jazidas de petróleo e/ou gás natural, ao passo que a etapa de produção é a que engloba o conjunto coordenado de operações para extração de petróleo e/ou gás natural de uma jazida, bem como de preparo de sua movimentação, ou, ainda, volume de petróleo ou gás natural extraído durante a produção¹⁶⁶.

Os demais segmentos da cadeia são o *midstream* que compreende as atividades de armazenagem e transporte de petróleo e gás natural e o *downstream* a corresponder às atividades de refino e processamento do óleo e da distribuição de seus derivados.

Os altos custos e os riscos inerentes às atividades no segmento do *upstream* acabam por criar um ambiente favorável para a formação de parcerias empresariais, *joint ventures*, por meio das quais os parceiros compartilham os custos e os riscos. Neste sentido, vale observar a lição da professora Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

As principais razões para as empresas petrolíferas formarem uma *joint venture* na área de exploração e exploração de petróleo são o desejo e a necessidade de diluir e minimizar os vários riscos inerentes à atividade, bem como dividir os investimentos necessários. Dentre os riscos inerentes à atividade de exploração e exploração de petróleo, destaca-se o risco geológico, pois diversas condições devem ser satisfeitas para a existência de uma acumulação de hidrocarbonetos (petróleo e gás natural)¹⁶⁷.

A exploração e produção de hidrocarbonetos é uma empresa de longa maturação e que requer a provisão de meios - bens, tecnologia e capital -, o que demanda altos investimentos por um longo período sem que haja o imediato retorno do capital investido, o que só começa a se dar quando da fase de produção. Sobre os custos e os riscos das atividades de exploração e

¹⁶⁶ FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Eloi; PEDROSA JÚNIOR, Oswaldo A.; PINHO, Antonio Correia de. *Dicionário do petróleo em língua portuguesa: exploração e produção de petróleo e gás uma colaboração Brasil, Portugal e Angola*. Rio de Janeiro: Lexicon PUC-Rio, 2009, p. 200 e 390.

¹⁶⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 166-167.

produção, vale observar as palavras do ex-diretor de produção da Petrobras, Antônio Carlos Sobreira de Agostini:

Começa na exploração, com altíssimos riscos e investimentos menores, chega até o desenvolvimento da produção onde convivemos com riscos relativamente menores e altíssimos investimentos, e se encerra com a operação da produção, quando riscos e investimentos são desprezíveis e a venda do produto propicia o retorno do capital investido e os lucros¹⁶⁸.

Destaca-se que, apesar da possibilidade de utilização das *joint ventures* em todos os segmentos da indústria, o presente estudo delimitar-se-á apenas a analisar as *joint ventures* para exploração e produção de petróleo e gás natural.

3.1 Histórico das *Joint Ventures* do Petróleo

Na indústria do petróleo a formação de *joint ventures* tem se mostrado um importante mecanismo para superação das dificuldades da atividade petrolífera em razão dos altos riscos e da necessidade de vultosos investimentos, de uma maneira vantajosa para os parceiros que, além do compartilhamento dos riscos e custos, também se beneficiam mutuamente com a habilidade, conhecimento e experiência um do outro.

Apesar de verificar que a união de esforços foi imprescindível para a indústria do petróleo, é preciso ter em mente que nem sempre foi assim. No início da exploração comercial do petróleo os produtores tinham uma mentalidade bem diferente e que estava mais alinhada com a maneira que os mineradores costumavam utilizar para lavar o ouro. Assim, cada produtor conduzia seu trabalho independentemente dos demais, em uma corrida desenfreada para produzir a maior quantidade possível de óleo.

O professor Bernard Taverne consegue expressar muito bem o comportamento desses produtores quando afirma que: “*Although not having a clear idea about subsoil petroleum reservoir and the behaviour of petroleum therein, they were anyway convinced that any oil not produced by their wells would be produced by the wells drilled by their neighbours*¹⁶⁹”.

Ocorre que tal mentalidade só pode prosperar em um mercado cujos agentes eram pequenos produtores que negociavam o óleo extraído com pequenas refinarias,

¹⁶⁸ AGOSTINI, Antonio Carlos Sobreira de. *A Petrobras e o upstream in A nova regulamentação da indústria de petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: IBP, 1996, p. 45-46.

¹⁶⁹ TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999, p. 361.

consubstanciando quase que um mercado de concorrência perfeita. Tal cenário restou prejudicado na medida em que houve a consolidação das grandes companhias petrolíferas¹⁷⁰, detentoras de um grande poder de mercado, capazes de ditar os preços do óleo, na medida em que passaram a atuar em todos os segmentos da indústria.

Com isso, ocorreu uma drástica mudança na estrutura do mercado petrolífero, pois tais companhias passaram a atuar em diferentes estágios da cadeia produtiva, passando inclusive a exercer as atividades antes empreendidas pelos pequenos produtores. Com o processo produtivo verticalmente integrado, as companhias petrolíferas conseguiram não apenas reduzir seus custos de transação, mas também puderam exercer maior controle sobre o preço do óleo.

Verificou-se que, mesmo adquirindo ou obtendo licença para a produção de petróleo sobre grandes áreas, ainda assim, muitas vezes, o tamanho dessas áreas era inferior ao tamanho das reservas contidas no subsolo, o que acabava por ensejar na mesma problemática na qual um mesmo reservatório era compartilhado entre dois ou mais produtores.

Com o passar do tempo, o avanço das técnicas proporcionou um maior conhecimento sobre os reservatórios. Estes novos produtores que compartilhavam um reservatório comum puderam compreender que a cooperação seria a maneira mais viável para produzir, de maneira eficiente, o óleo contido em um reservatório comum¹⁷¹.

Success in the industry has always required cooperation with other parties, whether they be contractors, governments or competitors. Indeed, the upstream petroleum industry is unique in terms of how it deals with its competitors. Oil and gas producing companies frequently negotiate contracts between each other with a view to mutual benefit. Joint ventures, farmouts, unitizations and other such arrangements are common transactions. It is difficult to imagine Coke and Pepsi negotiating a joint venture, but international oil companies (IOCs) do so frequently. While these companies do compete in the traditional sense in many areas of the petroleum business, when it comes to upstream operations, they frequently find cooperation to be mutually beneficial¹⁷².

¹⁷⁰ Quando se fala em grande companhia petrolífera, não se pode deixar de abordar, mesmo que em linhas sucintas o papel da Standard Oil, o qual se confunde com a própria história do petróleo. Fundada em Ohio (EUA) no ano de 1870, por John D. Rockefeller e outros cinco investidores, a *Standard Oil* consolidou como uma companhia altamente verticalizada que não apenas refinava, mas também produzia, transportava e comercializava o petróleo. Tal companhia ditava os preços de venda, transporte e refino do petróleo. As práticas negociais da *Standard Oil*, embora lícitas, eram eticamente questionáveis, pois incluíam a prática de uma concorrência predatória, para a aquisição de concorrentes e quando esta não era possível, eram praticados preços predatórios para a quebra da concorrente. Em vinte anos o grupo empresarial da *Standard Oil* detinha o controle de 85% (oitenta e cinco por cento) de todo o mercado de refino ianque. Adaptado de QUINTAS, Humberto; QUINTANS, Luiz Cezar P. *A história do petróleo: no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009, p. 36-37.

¹⁷¹ TAVERNE, Bernard. *Op. cit.*, 1999, p. 363.

¹⁷² MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010, p. 4.

Assim, a formação de *joint ventures* na indústria do petróleo, especialmente no setor do *upstream*, tem se mostrado como um importante mecanismo 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, pois além do compartilhamento dos riscos e custos, os parceiros também se beneficiam mutuamente com a habilidade, conhecimento e experiência um do outro.

Unlike many others industries, the international oil industry has a long history of cooperation. While competition between large IOCs can be fierce in some areas like the marketing of petroleum or the downstream operations, the exploration and production phase of the petroleum operations is marked by cooperation between competitors. This is done primarily to share and reduce risk (operation risk, political risk and so on) and partially to diversify the production portfolio of a single company. For example, an IOC with a \$1 billion exploration budget can allocate its resources among five different potential plays around the world risk one-fifth of a billion each, receiving a portion of production that is shared with other partners or it could dedicate all of its funds to one single project where it will participate in 100 per cent of any production. This desire to diversify risk and expand into multiple prospects has led to the common reality that IOCs frequently work together in joint ventures or in accordance with JOA to exploit a particular opportunity in a given Host Government Contract¹⁷³.

Tais parcerias podem assumir diferentes formas, a depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido, podendo se dar de modo estritamente contratual, por meio da celebração de um acordo de operações conjuntas, o JOA (*Joint Operating Agreement*), ou por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros, no caso de haver o interesse em uma maior comunhão entre os parceiros.

Independentemente da forma de associação escolhida pelos parceiros, o início de uma *joint venture* tem início com a negociação em que as partes acordam o percentual de participação de cada uma no negócio, a escolha de qual sociedade será o operador, a conduzir as operações e a opção por constituir ou não uma nova sociedade.

A opção pela constituição de uma sociedade, uma nova entidade distinta dos parceiros, a denominado *joint venture* societária, enseja a criação de uma sociedade petrolífera na qual os parceiros serão sócios, cada um detendo o percentual de quotas ou ações proporcional a sua participação no empreendimento.

¹⁷³ TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 3, London: Oxford University Press, 2012, p. 183.

Contudo, na indústria do petróleo os agentes costumam optar pela *joint venture* contratual, que, conforme visto no capítulo anterior, possuem uma estrutura mais flexível quando comparada às estruturas societárias. Assim, cada um dos parceiros se mantém independente e cada um deles detém determinado percentual de participação no empreendimento.

Na *joint venture* contratual apesar de haver uma associação de interesses para o compartilhamento dos riscos entre os parceiros, não há a formação de uma estrutura societária, ou seja, não há o nascimento de uma pessoa jurídica distinta dos pactuantes. Nesta modalidade o vínculo entre as partes é de caráter estritamente contratual, onde ocorre a associação de duas ou mais pessoas que, no intuito de efetuar um projeto, se unem para em conjunto unir recursos, sejam financeiros ou materiais, além de suas experiências e conhecimentos, para a consecução do projeto, convencionando também a divisão de lucros e perdas.

O principal atrativo para que as companhias prefiram a formação de uma *joint ventures* contratual se dá em razão de que nestas cada uma das parceiras detem direitos diretamente sobre o que é produzido, ao passo que, nas *joint ventures* societárias, o direito sobre o óleo produzido é da própria companhia, cabendo aos parceiros o direito aos dividendos.

Assim, verifica-se que o direito ao próprio recurso produzido é um dos principais fatores que contribuem para que as companhias petrolíferas evitem a rigidez das vestes societárias, que apesar de propiciar uma maior segurança não garante o que lhes é mais precioso – o óleo e/ou gás natural¹⁷⁴.

Além disso, é preciso destacar que a adoção do modelo societário também não se mostra como a forma negocial mais adequada à exploração e produção petrolífera, na medida em que não proporciona a flexibilidade necessária para a diversificação do portfólio de exploração e produção das companhias, além de ensejar também em maiores custos para criação de parcerias nas diferentes áreas sob concessão.

A veste societária implica uma maior rigidez, com a formação de uma estrutura mais engessada que pode ensejar em maiores dificuldades por não se adequar da melhor forma à dinâmica do negócio de exploração e produção. Neste sentido, cabe destacar que a simples alternância de posição – operador e não-operador - nas diferentes áreas concedidas já se

¹⁷⁴ TAVERNE, Bernard. *Op. cit.*, 1999, p. 363.

mostra como um fator importante e propulsor do desenvolvimento de atividades em novas áreas.

Por fim, destaca-se que tal alternância além de possibilitar que as sociedades detenham participação em um maior número de áreas, na medida em que há o compartilhamento dos riscos, demonstra-se também como um fator positivo para o desenvolvimento de novas tecnologias, haja vista a integração de equipes de diferentes sociedades empresárias, em que cada uma delas reconhece a expertise da outra para em conjunto superar os desafios da exploração e produção de hidrocarbonetos.

3.2 O *Joint Operating Agreement (JOA)*

No âmbito da indústria do petróleo, o Acordo de Operações Conjuntas (JOA) é o principal instrumento utilizado para a concretização das associações entre os empresários, sendo o principal contrato a reger a relação entre os parceiros de uma *joint venture* e do qual podem ser partes tanto sociedades empresárias nacionais quanto internacionais, sejam elas estatais ou privadas.

O *JOA* é um instrumento de grande importância para a indústria do petróleo, pois nele estará prevista a base para a partilha de direitos e responsabilidades entre as partes, inclusive no que se refere à divisão de uma eventual produção, além das previsões sobre a maneira pela qual se darão as operações, bem como a definição das matérias de competências do Comitê Operacional, dentre outras.

O surgimento do *JOA* se deu nos Estados Unidos e no começo as parcerias firmadas através deste se davam apenas para o desenvolvimento de atividades no âmbito de exploração e produção em terra (*onshore*).

Tendo em vista o vertiginoso crescimento das atividades de exploração e produção de petróleo, inclusive com a exploração e produção no mar (*offshore*), não tardou para que, identificado o sucesso dos *JOAs* nos EUA, tais instrumentos passassem a ser utilizados pela indústria do petróleo em todo o mundo.

O *JOA* está diretamente relacionado ao contrato celebrado com o Estado para a concessão da área. Pode-se afirmar que este é um contrato acessório àquele. Enquanto o contrato de concessão prevê os direitos e obrigações do concessionário sobre a área, o *JOA* regula o relacionamento entre os parceiros, estabelecendo os respectivos direitos e obrigações de cada um deles com relação às operações e atividades em consonância com o previsto no

contrato de concessão. No que se refere ao escopo destes acordos, vale salientar a valiosa lição de Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

*O JOA é um instrumento básico, que permite às partes associadas, em função de um contrato de exploração com o país hospedeiro ou seu representante, concretizar a união de recursos, a partilha de despesas e a minimização dos riscos em um empreendimento*¹⁷⁵.

Por estar diretamente relacionado com um contrato de concessão, é comum que o JOA seja precedido de outros acordos nos quais as partes manifestam o interesse na união de esforços e assumem a obrigação de celebrar um JOA. Isso porque, tanto para adquirir a concessão quanto para transferir parcela dos direitos e obrigações oriundos daquele contrato, será necessário o cumprimento de requisitos que serão julgados pelo Estado hospedeiro ou o ente que o representa (empresa estatal, agência reguladora, dentre outros). Neste caso, como exemplo destes acordos prévios ao JOA tem-se o *Joint Bidding Agreement* e o Acordo de Cessão¹⁷⁶.

O *Joint Bidding Agreement* é um instrumento celebrado entre companhias que almejam participar em conjunto de certame licitatório para a concessão de áreas. Em tal instrumento estão regulados os termos básicos de um posterior JOA que será celebrado caso os parceiros saírem-se vencedores na licitação, obtendo, assim, a concessão de área para exploração e produção de hidrocarbonetos.

Já o Acordo de Cessão poderá ser um instrumento que precede a celebração de um JOA, nas hipóteses em que o detentor de direitos sobre determinada área concedida cede a um terceiro uma parcela de sua participação indivisa da área, permanecendo ainda com algum percentual de participação na área. Nesta hipótese o cessionário passará a ser parceiro do cedente, havendo a formação de uma *joint venture*. É comum verificar que, em regra, no próprio Acordo de Cessão haverá a previsão de que as partes se obrigam a celebrar um JOA para regular a relação destes nas operações que serão conduzidas.

Muitas são as dificuldades enfrentadas pelos juristas para empreender a elaboração de um JOA. Primeiramente em razão de ser, na maioria das vezes, celebrado entre partes de tradições jurídicas bastante distintas, o que torna a uniformização dos interesses uma tarefa um pouco mais árdua do que em contratos celebrados entre partes oriundas de um mesmo ordenamento jurídico, sendo preciso ainda observar as nuances legais e regulatórias do Estado hospedeiro no qual as atividades de exploração e produção de petróleo serão desenvolvidas.

¹⁷⁵ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 197.

¹⁷⁶ Em inglês os termos utilizados são *farm-in* e *farm-out*.

A fase negocial requer dos parceiros um esforço para garantir a consolidação de uma sólida parceria, consubstanciada em um instrumento adequado e funcional – o JOA.

Centrados em estabelecer regras para o alcance de objetivos comuns cabe às partes a celebração de um acordo cuja eficácia e operacionalidade perdure durante toda a vigência do contrato. Nesta esteira, é possível verificar que a fase de negociações é de extrema importância para garantir o sucesso das operações, pois são nas discussões que precedem a elaboração de um JOA que é possível definir os pontos mais sensíveis, especialmente no que se refere ao controle das operações, a definição dos percentuais de controle (participação), questões operacionais e fiscais, bem como a responsabilidade tributária¹⁷⁷.

Além disso, há em todo JOA o binômio entre as partes: *operador e não operadores*. A parte indicada como operador tem por atribuições dirigir e conduzir as operações conjuntas, representar a *joint venture* perante o governo do Estado hospedeiro e terceiros, gerir os negócios, sendo responsável pelo orçamento, contabilidade, contratação de serviços, elaboração de relatórios, dentre outras tarefas relacionadas à operação.

An operator will be an agent of the other participants and is usually considered to have a fiduciary duty towards its co-venturers. The nature of that duty and the consequences of breach have been extensively debated and litigated. The joint operating agreement will set the standard to which the operator should perform as that of a `reasonable and prudent` operator and will usually define it by reference to what other operators would do in similar circumstances¹⁷⁸.

Neste condão, o JOA além de estabelecer o padrão de conduta do operador deve também prever mecanismos para o controle do operador e das despesas com a operação. Sem dúvida o principal mecanismo é o Comitê Operacional, composto por representantes de todos os parceiros, cuja principal atribuição é supervisionar a atuação do operador, podendo o JOA também disciplinar as questões que devem ser apreciadas pelo Comitê Operacional e aquelas que são delegadas ao operador.

A dinâmica das operações acaba requerendo que algumas questões sejam decididas pelo operador, traçando um paralelo com o direito societário, especialmente em relação às companhias. Poder-se-ia dizer que o operador seria o administrador, ao passo que o Comitê seria o Conselho de Administração. Embora o paralelo traçado seja útil para uma melhor

¹⁷⁷ BOULOS, Alfred J. Conoco Polar Lights joint venture in the Russian Federation: a successful international startup experience, in KRONMAN, G.; FELIO, D.; O'CONNOR, T. *International oil and gas ventures: a business perspective*, Tulsa: AAPG, 2000, p. 359.

¹⁷⁸ GOLVALA, Charez. *Upstream joint ventures – bidding and operating agreements*. In Oil and Gas: A Practical Handbook. London: Globe Law and Business, 2009, p. 46.

compreensão da realidade, é preciso ressaltar apenas que no caso das companhias apenas pessoas naturais podem exercer a administração¹⁷⁹.

A tentativa de minimizar a excessiva discricionariedade do operador na condução das operações tem sido um dos principais temas de debate das minutas de modelos padrões da indústria. Sobre o tema será dedicado maior aprofundamento no item em que serão tratadas questões específicas dos modelos padrões de JOA.

Disciplinar a relação dos parceiros da *joint venture* e especialmente o relacionamento entre operador e não operadores é um dos grandes desafios quando da elaboração de um JOA. A tarefa tem início ainda na fase de negociações, quando é preciso compatibilizar os interesses de partes que irão se relacionar durante um longo período. Assim, para o melhor balizamento da relação entre as partes é preciso que no JOA sejam lançadas as bases do comportamento colaborativo das partes.

Ao contrário dos contratos *descontínuos* ou *pontuais*, nos quais, em sua versão extrema, há apenas as partes diretamente envolvidas, os contratos *relacionais* ou *contínuos* costumam envolver amplas e intrincadas *redes* de agentes e **participantes com uma interação acentuadamente marcada pela solidariedade interorganizacional, pela cooperação recíproca e pela confiança mútua**. Como exemplos paradigmáticos dessas *redes*, cuja expansão em termos de estrutura operacional e raio de ação tem suscitado intrincados problemas tanto para o direito positivo quanto para a teoria jurídica, para a teoria social e para a ética, podem ser lembrados: [...] (c) as atividades de prospecção de petróleo, onde se relacionam de modo bastante dinâmico firmas especializadas em serviços de consultoria em geologia, transportes e plataformas marítimas, processamento, refinamento, comercialização e distribuição¹⁸⁰. (grifos nossos)

Este desafio indicado por José Eduardo Faria leva a perquirir a própria natureza jurídica do JOA. Tendo em vista que a origem do JOA deu-se em países de tradição da *Common Law*, será necessário primeiramente perquirir como a relação jurídica instituída por meio deste instrumento é vista nesses países para em seguida verificar se o enquadramento feito nesses países se dá ou não da mesma forma no direito brasileiro.

Como bem salienta Marilda Rosado de Sá Ribeiro é possível verificar na doutrina e jurisprudência estrangeiras a preocupação das partes em definir a natureza jurídica do JOA, buscando sempre distingui-lo de outras formas associativas como a *partnership* e até mesmo da *joint venture*¹⁸¹. Neste sentido, importante transcrever a cláusula que trata do

¹⁷⁹ Cf. art. 146, *caput* da Lei n.º 6.404/76, *in verbis*: **Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais**, devendo os diretores ser residentes no País.

¹⁸⁰ FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, 2004, p. 209.

¹⁸¹ Cf. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 201.

relacionamento entre as partes contida no modelo padrão de JOA 2012 da *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN):

14.1. Relacionamento das Partes

Os direitos, deveres, obrigações e responsabilidades das Partes sob este Acordo serão individuais, e não conjuntas ou coletivas. **Não é a intenção das Partes criar, nem este Acordo será considerado ou interpretado como criando, uma sociedade de mineração ou outra sociedade, joint venture ou associação ou (exceto conforme explicitamente estabelecido neste Acordo) um trust. Este Acordo não será considerado ou interpretado como autorizando qualquer Parte a agir como um agente**, funcionário ou empregado para qualquer outra Parte, para qualquer propósito que seja, exceto conforme explicitamente disposto neste Acordo. Em suas relações entre si sob este Acordo, as Partes não serão consideradas fiduciárias exceto conforme expressamente disposto neste Acordo¹⁸² (grifamos).

As minutas básicas norte-americanas de JOA buscam sempre pontuar que a relação estabelecida entre as partes é de natureza estritamente contratual, negando expressamente a intenção das partes em criar *joint venture*, *partnership* ou qualquer relação semelhante a estas figuras associativas. Tal preocupação se dá especialmente em virtude da necessidade de afastar qualquer possibilidade de que os parceiros sejam enquadrados como sócios (*partners*) em uma *partnership*.

Neste sentido, é bastante interessante o apontamento elaborado por Ernest Smith quando afirma que, na ausência de cláusula específica ou mesmo de um JOA, se duas ou mais partes empreendem em conjunto atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural restaria ali caracterizado uma *joint venture*, cabendo a cada uma das partes deveres fiduciários em relação às outras, havendo a responsabilidade solidária e ilimitada destas perante terceiros. A solidariedade e responsabilidade ilimitada são os pontos nodais e a principal razão para que nos modelos padrões de JOA haja expressamente a negação de que tal acordo venha a configurar uma *joint venture*¹⁸³.

Vale ressaltar que o conceito de *joint venture* não possui uma definição precisa, sendo as definições estabelecidas em cada caso, consoante a natureza do negócio e de outros fatos. Por mais que haja conceitos razoavelmente definidos, não há unanimidade nas Cortes norte-americanas, inexistindo, portanto, uma integridade conceitual das *joint ventures*.

Todavia, embora os requisitos para a caracterização de uma *joint venture* possa variar de um tribunal para o outro, propriedade conjunta, comunhão de interesses, acordo de partilha

¹⁸² Modelo Internacional de Acordo Operacional Conjunto 2012 da *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN), disponível em www.aipn.org, acessado em 20.03.2013.

¹⁸³ SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*, p. 6.

de despesas e lucros e controle conjunto são os principais requisitos utilizados pelos Tribunais norte-americanos para que um negócio seja categorizado como uma *joint venture*¹⁸⁴.

É justamente com base no último requisito supramencionado, qual seja, o controle conjunto sobre as operações, que as Cortes texanas firmaram o entendimento de que as partes que firmam um JOA não são *co-ventures*. A justificativa para tal posicionamento é em virtude da eventualidade das hipóteses em que não operadores tem algum meio de controle sobre as operações, pois a regra é que o operador tenha controle exclusivo sobre grande parte das questões relativas à operação¹⁸⁵. Neste sentido, cabe a transcrição do item 4.2.A do modelo padrão de JOA da AIPN¹⁸⁶:

4.2 Direitos e Deveres da Operadora

4.2.A Sujeito aos termos e condições deste Acordo, a Operadora terá todos os direitos, funções e deveres da Operadora nos termos do Contrato, **terá autoridade exclusiva sobre as Operações Conjuntas e conduzirá todas as Operações Conjuntas**. A Operadora poderá empregar agentes e contratadas independentes, incluindo Afiliadas da Operadora, Não Operadoras ou Afiliadas de uma Não Operadora, em tais Operações Conjuntas¹⁸⁷.

Quando transposta esta análise no âmbito do direito brasileiro, nota-se a existência de algumas peculiaridades que colocam em cheque as disposições que tentam descaracterizar a existência de uma *joint venture* entre as partes. Isso porque, as disposições contratuais não podem ser contrárias à lei. Nesse sentido, a disciplina das associações de sociedades para a exploração e produção de petróleo deve primeiramente observar a exigência contida no art. 38 da Lei n.º 9.478/97 (Lei do Petróleo), *in verbis*:

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;

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;

¹⁸⁴ State v. Harrington, 467 S.W.2d 467 (Tex. 1966); Ayco Dev. Corp. v. G.E.T. Serv. Co., 616 S.W.2d 184, 186 (Tex.1981); Oklahoma Co. v. O'Neil, 440 P.2d 978 (Okla. 1968). *Apud* SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*, p. 6.

¹⁸⁵ See, e.g., Youngstown Sheet & Tube Co. v. Penn, 355 S.W.2d 239 (Tex. Civ. App. – Austin 1962), modified 363 S.W.2d 230 (Tex. 1962); Hamilton v. Texas Oil & Gas Corp., 648 S.W.2d 316 (Tex. App. – El Paso 1982); Castle Tex. Prod. L.P. v. Long Trusts, 134 S.W.3d 267 (Tex. App. – Tyler 2003); In re Great Western Drilling, Ltd., 211 S.W.3d 828 (Tex. App. -- Eastland 2006). *Apud* SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*, p. 6.

¹⁸⁶ O modelo padrão de JOA AIPN 2012 encontra-se anexo ao presente trabalho.

¹⁸⁷ Modelo Internacional 2012 de Acordo Operacional Conjunto da AIPN, disponível em www.aipn.org.

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.**

Assim, verifica-se que existem dois instrumentos de grande importância a reger as *joint ventures* do petróleo no Brasil, quais sejam, (i) o contrato de consórcio, a representar o denominado “consórcio externo”, por ser aquele que é arquivado no respectivo Registro de Empresas Mercantis e, portanto, levado a conhecimento de terceiros e; (ii) o Acordo de Operações Conjuntas que, por outro turno, pode ser denominado “consórcio interno”, pois disciplina única e exclusivamente a relação entre as partes consorciadas, não sendo necessário ser levado a público.

É possível verificar nas parcerias firmadas na indústria do petróleo através dos JOAs elementos que configuram um esforço conjunto, uma união de capital, *savoir-faire*, dentre outros elementos importantes para a consecução do negócio.

Neste diapasão, cabe ao jurista identificar a disciplina jurídica aplicável a este tipo contratual. Esta identificação, nas palavras de Tullio Ascarelli, “não pode assentar em elementos formais ou no uso de palavras ou fórmulas sacramentais: pode assentar apenas na função econômica de cada contrato¹⁸⁸”. Ou seja, perquirir a racionalidade econômica de um contrato é identificar a própria operação econômica que o contrato enceta.

Entre os autores mais recentes, Paula Andrea Forgioni, ao tratar dos contratos empresariais, explicita que ao se vincularem os empresários têm em vista determinado escopo, o qual se confunde com a função do que esperam do negócio, tendo, portanto, todo o negócio uma função econômica¹⁸⁹.

Pensar a função econômica de um contrato é debruçar-se sobre a razão da existência de um negócio, buscando entender qual a necessidade que cada uma das partes visa satisfazer com a celebração de dado acordo.

Nesta esteira, é possível observar que a função econômica do JOA é a produção conjunta de hidrocarbonetos. Para isso, o principal escopo do referido instrumento é regular o relacionamento entre as partes, no qual constam os direitos e obrigações de uma para com a outra, correspondendo a uma *joint venture* contratual.

Tendo em vista o caráter colaborativo, verifica-se que tais instrumentos estão compreendidos entre aqueles contratos denominados associativos ou relacionais, os quais

¹⁸⁸ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 62-63.

¹⁸⁹ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

pressupõem esforços conjugados, a despeito da manutenção da autonomia patrimonial das partes que embora interdependentes, mantêm áleas distintas.

A lógica dos contratos relacionais difere-se daquela dos contratos de trato imediato, pois é função destes, dentre outras, estabelecer regras para a manutenção de um proveitoso e duradouro relacionamento entre as partes que perseguem o mesmo objetivo, que no caso do JOA é a produção de petróleo e gás natural.

Relacionamento pressupõe dinâmica, neste passo os contratos relacionais comportam uma racionalidade distinta daquela aplicável aos contratos de trato imediato, também denominados de contrato de intercâmbio:

Enquanto nestes contratos o interesse da restituição tende a ser o mais preponderante, nos contratos *relacionais* ou *contínuos*, dada a importância das expectativas recíprocas, a confiabilidade das partes umas com relação às outras, o risco conjuntamente por elas assumido e sua integração numa *rede* ou cadeia produtiva competitiva passam a ter maior peso, já que, muitas vezes, é extremamente difícil e até impossível preestabelecer o montante das perdas e danos materiais. E a eventual ruptura do compromisso de cooperação de uma das partes, aqui, tem como sanção a recusa das demais em voltar a contratar e em aceitar a continuidade de sua presença na cadeia produtiva¹⁹⁰.

Neste sentido, a incompletude é uma característica inerente aos contratos relacionais, dos quais o JOA corresponde a uma das várias espécies existentes. Como são contratos que se estenderão durante um longo período, não é possível no momento de sua celebração prever todos os problemas que poderão se dar durante o curso do negócio. “No momento da celebração é impossível deter todas as informações sobre o negócio e sobre o seu contexto, inclusive futuro. Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais haverá o controle do porvir¹⁹¹”.

A incompletude acaba ensejando na existência de inevitáveis lacunas contratuais que, ou são solucionadas e o negócio prossegue ou, de outro turno, restam sem solução e o contrato é extinto. A prática empresarial tem demonstrado que a tendência das partes na eventualidade de uma divergência não é discuti-las única e exclusivamente à luz do direito vigente, pois o caráter colaborativo tende a requerer a negociação em detrimento da execução específica do acordo.

A adaptação do negócio, diante da ocorrência de hipótese não prevista em contrato, é uma prerrogativa dos contratantes no exercício de sua autonomia privada. Afinal, pela racionalidade dos contratos relacionais quando mudadas circunstâncias, cabe às partes

¹⁹⁰ FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, 2004, p. 211.

¹⁹¹ FORGIONI, Paula A. *Op.cit.*, 2009, p. 186.

buscar, através de negociação, alcançar um novo equilíbrio dentro da nova dinâmica, ao invés de tentar resgatar o *status quo* anterior.

No JOA não haveria de ser diferente, tanto que desde 2002 há no modelo padrão da AIPN cláusula opcional a privilegiar a negociação entre as partes para solução de controvérsias, *in verbis*:

18.2.B Negociações. As Partes da Controvérsia buscarão resolver qualquer Controvérsia através de negociação entre Executivos Seniores. Um “**Executivo Sênior**” significa qualquer indivíduo que tenha autoridade para negociar a liquidação da Controvérsia para uma Parte. Dentro de 30 (trinta) Dias após a data do recebimento por cada Parte da Controvérsia da Notificação de Controvérsia (notificação esta que solicitará negociações entre Executivos Seniores), os Executivos Seniores representando as Partes da Controvérsia se reunirão em uma hora e local mutuamente aceitáveis para trocar informações relevantes em uma tentativa de resolver a Controvérsia. Se um Executivo Sênior quiser ser acompanhado na reunião por um advogado, o Executivo Sênior de cada uma das Partes receberá notificação escrita de tal intenção pelo menos 3 (três) Dias antes e também poderá ser acompanhado na reunião por um advogado. Apesar do exposto acima, qualquer Parte poderá iniciar o procedimento de arbitragem sob o Artigo 18.2.D ou mediante procedimentos sob Artigo 18.2.C referente a tal Controvérsia dentro de 30 (trinta) Dias após a data de recebimento da Notificação de Controvérsia¹⁹².

Com base no pragmatismo é possível verificar que a flexibilidade das cláusulas é uma característica inerente aos contratos de longa duração e que enseja a necessidade de previsão de mecanismos de renegociação, geralmente calcados em custos e benefícios.

Neste sentido, garantir maior eficácia às cláusulas de melhores esforços (*best efforts*), a impor às partes o dever de renegociar, tem se mostrado como um importante mecanismo para a efetiva consecução do negócio, pois, por meio de uma composição interna de divergências, as partes buscam, sem arcar com os altos custos de uma interferência externa – seja do judiciário ou de tribunal arbitral¹⁹³ –, soluções para contornar os eventuais problemas surgidos no curso da vigência do contrato.

Assim, ao invés de se valer da solução tradicional, baseada nos princípios do *pacta sunt servanda* e da autonomia privada, e que pode levar ao inevitável rompimento contratual, as partes se valem da renegociação, com o objetivo de dar prosseguimento com as operações. Mitiga-se o princípio do *pacta sunt servanda*, pois é preferível garantir o efetivo cumprimento da função econômica do acordo, adaptando-o ao *status quo* vigente, do que garantir o estrito cumprimento de sua literalidade; com isso, aditivos ao contrato não são raros.

¹⁹² Modelo Internacional 2012 de Acordo Operacional Conjunto da AIPN, disponível em www.aipn.org.

¹⁹³ FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, 2004, p. 210.

De toda sorte, é preciso destacar que para um contrato cuja duração é de aproximadamente trinta anos, os JOAs costumam conter menos aditivos do que o esperado, isso ocorre principalmente em razão dos esforços empreendidos no sentido de padronização dos modelos e a iniciativa de elaborar uma minuta básica do JOA internacional, como será visto a seguir.

3.2.1 Esforços de Padronização

Ainda na década de 1950 é possível verificar o trabalho desenvolvido pela AAPL (*American Association of Petroleum Landmen*), uma das primeiras entidades a desenvolver modelos padrões de contratos da indústria. O primeiro modelo padrão de JOA disponibilizado pela referida entidade em 1956, e suas respectivas atualizações ainda é um dos mais utilizados pela indústria, todavia são mais específicos à produção em terra¹⁹⁴.

O sucesso do modelo da AAPL resultou no desenvolvimento de um acordo relativamente uniforme e com isso, ao longo de várias décadas, o JOA tem evoluído como um documento imprescindível para toda a indústria. Com o aumento do número e da complexidade das operações, como é o caso de exploração e produção no mar e também internacional, foram necessárias alterações no padrão originário¹⁹⁵.

O alto grau de complexidade técnica e a existência de práticas operacionais e administrativas distintas fazem com que a fase negocial de um JOA seja uma tarefa bastante árdua. O processo tradicional de negociação demandava um longo período de negociação, a exigir reuniões internacionais para debater diversos questionamentos, dos mais simples aos mais elevados graus de complexidade. Além de mais detalhados, tanto os JOAs internacionais quanto para áreas no mar comportam significativas diferenças se comparados aos seus correlatos para áreas em terra ianques, apresentando ainda importantes variações de operação para operação.

A necessidade de tornar ágil a fase preparatória, e até o processo negocial, fez crescer a preferência pela uniformização, estimulando dois grupos de advogados norte-americanos a tomar, a partir de 1988, a iniciativa de preparar uma minuta básica do JOA internacional. Esses grupos eram constituídos de advogados associados ao Comitê Internacional de Energia, da Associação Americana de

¹⁹⁴ KRAMER, Bruce M. *Joint development and operations in International Petroleum Transactions*, 3rd Edition, Rocky Mountain Mineral Foundation, 2010, p. 538.

¹⁹⁵ *Idem*.

Advogados de Empresa (ACCA) e da Associação Internacional de Negociadores da Área do Petróleo (AIPN)¹⁹⁶.

A criação de modelos padrão requer um elevado grau de esforço por parte da entidade que desenvolve a minuta, lembrando que na dinâmica atual dos negócios o processo de revisão e atualização dos textos padrões mostra-se como um imperativo para o sucesso deles.

Sobre os esforços de padronização dos modelos contratuais utilizados na indústria do petróleo em todo o mundo é importante destacar o papel da Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN, sigla da denominação em inglês *Association of International Petroleum Negotiators*, entidade criada em 1982, com sede em Houston, Estado do Texas – EUA.

Entidade composta por aproximadamente 2700 (dois mil e setecentos) membros de mais de 85 (oitenta e cinco) nacionalidades, a AIPN disponibiliza aos seus associados modelos padrões de diferentes contratos utilizados na indústria do petróleo, especificamente no *upstream* e no *midstream*, elaborados com a colaboração de profissionais de diferentes países¹⁹⁷.

Ao conjugar a opinião de diversos colaboradores agrega-se não apenas o conhecimento técnico, mas também a experiência adquirida pelos profissionais em suas negociações e também na prática do dia-a-dia na indústria. Além disso, a efetiva participação dos profissionais acaba por ensejar um contínuo processo de revisão e aperfeiçoamento dos modelos contratuais.

Neste sentido cabe observar a recente atualização do modelo padrão de *Joint Operating Agreement* de 2012. As minutas foram revistas e discutidas por diferentes colaboradores em um trabalho coletivo no qual foram dedicadas milhares de horas para o aperfeiçoamento do modelo padrão anterior que havia sido elaborado em 2002.

Os modelos contratuais padrões disponibilizados pela AIPN a seus associados são fruto deste intenso trabalho no qual cooperam profissionais da indústria de todo o mundo. Assim, tais modelos acabam oferecendo uma série de opções e disposições alternativas, as quais levam em consideração tanto aspectos existentes no mercado no momento em que os modelos são aprovados, quanto as peculiaridades existente em diferentes ordenamentos jurídicos.

¹⁹⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 202.

¹⁹⁷ MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010, p. 21.

No âmbito jurídico, as discussões empreendidas pelos grupos de trabalho buscam perquirir a questão da aplicabilidade das disposições contidas nos modelos padrões, especialmente quando se leva em consideração que tal minuta deve conter disposições que se adequem tanto a países cuja tradição jurídica seja a da *Common Law* quanto aqueles em que a tradição seja a da *Civil Law*.

Neste diapasão, as disposições dos modelos padrões de contrato originam-se principalmente das práticas usualmente realizadas internacionalmente na indústria do petróleo, disponibilizando ainda uma série de disposições padronizadas e intercambiáveis que leva em conta as diferentes peculiaridades quanto a transações específicas. Por conseguinte, os modelos contratuais da AIPN são amplamente utilizados como um ponto de partida para muitos projetos e negociações internacionais na indústria do petróleo.

3.3 As *Joint Ventures* do Petróleo no Direito Comparado

É inegável a existência de uma pluralidade de modelos jurídicos ao redor do mundo, cada um comportando determinadas peculiaridades, especialmente decorrentes das variações sociais, econômicas e culturais a influenciar a ordem jurídica estabelecida.

A verificação de modelos jurídicos distintos permite estabelecer em que medidas tais modelos se aproximam e se afastam do modelo adotado no Brasil, de modo a perquirir as diferenças existentes.

Neste sentido, destaca-se que a escolha do modelo norte-americano, país de tradição econômica liberal, justifica-se, inicialmente, em razão do grau de maturidade do setor petrolífero no país.

Berço da indústria do petróleo, o mercado americano conta com diferentes *players*, e possui uma ampla jurisprudência, principalmente sobre o *JOA*. Além disso, o país adota um regime de propriedade sobre os hidrocarbonetos diferente da maioria dos países do mundo, o que também mereceu uma melhor análise.

O segundo país que mereceu análise comparatista foi a Noruega, país que, embora tenha uma indústria relativamente jovem, iniciada nos anos 60, conseguiu, em um espaço de tempo relativamente pequeno, estabelecer com sucesso um modelo de participação do Estado na indústria.

Com um consistente arcabouço institucional-regulatório, o modelo norueguês foi muitas vezes citada como aquele a ser seguido quando da elaboração do marco regulatório

para as áreas do pré-sal. Assim, a comparação com o modelo norueguês permitirá verificar as semelhanças e diferenças entre o modelo daquele país e o modelo brasileiro estabelecido para o pré-sal e áreas estratégicas.

3.3.1 Estados Unidos

O modelo regulatório para a exploração e produção de hidrocarbonetos norte-americano comporta uma importante peculiaridade no que diz respeito ao sistema jurídico de propriedade sobre os recursos naturais. Diversamente da grande maioria dos países do mundo o arcabouço regulatório norte-americano está, em regra, centrado no regime de propriedade privada dos recursos naturais *in situ*¹⁹⁸.

Embora a legislação possa variar de um Estado para o outro, as regras relativas a propriedade dos recursos naturais, antes, durante e após a lavra são, de certo modo, uniformes em todo o país. A regulamentação das atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos irá depender do local no qual a área encontra-se situada, podendo ser uma área sob jurisdição do Governo Federal ou dos Estados federados.

Além de deterem jurisdição sobre seu próprio território terrestre os Estados também possuem jurisdição sobre áreas em mar até o limite de três milhas marítimas, contadas a partir da linha de base, neste passo cada Estado possui seu próprio corpo regulatório. Já a jurisdição do governo federal se dá sobre as áreas terrestres cuja jurisdição é de tal ente e também sobre as áreas marítimas além das três milhas, incluindo, portanto, toda a plataforma continental a partir das três milhas até a distância reconhecida pelas regras do direito internacional¹⁹⁹.

¹⁹⁸ *In most countries, including many Common Law countries, the government holds title to all valuable oil, gas, and mineral deposits, including deposits located beneath what may otherwise be privately-owned land. The United States is unique in having extensive private ownership of oil, gas, and other minerals.* (LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E. *Cases and materials on oil and gas law*. St. Paul: West Publishing Co., 2007, p. 21).

¹⁹⁹ Neste caso são as regras definidas na Convenção das Nações Unidas sobre o direito do Mar (CNUDM), celebrado em 1982 em Montego Bay. A CNUDM introduziu o conceito de Zona Econômica Exclusiva e também a possibilidade de sua extensão, com base na Plataforma Continental, *in verbis*:

Artigo 56.º (Direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro na zona econômica exclusiva)

1 - Na zona econômica exclusiva, o Estado costeiro tem:

a) **Direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos, das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos;**

[...]

Artigo 57.º (Largura da zona econômica exclusiva)

A zona econômica exclusiva não se estenderá além de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial.

A regulação pelo governo federal é atribuída a diferentes órgãos a depender da área em que serão empreendidas as atividades de exploração e produção dos recursos naturais.

Nas áreas terrestres a regulação federal pode ser exercida por dois diferentes órgãos, o *Bureau of Indian Affairs* (“BIA”) para as áreas indígenas e o *Bureau of Land Management* (“BLM”), para as demais áreas de jurisdição federal.

Para as áreas marítimas a regulação é feita por três agências, a saber: (i) *Bureau of Safety and Environmental Enforcement* (“BSEE”), responsável pelos aspectos relativos à segurança, proteção do meio ambiente e conservação dos recursos naturais na plataforma continental; (ii) *Bureau of Ocean Energy Management* (“BOEM”), que tem a função de administrar as atividades de exploração e desenvolvimento dos recursos naturais; e (iii) *Office of Natural Resources Revenue* (“ONRR”), cuja atribuição é ser responsável pelo recolhimento de receitas provenientes das *leases* concedidas sobre áreas de jurisdição federal.

3.3.1.1 As *leases* no direito norte-americano

Tendo em vista que nos Estados Unidos é adotado o sistema de propriedade privada sobre os recursos naturais, e que os direitos de exploração e produção dos hidrocarbonetos situados no subsolo são, em regra, do proprietário do terreno, cabe verificar como se dá a concessão de direitos exploratórios e de produção a terceiros.

Cabe de início observar que naquele país há direito real sobre os recursos do subsolo, podendo o proprietário transferi-lo isoladamente, sem que haja a transferência do domínio sobre a superfície, podendo haver um desmembramento da propriedade do subsolo da do solo.

[...]

Artigo 76.º (Definição da plataforma continental)

1 - A plataforma continental de um Estado costeiro compreende o leito e o subsolo das áreas submarinas que se estendem além do seu mar territorial, em toda a extensão do prolongamento natural do seu território terrestre, até ao bordo exterior da margem continental ou até uma distância de 200 milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, nos casos em que o bordo exterior da margem continental não atinja essa distância.

[...]

4 - a) Para os fins da presente Convenção, o Estado costeiro deve estabelecer o bordo exterior da margem continental, quando essa margem se estender além das 200 milhas marítimas das linhas de base, a partir das quais se mede a largura do mar territorial, por meio de:

[...]

5 - **Os pontos fixos que constituem a linha dos limites exteriores da plataforma continental no leito do mar, traçada de conformidade com as subalíneas i) e ii) da alínea a) do n.º 4, devem estar situados a uma distância que não exceda 350 milhas marítimas da linha de base a partir da qual se mede a largura do mar territorial** ou uma distância que não exceda 100 milhas marítimas de isóbata de 2500 m, que é uma linha que une profundidades de 2500 m.

Pode ainda o proprietário conceder direitos exploratórios e de produção, sem que haja a transferência da propriedade, o que, em regra, se dará por meio de *uma lease*²⁰⁰⁻²⁰¹.

Para compreender a dinâmica das *leases* do direito norte-americano é preciso ter em mente que se trata de uma transação comercial, por meio da qual o detentor dos direitos minerários, que geralmente não possui capital ou *expertise* para explorar e produzir os recursos existentes no subsolo, transfere tais direitos a uma sociedade petrolífera, detentora de capital e *expertise*.

São partes neste acordo o *lessor*, aquele que detém o direito de propriedade sobre a área, e o *lessee*, aquele a quem são atribuídos os direitos de exploração e produção dos recursos existentes no subsolo.

Tendo em vista que o regime de propriedade adotado nos Estados Unidos é de acessão, o *lessor*, de modo diverso dos demais países do mundo, poderá ser tanto o governo quanto uma parte privada, a depender de quem é o detentor do direito de propriedade sobre a área a ser concedida. Já o *lessee* tanto poderá ser uma sociedade petrolífera ou um “consórcio” composto por duas ou mais sociedades com interesse na exploração e produção de óleo e gás natural.

Tendo em vista a existência de uma pluralidade de atores que podem figurar como *lessor*, a *lease* pode tanto ser negociada diretamente entre as partes ou precedida de um procedimento licitatório. Cada Estado é responsável por conceder as *leases* em suas respectivas terras, bem como nas áreas em mar até o limite de 03 (três) milhas marítimas. Caso a área se situe em um território cuja propriedade é do governo federal, a *lease* será concedida pelo *BLM* e regulada pelo *Mineral Leasing Act*²⁰².

Antes de empreender qualquer atividade na superfície, o *lessee* deverá obter a aprovação do *BLM*. As terras de propriedade do governo federal não podem ser concedidas

²⁰⁰ Mais uma vez buscar-se-á evitar a tradução do termo para a língua vernácula, de modo a evitar eventuais equívocos.

²⁰¹ Embora haja diferentes formas de *lease*, destacar suas similaridades mostra-se muito mais importante do que demonstrar as diferenças. Primeiramente, muitas Cortes entendem que as *leases* de petróleo e gás correspondem tanto à transferência quanto a um contrato. A *lease* é uma transferência, pois é o instrumento pelo qual o proprietário dos direitos minerários transfere a uma sociedade petrolífera os direitos à exploração e produção de óleo e gás natural reservando para si direitos de *royalties* sobre a produção, e é um contrato porque a sociedade petrolífera aceita tais direitos, sob determinadas condições expressas. Segundo, as *leases* são geralmente atos executados unilateralmente pelo *lessor* e não pelo *lessee*, sendo levadas a registro junto ao “Registro de imóveis”. Terceiro, embora não seja considerado como um requisito necessário em todos os Estados, o *lessor* recebe do *lessee* um bônus para executar a *lease*. (tradução livre), LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E. *Cases and materials on oil and gas law*. St. Paul: West Publishing Co., 2007, p. 307-308.

²⁰² Pode-se encontrar a regulação Federal sobre a as *leases* de petróleo e gás natural em áreas sob jurisdição federal em 43 C.F.R. §§ 3000-3195 (2012).

sem que antes tenham sido oferecidas em leilão²⁰³. Neste caso, a licitação poderá ser iniciada pelo próprio *BLM*, ou por qualquer interessado que, mediante a apresentação de uma manifestação de interesse requer que uma área específica seja oferecida em leilão. O vencedor será o concorrente qualificado que fizer a maior oferta verbal que deve ser igual ou superior ao lance mínimo aceitável²⁰⁴. A atribuição de *leases* em áreas indígenas é conduzida pelo *BIA* em coordenação com o *BLM*.

Para áreas marítimas sob jurisdição do governo federal, a concessão de *leases* encontra-se regida pelo *Outer Continental Shelf Lands Act* e as áreas são oferecidas por meio de licitação²⁰⁵.

O certame licitatório se dá através de propostas fechadas e os critérios de julgamento das ofertas podem variar de acordo com a discricionariedade do órgão governamental competente, especialmente para proporcionar um aumento de arrecadação do governo ou então para permitir melhores oportunidades para que pequenos produtores obtenham direitos de exploração e produção sobre áreas marítimas²⁰⁶.

O escopo dos direitos atribuídos por meio de uma *lease* estarão definidos na cláusula de concessão (*granting clause*), que deve dispor ao menos de três fatores a determinar a extensão dos direitos concedidos: (1) quais os direitos são dados para o uso da terra; (2) quais os recursos podem ser extraídos; (3) qual a área e quais os interesses estão sujeitos à *lease*²⁰⁷.

Como uma espécie de concessão, os hidrocarbonetos extraídos são de propriedade do *lessee* e, assim como na concessão, é este quem suporta todos os custos e riscos das atividades de exploração, desenvolvimento do campo e produção. Para obter os direitos de exploração e produção o *lessee* aceita em efetuar pagamentos ao *lessor* o que, de certo modo, corresponde a uma compensação pelo uso da propriedade deste.

Os pagamentos feitos ao *lessor* são tipicamente três: bônus, aluguel de retardo (*delay rental*), e *royalties*. O bônus é um pagamento antecipado ao *lessor* para compensá-lo em razão dos direitos que serão atribuídos ao *lessee*, sendo pagos quando da assinatura do contrato. O pagamento do denominado “aluguel de retardo” ao *lessor*, dá-se, em regra, anualmente até que tenha início a produção comercial de óleo e gás. Já o *royalty* é devido ao *lessor* como uma forma de compensação em virtude da produção de petróleo e gás. Deve-se destacar que,

²⁰³ 43 C.F.R. § 3120.1-1(2012).

²⁰⁴ PINTO, Gabriela Engler. *Upstream Oil and Gas Legal Frameworks: Brazil and the United States Compared* in 115 W. Va. L. Rev. 975, 2013, p. 989.

²⁰⁵ Cf. 43 U.S.C. § 1337 (2006).

²⁰⁶ LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E. *Cases and materials on oil and gas law*. St. Paul: West Publishing Co., 2007, p. 870.

²⁰⁷ *Idem*, p. 311.

devido à regra de propriedade de hidrocarbonetos, o governo só recebe *royalties* se a produção ocorrer em propriedade pública.

Comportada certas peculiaridades, especialmente em razão do sistema de propriedade adotado nos Estados Unidos, é possível depreender que o regime das *leases* comporta, de certa forma, algumas semelhanças com o modelo de concessão adotado no Brasil.

Transcorrida essa breve contextualização do regime de exploração e produção de hidrocarbonetos nos Estados Unidos, importante se faz analisar as discussões jurisprudenciais norte-americanas no que tocante a atuação conjunta. Vale mais uma vez ressaltar que no regime da *Common Law*, diversamente do regime da *Civil Law*, os precedentes judiciais são fonte primárias do direito.

3.3.1.2 A interpretação do *JOA* pelos Tribunais Norte-americanos

O *JOA* costuma atribuir ao operador uma ampla autoridade para condução das operações, conforme é possível depreender de trecho da cláusula V.A. do Modelo Padrão 1989 da A.A.P.L. o qual prevê que o operador deve conduzir, gerenciar e ter total controle de todas as operações levadas a cabo sob a área concedida²⁰⁸.

De toda sorte, é preciso ressaltar que essa ampla discricionariedade encontra certas limitações, como, por exemplo, exigências relativas à manutenção, pelo operador, de determinados tipos de seguros, bem como as hipóteses em que determinadas decisões se sujeitam à aprovação e sugestões dos não operadores.

As principais discussões judiciais sobre o *JOA* estão justamente centradas nos conflitos entre operadores *vs.* não-operadores. Neste sentido o presente subitem irá analisar a jurisprudência dos tribunais sobre algumas questões específicas do *JOA*. Para melhor sistematização serão abordadas questões relacionadas aos seguintes tópicos: (a) limitação da responsabilidade do operador: a aplicabilidade das *exculpatory clauses*; (b) afastamento do operador.

²⁰⁸ *Idem*, p. 785.

(a) **Limitação da Responsabilidade do Operador: a aplicabilidade das “*Exculpatory Clauses*”**

O modelo padrão de JOA²⁰⁹ utilizado contém cláusula dispondo que o operador não tem responsabilidade perante as demais partes pelas perdas ou responsabilidades incorridas em razão da execução das operações, salvo nas hipóteses em que estes sejam resultados de dolo ou de negligência grave do operador. Tal cláusula é denominada “*exculpatory clauses*”²¹⁰ e tem por objetivo principal limitar a responsabilidade do operador, mitigando os riscos por este assumido.

Contudo, a interpretação dessas cláusulas costuma comportar algumas divergências, o que requer que se busque, quando da elaboração do JOA, uma redação clara e inequívoca.

Tendo em vista essa necessidade de cuidado na redação, antes de expor a interpretação das Cortes, faz-se necessário destacar a evolução da cláusula no próprio modelo padrão de JOA da AAPL. Assim, no modelo padrão *1989 AAPL Form 610 JOA*, o mais utilizado atualmente, a cláusula encontra-se redigida da seguinte maneira:

*Operator shall conduct its activities under this agreement as a reasonably prudent operator in a good and workmanlike manner, with due diligence and dispatch, in accordance with good oil field practice and in compliance with applicable law and regulation, but in no event shall it have any liability as operator to the other parties for losses sustained or liabilities incurred **except such as may result from gross negligence or willful misconduct.** (grifos nossos)*

No modelo anterior, o *1982 AAPL Form 610 JOA*, a redação era um pouco distinta e previa o seguinte:

Operator ... shall conduct **all such operations in a good and workmanlike manner** but in no event shall have any liability as operator to the other parties for losses sustained or liabilities incurred, **except such as may result from gross negligence or willful misconduct.** (grifos nossos)

Já o modelo *1977 AAPL Form 610 JOA* também possui diferenças em relação aos dois acima expostos, *in verbis*:

²⁰⁹ As discussões nos tribunais norte-americanos estão, em sua maioria, baseadas no modelo padrão de JOA da *American Association of Petroleum Landmen (A.A.P.L.)*, modelo amplamente utilizado para reger o relacionamento das partes em operações terrestres nos Estados Unidos.

²¹⁰ Por entender que a tradução do termo para o português tornaria a linguagem um pouco imprecisa, visto que seria denominada “cláusula de defesa”, preferiu-se evitar a tradução.

_____ shall be the operator of the contract area and shall conduct and direct and have full control of all operations on the contract area as permitted and required by and within the limits of this agreement. It ***shall conduct all such operations in a good and workmanlike manner***, but it shall have no liability as operator to the other parties for losses sustained or liabilities incurred, ***except such as may result from gross negligence or willful misconduct***. (grifos nossos)

As discussões levantadas nos tribunais são justamente para verificar se essas sutis diferenças redacionais das *exculpatory clauses* nos três diferentes modelos destacados produzem ou não substanciais diferenças, e, mais especificamente, se a linguagem em cada um desses modelos é aplicável apenas às operações conduzidas pelo operador, ou se há uma maior abrangência, sendo também aplicável a todos os aspectos administrativos e demais obrigações contratuais do operador.

Neste sentido, serão expostas algumas decisões para ilustrar o entendimento dos tribunais norte-americanos. Abaixo serão destacadas duas decisões das Cortes de Apelação do Estado do Texas sobre o modelo padrão de JOA de 1977 e de 1982 e uma decisão da Suprema Corte do referido Estado baseada no modelo padrão do JOA de 1989.

*Abraxas Petroleum Corp. v. Hornburg*²¹¹

A Corte de Apelação do Estado do Texas deparou-se com uma interessante questão acerca da interpretação da *exculpatory clause*, tendo que verificar se esta se daria conforme o modelo padrão do JOA de 1977 ou o de 1982.

No julgamento em primeira instância o júri entendeu que *Abraxas* havia violado o JOA ao enviar *AFEs* (*Authorization For Expenditures*) para projetos de trabalhos adicionais em poços cuja perfuração já estava prevista no acordo, dando a esses um tratamento de trabalhos adicionais.

Abraxas apelou da decisão de primeira instância sustentando que o júri não se imiscuiu em verificar se houve ou não dolo ou negligência grave quando do envio das *AFEs* aos vários parceiros e que, portanto, a constatação da responsabilidade por violação do *JOA* restava prejudicada, tendo em vista o disposto na cláusula V.A. do *JOA*, *in verbis*: “*no liability as Operator to the other parties for losses sustained or liabilities incurred, except such as may result from gross negligence or willful misconduct*”.

Com base no argumento de *Abraxas*, a Corte entendeu ser necessária a interpretação da *exculpatory clause* contida no *JOA*, tendo declarado, em tal oportunidade, que a previsão

²¹¹ 20 S.W.3d 741 (Tex. Civ. App.--El Paso 2000).

de cláusula contratual neste sentido tem por escopo eximir a eventual responsabilidade contratual de uma parte que venha a ser, de certa forma, negligente.

Com isso, a Corte declarou que, em não havendo desvantagem de forças entre as partes contratuais, a cláusula prevista no JOA era válida e aplicável. A Corte destacou ainda que não havia sido encontrado qualquer precedente em que *exculpatory clauses* fossem utilizadas para eximir a responsabilidade de uma das partes por descumprimento do pactuado.

Em relação ao disposto no JOA, o tribunal concluiu ser inequívoca a *exculpatory clauses* contida na cláusula V.A. e, portanto, sua interpretação pelo tribunal era uma questão de direito. A Corte fundamentou que a *exculpatory clause* estava prevista em cláusula do acordo que versava sobre a autoridade do operador para conduzir as operações. Assim, aplicabilidade da *exculpatory clauses* para a limitação da responsabilidade do operador estava diretamente ligada à imposição do dever do padrão de conduta a ser seguido pelo operador na condução das operações, qual seja, o de agir como um operador prudente.

A Corte entendeu que a previsão da *exculpatory clauses* em cláusula específica sobre a condução das operações indicava que a vontade das partes era que tal cláusula não fosse aplicável a toda e qualquer hipótese de violação do contrato, mas apenas aquelas que se relacionavam diretamente com a condução das operações, sendo inaplicável ao caso. A discussão levada ao tribunal versava sobre matéria administrativa, da gestão financeira do contrato. Neste sentido, o tribunal por fim concluiu que, no caso em questão, as partes não eram obrigadas a provar negligência grave ou dolo de *Abraxas* no que diz respeito ao descumprimento do JOA²¹².

²¹² Neste sentido vale também verificar: *Cone v. Fagadau Energy Corp.*, 68 S.W.3d 147 (Tex. Civ. App.--Eastland 2002). In *Cone*, the court relied upon the analysis of *Abraxas* in determining that under Article V.A. of a 1982 Model Form Operating Agreement, the language which required a showing of gross negligence or willful misconduct immediately followed the provision requiring the operator to conduct operations in a good and workmanlike manner. The court concluded that the gross negligence/willful misconduct requirement applied to any and all claims that the operator failed to conduct operations in a good and workmanlike manner and not to alleged breaches of specific terms of the joint operating agreement. E também: *Castle Texas Prod. Ltd. P'ship v. Long Trusts*, 134 S.W.3d 267 (Tex. Civ. App.--Tyler 2003). In *Castle*, the operator under a 1977 or 1982 Model Form Operating Agreement asserted that it was not liable for a breach of the joint operating agreement because the other parties thereto had not proved that the operator was guilty of "gross negligence or willful misconduct," the standard of care provided by Article V.A. of the joint operating agreement. The court of appeals relied upon *Abraxas* and found that Article V.A. of the Model Form Operating Agreement was limited to claims that the operator failed to act as a reasonably prudent operator in its operations in the contract area and did not apply to a claim that the operator otherwise breached the joint operating agreement. (REEVES, John R. *Compendium of Cases Construing the Model Form Operating Agreements in Proceedings of the Rocky Mountain Mineral Law Fifty-Second Annual Institute*, 20-22 de Julho de 2006).

*IP Petroleum Co. Inc. v. Wevanco Energy, L.L.C.*²¹³

No caso em destaque, em julgamento baseado nestes mesmos modelos padrões, a Corte de Apelação do Texas precisou analisar se as provas apresentadas no julgamento eram legal e factualmente suficientes para suportar a constatação do júri de que a alegada falha do operador para perfuração de poço na profundidade estabelecida no *JOA* era resultado de dolo ou negligência grave do operador.

O júri estipulou que o operador não tinha conseguido perfurar a uma profundidade suficiente para o teste da formação geológica relevante prevista no *JOA* e que tal situação correspondia a dolo/negligência grave do operador. Assim, o júri concedeu indenização para as partes no âmbito do *JOA*, resultante da violação do acordo pelo operador.

A Corte afirmou que a *exculpatory clause* prevista no *JOA* estabeleceu um padrão que também era aplicável a operações de perfuração. Neste sentido, mesmo que o operador tenha perfurado até um nível aquém do padrão estipulado no contrato, se, restasse verificada a ausência de negligência grave ou dolo por parte do operador, este, com base na referida cláusula, não haveria de ser responsabilizado.

O tribunal mais uma vez assentou que a previsão de uma *exculpatory clause* em contrato tem por escopo, em regra, a isenção de eventual responsabilidade do operador que venha a ser, de certa forma, negligente. O tribunal distingue sua análise com base no caso *Abraxas and Cone v. Fagadau Energy Corp*²¹⁴.

No caso *Cone*, a Corte reconheceu que a interpretação da *exculpatory clause* contida no *JOA* requer a comprovação de negligência grave ou dolo para que seja estabelecida a responsabilidade, seguida imediatamente de disposição que requer que o operador conduza as operações de forma adequada e bem executada, que corresponde ao padrão de conduta do operador contratualmente definido.

O tribunal observou que, em *Cone*, o operador foi acusado de ter violado o *JOA* por meio de exigências indevidas de fundos da conta de um dos investidores, tendo a ação de descumprimento contratual natureza de uma ação de prestação de contas. O tribunal afirmou que a ação de quebra contratual no caso *Cone* não logrou êxito em provar a falha do operador e que, portanto, a *exculpatory clause* não se aplicaria ao caso.

²¹³ 116 S.W.3d 888 (Tex. Civ. App.--Houston 2003).

²¹⁴ 68 S.W.3d 147 (Tex. Civ. App.--Eastland 2002).

Já no caso ora analisado a Corte afirmou que o fundamento da ação de descumprimento do contrato formulado pelo autor foi uma suposta má conduta do operador, decorrente da maneira como este realizou operações de perfuração na área.

Assim, de modo diverso do que ocorreu nos casos *Cone* e *Abraxas*, no caso em tela o autor alegou que o operador não agiu de forma prudente, não tendo executando as operações da forma correta e adequada. Com base nas alegações, o tribunal conclui que a *exculpatory clause* seria aplicável, e que, portanto, para fazer *jus* à indenização, caberia ao autor provar que o operador tenha agido com dolo ou a negligência grave.

Embora possa ter havido provas legalmente suficientes de negligência, as evidências não se mostravam suficientes para que restasse configurada a hipótese de negligência grave ou dolo.

Por fim, o tribunal decidiu reverter a decisão de primeira instância, sob o fundamento de que, por uma questão de direito, o mérito da alegação dos autores era descabido, em razão da inexistência de qualquer evidência de negligência grave ou dolo por parte do operador.

Com isso é possível verificar que a Corte texana assentou entendimento no sentido de que a aplicabilidade da *exculpatory clause* exige a comprovação de dolo ou negligência grave para a responsabilização do operador. Portanto, restringe-se às questões relacionadas diretamente com as atividades empreendidas pelo operador, não sendo aplicável às discussões acerca de descumprimento do contrato ou questões financeiras.

*Reeder v. Wood County Energy, LLC*²¹⁵

Wendell Reeder propôs ação judicial em face dos não operadores, sob o fundamento de que, em razão de ser o operador, era ele quem detinha direito de exclusividade sobre as operações e com isso, a posse do poço e dos equipamentos para a produção, pleiteando em juízo a tutela inibitória e declaratória em face dos não operadores.

Por sua vez, os não operadores propuseram reconvenção (*cross-action*) em face do operador, arguindo que este havia descumprido o disposto no JOA. No juízo de primeira instância, o júri deu seu veredicto em favor dos não operadores e a Corte de Apelação manteve a referida decisão.

Com isso, a questão foi levada à apreciação da Suprema Corte do Estado do Texas. Para decisão do imbróglio a referida Corte inicia sua análise verificando se há aplicabilidade

²¹⁵ Suprema Corte do Estado do Texas, 395 S.W.3d 789.

da *exculpatory clauses*, conforme prevista no JOA. O juízo *a quo* havia entendido pela inaplicabilidade da referida cláusula, todavia, o apelante arguiu que a cláusula não havia sido analisada de acordo com o que efetivamente estaria disposto.

Neste sentido, a Suprema Corte do Texas elucidou alguns precedentes dos tribunais inferiores, destacando, entretanto, que todos aqueles estavam baseados nos modelos padrão de JOA de 1977 ou de 1982.

Contudo, no caso em questão, a *exculpatory clauses* havia sido retirada do modelo padrão de 1989. A Corte destacou que em tal modelo há uma substantiva diferença na mudança redacional da cláusula em comento, onde antes havia referência a “todas as operações” passou a constar “suas atividades” e, assim, no modelo de 1989 a aplicabilidade *exculpatory clauses* tem maior abrangência.

Com isso, a Suprema Corte concluiu que houve significativa mudança na nova disposição contida no modelo padrão de 1989, e que a mudança redacional aumentou a proteção concedida ao operador por meio da *exculpatory clause*. Enquanto os modelos de 1977 e 1982 abrangiam apenas as operações, o modelo de 1989 garante proteção ao operador em virtude de suas atividades, o que inclui atos previstos no JOA não limitados apenas às operações.

Seguindo a redação do contrato, verifica-se que a modificação implica em um escopo mais amplo de conduta, isentando o operador de responsabilidade por suas atividades, a menos que a sua conduta tenha se dado com dolo ou negligência grave.

Tendo em vista que a Corte decidiu que a *exculpatory clause* se aplica ao caso, o passo seguinte foi verificar se o operador teria agido com dolo ou negligência grave.

A negligência grave tem um aspecto tanto objetivo quanto subjetivo. No exame do aspecto subjetivo, os tribunais ressaltaram o estado de consciência do réu, examinando se este sabia dos riscos que poderiam advir de sua conduta. Caso ele tenha essa ciência, mas agiu de modo a demonstrar que não se importava com as conseqüências, então resta caracterizada a negligência grave.

Não tendo restado caracterizada dolo ou negligência grave, por parte do operador, a Suprema Corte do Estado do Texas decidiu que, por estar redigida de acordo com o modelo padrão de 1989, a *exculpatory clauses* é aplicável ao caso, estando o operador isento de responsabilidades para as atividades no âmbito do acordo. Em não havendo evidências suficientes de que o operador tenha agido com dolo ou negligência grave, a decisão da Corte de Apelação deveria, portanto, ser modificada.

(b) Afastamento do Operador

*R & R Resources Corp. v. Echelon Oil & Gas, L.L.C.*²¹⁶,

No caso em epígrafe a Corte de Apelação do Texas apreciou pedido de revisão de decisão que concedeu liminar impedindo que *R & R Resources Corporation*, operador anterior, se opusesse a designação de *Leexus Oil & Gas, L.L.P.* como o novo operador.

Descontentes com a forma como o operador designado no JOA conduzia as operações e os procedimentos contábeis, três dos não operadores, os quais conjuntamente detinham a participação majoritária, votaram, com justa causa, pelo afastamento do operador, elegendo *Leexus Oil & Gas* como o novo operador. Mesmo sendo destituído da função de operador, *R & R Resources* se recusou a retirar-se do acordo e os não operadores obtiveram a tutela liminar contra *Resources R & R*.

Na apelação, a Corte destacou que os três não operadores que votaram pela destituição de *R & R Resources* da função de operador venderam parcelas de suas respectivas participações a vários investidores por meio de acordos, que reservava a estes três não operadores o poder de decisão e o direito de voto em nome desses investidores. Com isso a Corte assentou ainda que os três não operadores teriam retido uma parcela de seus interesses de trabalho originais e, assim, essas partes eram as detentoras do controle majoritário das operações cobertas pelo JOA (incluídos todos os direitos de voto e de tomada de decisões).

A Corte destacou que, de acordo com a cláusula V.B. do modelo padrão 1989 da A.A.P.L., um operador só pode ser removido de sua função em virtude de justa causa, com base em votação por não operadores que, isoladamente ou em conjunto, detenham a participação majoritária, excluída a participação do operador. Dado que o acordo de participação delegava a esses três não operadores o direito de voto e de tomada de decisão, o tribunal considerou que a eleição conduzida por estes era eficaz, por corresponder à participação majoritária no contrato.

A Corte sublinhou ainda que a definição de “justa causa” não se restringia apenas à hipótese de dolo ou negligência grave, mas que também inclui o descumprimento do acordo ou a eventual incapacidade do operador na execução de suas obrigações no âmbito do JOA. Assim, a Corte considerou que as práticas operacionais e contábeis da *R & R Resources* eram

²¹⁶ 2006 WL 66458 (Tex. Civ. App.--Austin Jan. 10, 2006)

inadequadas e que os três não operadores demonstraram a existência de direito de ressarcimento em razão das referidas práticas.

Tais práticas correspondiam, portanto, a uma violação ao padrão de conduta nas operações e uma falha material a demonstrar a incapacidade de realizar obrigações no âmbito do JOA, restando, portanto, configurada a “justa causa” para o afastamento do operador.

Neste sentido, a Corte negou provimento à apelação da *R & R Resources* destacando que o argumento de que a decisão de primeira instância não teria considerado a inexistência de negligência grave ao analisar a “justa causa” não merecia prosperar, na medida em que no JOA a definição de justa causa não se restringe à hipótese de negligência grave.

3.3.2 Noruega

Apesar de possuir uma indústria do petróleo relativamente jovem²¹⁷, a Noruega conseguiu implementar um arcabouço regulatório que, além de conseguir conciliar os interesses estratégicos do Estado com um ambiente de negócios atrativo ao investimento estrangeiro também promoveu o fortalecimento da cadeia de fornecedores locais de bens e serviços.

Tendo em vista a descoberta de grandes reservas na plataforma continental norueguesa o Parlamento norueguês traçou diretrizes, no sentido de garantir participação direta do Estado na indústria do petróleo, considerada como um setor estratégico para os interesses nacionais.

Norway entered its oil era with the significant advantage of possessing a highly competent bureaucracy with previous experience regulating natural resource industries like hydropower, fishing, and mining. (The country's experience with civil engineering and shipbuilding also proved to be helpful technical background for the nascent petroleum industry.) The ability to adapt the bureaucracy to oil matters even before any major discoveries had been made was central to Norway's effective stewardship of hydrocarbons²¹⁸.

A constante preocupação do governo norueguês em reforçar a capacidade institucional de seus órgãos propiciou a tomada de decisões políticas eficientes, tanto no aspecto macroeconômico quanto setorial. O fortalecimento da capacidade das instituições possibilitou uma maior eficiência nas decisões tomadas em negociações com a indústria do petróleo,

²¹⁷ O óleo foi descoberto pela primeira vez no Mar do Norte nos anos 60 e sua produção teve início em 1971.

²¹⁸ THURBER, Mark C.; ISTAD, Benedicte Tangen. *Norway's evolving champion: Statoil and the politics of state enterprise*. Disponível em: http://iis-db.stanford.edu/pubs/22919/WP_92%2C_Thurber_and_Istad%2C_Statoil%2C_21May2010.pdf, acessado em 20.06.2013.

garantindo um melhor aproveitamento do potencial dos recursos, com soluções que beneficiam tanto o Estado quanto os investidores²¹⁹.

A capacidade institucional foi reforçada pelas regras e regulamentos que regem as diferentes instituições, efetuando o devido balizamento com base em pesos e contrapesos para a melhor adequação do arranjo institucional. Neste sentido, a separação das atribuições legislativas, regulatórias e empresariais do Estado, tornou a administração mais eficiente²²⁰.

Por meio de uma série de políticas e intervenções legislativas associadas a uma gestão fiscal prudente de seu crescente fundo do petróleo os noruegueses alavancaram a sua indústria de óleo e gás, para estabelecer uma classe mundial de serviços no setor e que atualmente desponta como um dos grandes líderes globais na tecnologia de exploração e produção no mar.

Nesta esteira, faz-se necessária uma breve análise do modelo de exploração e produção de petróleo e gás natural na costa continental norueguesa. O que consiste em um importante ponto de partida para perquirir o sucesso de um marco regulatório para o setor.

O modelo norueguês está calcado em um constante processo de ajustamento institucional, regulatório e fiscal que, sem provocar mudanças drásticas na estrutura do sistema regulatório, procura estabelecer um reequilíbrio entre os fatores risco e recompensa, sempre quando necessário²²¹.

Contudo, as principais diretrizes políticas para o desenvolvimento do setor petrolífero norueguês foram estabelecidas em 1971, e compõem a base do marco regulatório para a exploração e produção de hidrocarbonetos na plataforma continental norueguesa. Dentre as diretrizes traçadas pelo Parlamento norueguês (*Storting*) estavam: (i) a constituição de uma empresa pública (100% estatal); (ii) a criação de um órgão governamental para regular as atividades do setor e; (iii) a elaboração de políticas públicas a garantir o desenvolvimento de uma cadeia de fornecedores locais de bens e serviços²²².

Tendo sido determinado pelo Parlamento que a criação de uma *NOC* seria importante para o melhor aproveitamento dos recursos existentes na plataforma continental norueguesa,

²¹⁹ HAVRO, Gøril; SANTISO, Javier. *Benefiting the Resource Rich: How Can International Development Policy Help Tame the Resource Curse?* In IDS Working Paper 355, Brighton: Institute of Development Studies, 2011, p. 25-26.

²²⁰ *Idem*.

²²¹ TOLMASQUIM, Mauricio Tiommo. *Op. Cit.*, 2011, p. 211.

²²² *Idem*, p. 212.

no ano de 1972 foi criada uma companhia, à época com 100% (cem por cento) do controle detido pelo Estado, a *Den Norske Stats Oljeselskap AS* - “Statoil”²²³.

Já para garantir um eficiente sistema de controle e fiscalização da indústria do petróleo foi criado o *Norwegian Petroleum Directorate* (NPD) em Stavanger, órgão consultivo responsável por oferecer, com independência política, conhecimentos técnicos e regulatórios ao Ministério da Indústria que, à época da criação do NPD, era o responsável pela política de exploração e produção de hidrocarbonetos. Destaca-se que, a partir de 1978, parte das atribuições do referido ministério foram transferidas ao Ministério do Petróleo e Energia, criado com foco exclusivamente nos negócios de petróleo e energia²²⁴.

A criação simultânea da Statoil e do NPD, subordinado ao Ministério, estabeleceu a separação de atribuições em três escalas, ficando o Ministério responsável pela elaboração de políticas, o NPD pela parte de consultoria técnica e regulatória e a Statoil como o braço empresarial do Estado. Com isso, estabeleceu-se um modelo no qual a companhia estatal, responsável por executar os interesses empresariais do Estado, manteve-se distante das funções regulatórias e de concessão de licenças, evitando-se com isso a emergência de conflitos de interesses.

3.3.2.1 O Arranjo Institucional e a Atuação Empresarial do Estado Norueguês

Quando do estabelecimento do marco regulatório norueguês a concessão de uma licença para exploração e produção por uma sociedade empresária privada ficava condicionada a aceitação de uma participação do Estado norueguês no empreendimento, que no caso seria de no mínimo 50% (cinquenta por cento), podendo haver um aumento, com o advento de uma descoberta comercial, em uma escala cuja variação se dava de acordo com a produção²²⁵.

*Statoil was given a 50% carried interest in all new exploration blocks by 1974, with an additional “sliding scale” put in place that allowed it to claim up to a full 80% interest after a discovery. **This meant that Statoil risked no capital in the***

²²³ THURBER, Mark C.; ISTAD, Benedicte Tangen. *Norway’s evolving champion: Statoil and the politics of state enterprise*. Disponível em: http://iis-db.stanford.edu/pubs/22919/WP_92%2C_Thurber_and_Istad%2C_Statoil%2C_21May2010.pdf, acessado em 20.06.2013.

²²⁴ *Idem*.

²²⁵ CAMERON, Peter. *North Sea Oil Licensing: comparisons and contrasts in Oil and Gas in 3 Oil & Gas L. Tax’n Rev. 99 (1984-85) apud DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. Op. Cit., p. 462.*

exploration phase but could then opt in to a dominant equity share of the field once a discovery was made. International partners still operated all fields at that point. To facilitate development of indigenous expertise, the country aimed to provide operatorship opportunities to Norwegian players²²⁶.

A participação do Estado nas atividades petrolíferas é uma das características mais marcantes do modelo norueguês, especialmente a partir da criação da *Statoil* em 1972 até o ano de 1985, quando esta detinha as licenças para exercer as atividades de exploração e produção. Assim, facultava-se a companhia empreender tais atividades tanto isoladamente ou em parceria com outras sociedades empresárias (*joint venture*).

Em 1985, verificado o agigantamento do patrimônio da *Statoil* frente à economia norueguesa, e também com o intuito de evitar a possível influência dominante da companhia em concessões individuais e na indústria petrolífera como um todo, o Parlamento (*Storting*) teve a iniciativa de criar a SDFI (*State's Direct Financial Interest*)²²⁷, que passou a dividir com a *Statoil* as participações nas licenças de produção a esta concedidas.

The role of state participation in the petroleum sector has recently been the subject of debate. The role of Statoil in particular has caused some concern. A recent report to the Norwegian Storting concluded that 'it is necessary to maintain the total State participation at the present level, but this cannot be held by a single company'. Put bluntly, the Government aim is to downgrade the role of Statoil and increase the role played by private Norwegian oil companies²²⁸.

Enquanto a *Statoil* seguiria participando ativamente como operadora de determinados campos, o SDFI atuaria como uma espécie de “*holding*” estatal, participando de projetos de exploração e produção apenas como investidora.

Assim, a partir de 1º de janeiro de 1985, o Estado norueguês adquiriu, por meio de um acordo celebrado com a *Statoil*, participação direta em quase todas as áreas licenciadas. Do percentual mínimo de 50% (cinquenta por cento) detido pela *Statoil*, 30% (trinta por cento) foram transferidos ao Estado. Devendo ainda a *Statoil*, no advento de qualquer aumento de sua participação na licença, transferir tal percentual ao Estado²²⁹.

²²⁶ THURBER, Mark C.; ISTAD, Benedicte Tangen. *Op. cit.*, 2010.

²²⁷ É um instrumento contábil no orçamento central do governo detentor de direitos financeiros diretos das concessões em E&P pelo Estado Norueguês. Trata-se, portanto, de um tipo de fundo virtual, segregado no orçamento fiscal do Governo norueguês, e não de uma sociedade empresária petrolífera (TOLMASQUIM, Mauricio Tiommo. *Op. Cit.*, 2011, p. 225).

²²⁸ CAMERON, Peter. *North Sea Oil Licensing: comparisons and contrasts in Oil and Gas in 3 Oil & Gas L. Tax'n Rev. 99 (1984-85) apud* DZIENKOWSKI, John S. and ANDERSON, Owen L. *Op. Cit.*, p. 462.

²²⁹ TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999, p. 219.

The result of the negotiations, implemented as of January 1985, was that Statoil's balance sheet was split into two, with more than half of Statoil's interests in oil and gas fields, pipelines, and other facilities transferred to the newly-created State's Direct Financial Interest (SDFI) in petroleum. (These reforms were widely referred to as Statoil's "wing clipping.") All revenues from SDFI shares would now be channeled directly to the state, dampening Statoil's cash flow. Statoil was to continue managing the government's SDFI interests in oil and gas, so there was no direct change in operational structure. However, the company lost its ability to vote the government's shares in a license group, which, combined with some modifications to the licensing rules, eliminated its veto power over field decisions. (With the support of Parliament, the Minister could still in his role as "the General Assembly" instruct Statoil to vote all of the government's shares in a certain way, so Norway retained its control of hydrocarbon development more broadly)²³⁰.

Com isso, entre 1985 e 1996, a Noruega vivenciou um período de transição no qual o limite de 50% de participação do Estado foi mantido, porém compartilhado entre o SDFI e a *Statoil*.

Em 2001, para uma melhor administração dos ativos detidos pelo SDFI, o Estado norueguês criou a PETORO, empresa pública que passou a ser responsável pela gestão das participações detidas pelo Estado em licenças de exploração e produção de hidrocarbonetos na plataforma continental norueguesa.

Destaca-se que a PETORO não detém qualquer participação nos empreendimentos, ela apenas gerencia as participações em nome do Estado norueguês, tendo como função assegurar o melhor aproveitamento possível dos ativos do SDFI, buscando agregar valores que, por conseguinte, trarão benefícios para todos os noruegueses.

Dentre as atribuições da PETORO estão: (i) representação do governo norueguês nas *joint ventures*, gerindo as respectivas participações; (ii) fiscalização do cumprimento das normas relativas à comercialização do percentual de óleo do SDFI pela Statoil, conforme especificado na instrução de vendas e marketing e; (iii) gestão financeira, incluindo elaboração dos registros contábeis do SDFI.

Outrossim, é importante destacar que a PETORO não possui autonomia financeira, não percebendo qualquer remuneração em razão das atividades que realiza, pois todas as suas despesas são custeadas diretamente pelo governo.

3.3.2.2 O Regime de Licenças e as *Joint Ventures*

²³⁰ THURBER, Mark C.; ISTAD, Benedicte Tangen. *Op. cit.*, 2010.

A criação do SDFI e a redução da participação direta da *Statoil* nos empreendimentos implementaram alterações substanciais no cenário da indústria norueguesa que refletiram no início de um lento processo de redução da participação estatal.

Tal processo de redução da participação do Estado, veio a corroborar com a implementação da Diretiva n.º 94/22/EC do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia, de 30 de maio de 1994, relativa às condições de concessão e da utilização das autorizações de prospecção, pesquisa e produção de hidrocarbonetos nos países membros da União Européia.

Para isso foi necessário que houvesse uma harmonização do arcabouço regulatório norueguês com o dos demais países da Comunidade Européia, implicando em uma maior abertura do mercado de exploração e produção na Noruega. Assim, em 1996, com a edição da Lei n.º 72, Lei das Atividades Petrolíferas, foi reafirmado o regime regulatório de concessão, instrumentalizado por meio de uma licença.

A licença de produção regula os direitos e obrigações do licenciado perante o Estado norueguês. O documento detalha os termos e condições, complementado pelo disposto na Lei do Petróleo, garantindo ao licenciado o direito exclusivo de, por sua conta e risco, empreender atividades de exploração, perfuração de poços e produção de petróleo na área concedida. Todo o petróleo produzido é de propriedade do licenciado²³¹.

O oferecimento de áreas é normalmente feito por meio de rodadas. Cada ano o governo anuncia um determinado número de blocos que podem ser incluídos nos pedidos de licença de produção. Tal anúncio é feito através do Diário Oficial norueguês (*Norsk Lysingsblad*), do Jornal Oficial da Comunidade Européia, e também no sítio eletrônico do NPD²³².

Os candidatos podem concorrer tanto individualmente quanto em grupo, o conteúdo e procedimentos para o pedido de obtenção de licença é regido pelo disposto no Capítulo 3 da

²³¹Cf. Lei n.º 72/96 (Lei das Atividades Petrolíferas):

Section 3-3 (Production licence)

The King in Council may, on conditions to be further stipulated, grant production licence. A production licence may cover one or several blocks or parts of blocks.

Production licence may be granted to a body corporate established in conformity with Norwegian legislation and registered in the Norwegian Register of Business Enterprises, insofar as other requirements are not applicable pursuant to international agreements. Production licence may also be granted to a physical person domiciled in a state of the European Economic Area (EEA).

A production license entails an exclusive right to exploration, exploration drilling and production of petroleum deposits in areas covered by the licence. The licensee becomes the owner of the petroleum which is produced.

The King may stipulate as a condition for granting a production license that the licensees shall enter into agreements with specified contents with one another. (grifos nossos)

²³² Norwegian Petroleum Directorate, *Facts 2013: the Norwegian Petroleum Sector*, disponível em: http://www.npd.no/Global/Engelsk/3-Publications/Facts/Facts2013/FACTS_2013.pdf, acessado em 20.07.2013.

Lei do Petróleo. O NPD disponibiliza em seu sítio eletrônico informações pertinentes para auxílio àqueles que visam elaborar pedidos de licença. Com base nas informações submetidas pelos candidatos, o Ministério do Petróleo e Energia concede a licença de produção para um conjunto de sociedades empresárias. Atendimento aos objetivos, não-discriminação e observância aos critérios estabelecidos no anúncio formam a base dos requisitos levados em consideração pelo Ministério para a concessão das licenças²³³⁻²³⁴.

O Ministério designa um operador para a *joint venture* que será responsável pelas atividades operacionais autorizadas pela licença. O grupo licenciado também funciona como um sistema de controle interno na licença de produção, onde o papel de cada concessionária é monitorar o trabalho feito pelo operador.

Cabe destacar que na Noruega o governo não determina tão somente o conteúdo das licenças, mas também o do próprio *JOA* e do *accounting agreement*. Tais documentos são reelaborados a cada nova rodada, quando são disponibilizados modelos padrões. “Não cabe

²³³ Idem.

²³⁴ Vale destacar alguns trechos dos requisitos destacados pelo Ministério do Petróleo e da Energia norueguês no anúncio feito em 18 de abril de 2013 no Jornal Oficial da União Européia, sobre os critérios que seriam por ele adotados para a concessão de uma licença de produção:

A fim de promover uma boa gestão dos recursos, bem como uma exploração e produção de petróleo rápidas e eficientes na plataforma continental norueguesa, incluindo a composição dos grupos de titulares de licenças que permitirão alcançar este objetivo, **devem ser aplicados os seguintes critérios à concessão de participações nas licenças de produção e à designação do operador:**

a) **As competências técnicas pertinentes do candidato**, nomeadamente as ligadas aos trabalhos de desenvolvimento, investigação, segurança e ambiente, e a forma como estas competências podem contribuir ativamente para uma exploração e, se for caso disso, a produção de petróleo rentáveis na área geográfica em questão;

[...]

d) **A experiência anterior do candidato na plataforma continental norueguesa ou uma experiência pertinente equivalente noutras áreas:**

[...]

g) As licenças de produção serão principalmente concedidas a uma empresa comum em que, **pelo menos, um titular de licença tenha efetuado, no mínimo, uma perfuração para a exploração de petróleo na plataforma continental norueguesa enquanto operador** ou possua uma experiência operacional pertinente equivalente fora da referida plataforma;

h) **As licenças de produção serão principalmente concedidas a dois ou mais titulares de licenças, em que pelo menos um deles possua a experiência referida na alínea g);**

[...]

j) **No que se refere às licenças de produção em águas profundas, o operador designado e, pelo menos, um outro titular da licença devem ter efetuado, no mínimo, uma perfuração na plataforma continental norueguesa enquanto operadores ou possuírem uma experiência operacional pertinente equivalente fora dessa plataforma. Na licença de produção, pelo menos um dos titulares deve ter efetuado uma perfuração em águas profundas enquanto operador** (Anúncio de convite à apresentação de pedidos de licença de produção de petróleo na plataforma continental norueguesa — «Awards in Predefined Areas 2013» in *Jornal Oficial da União Europeia*, 18.04.2013. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:111:0017:0018:PT:PDF>, acessado em 19.07.2013).

aos interessados em adquirir direitos de produção na plataforma continental norueguesa senão a escolha entre aceitar os termos e tornar-se licenciado, ou não²³⁵”.

Ademais, a efetiva participação dos agentes privados nas discussões dos modelos propicia um perfeito balanceamento das disposições contidas nos acordos.

As políticas governamentais implementadas desde a década 1970, possibilitaram a consolidação de uma cadeia produtiva forte, permitindo que não só a Statoil, mas também as sociedades empresárias prestadoras de serviços norueguesas pudessem competir em âmbito mundial. A política desenvolvida ao longo de mais de vinte anos assegurou o desenvolvimento de tecnologia de ponta na Noruega, o que permitiu que na década de 1990, a indústria norueguesa começasse, com o apoio do Estado, a se internacionalizar.

A implantação de uma política transparente, de cumprimento previsível associada com a cooperação entre as autoridades, as companhias internacionais de petróleo e as sociedades empresárias norueguesas de serviços foram fatores essenciais para o sucesso do modelo norueguês, com o que é possível extrair importantes lições da experiência norueguesa.

Desta forma, conclui-se que o governo norueguês teve um papel fundamental que foi muito além da instituição de uma política pública, incluindo não apenas a implementação, mas também a medição e o cumprimento da lei, além da promoção de uma intensa colaboração de todas as partes interessadas. Esta certamente é uma das mais valiosas lições que o Brasil pode tirar do modelo norueguês, na medida em que o diálogo com os agentes além de garantir o constante aperfeiçoamento das regras regulatórias também permite uma maior estabilidade e confiança, oferecendo um bom ambiente a atrair investimentos.

²³⁵ HJORUNGNES, Diana Amendoeira Maciel. *Brasil, e os próximos dez anos in novos rumos do direito do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 128.

4 AS *JOINT VENTURES* DA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO NO BRASIL

Para empreender o estudo das *joint ventures* da Indústria do Petróleo no Brasil, inicialmente é preciso perquirir a própria gênese e, ato contínuo, a posterior consolidação da indústria no país, de modo a verificar a evolução da atividade empresária no setor, que durante um longo período era exercida exclusivamente pelo Estado, por meio de sua estatal, Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS.

Neste sentido será empreendido um breve intróito histórico para descrever a evolução do regime jurídico aplicável à exploração e produção de hidrocarbonetos no Brasil, de modo que seja possível a contextualização das parcerias empresariais - *joint ventures* - no setor com as políticas energéticas do Estado brasileiro, especialmente aquelas ocorridas na metade da década de noventa, com a flexibilização do monopólio da PETROBRAS e a criação do modelo de concessão.

Em seguida, serão analisadas as mudanças ocorridas no ano de 2010, com o advento da Lei n.º 12.351 de 22 de dezembro, que instituiu um marco regulatório específico para o polígono do pré-sal e áreas estratégicas, cujas atividades se darão sob o contrato de partilha de produção. Desde então passou a vigorar no país um regime regulatório misto para a exploração e produção de petróleo e gás natural.

4.1 A Evolução do Regime Jurídico Aplicável à Exploração e Produção de Hidrocarbonetos no Brasil

O marco inicial da história do petróleo no Brasil é o ano de 1858, quando o Marquês de Olinda, por meio do Decreto n.º 2.266, concedeu a José Barros Pimentel o direito de extrair mineral betuminoso às margens do Rio Maraú, no atual Estado da Bahia, objetivando a produção de querosene para a iluminação²³⁶.

A despeito de haver registros históricos que comprovam a produção de hidrocarbonetos no Brasil ainda no século XIX, foi apenas em 1930 que os primeiros poços foram perfurados no Brasil, todavia, o primeiro poço a ter sucesso foi em 1939 em Lobato, no Estado da Bahia.

²³⁶ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento*. São Paulo: Saraiva, 2010.

No Brasil vigorou, desde a Proclamação da República até a promulgação da Constituição de 1937, o regime privado de propriedade dos recursos minerais. A Constituição Republicana de 1981 instituiu o regime de acessão, tornando as minas e jazidas bens acessórios à superfície, com isso o proprietário do solo detinha o domínio sobre os recursos do subsolo²³⁷.

No Código Civil de 1916 também é possível verificar o regime de acessão, quando de uma breve análise dos artigos que tratavam sobre o regime dos bens e da propriedade. Da inteligência do art. 43, I que define bens imóveis, depreende-se o seguinte: “o solo com seus acessórios e adjacências naturais compreendendo a superfície as árvores e frutos pendentes, **o espaço aéreo e o subsolo**”.

A efervescência de movimentos nacionalistas em toda a América Latina e a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, são fatos históricos que marcam o início de mudanças no regime de propriedade dos recursos naturais do subsolo no Brasil. É que em 1934, com a edição do Código de Minas - Decreto n.º 24.642, de 10 de julho de 1934, a propriedade do solo foi separada da propriedade do subsolo:

Art. 4º A jazida é bem imóvel e tida como cousa distinta e não integrante do solo em que está encravada. Assim a propriedade da superfície abrangerá a do sub-solo na forma do direito comum, exceptuadas, porém, as substancias mineraes ou fosseis uteis á industria. (grifos nossos)

O domínio das riquezas do subsolo que porventura não estivessem sob exploração econômica passaria para a União. Retirou-se da esfera privada a propriedade do subsolo, nacionalizando-a. Com o advento da Constituição de 1934, o país passou a adotar o regime dominial, cuja propriedade dos recursos naturais é da União. A nacionalização das minas e recursos do subsolo restou assentada na própria Carta Política:

Art 118 - As minas e demais riquezas do subsolo, bem como as quedas d'água, constituem propriedade distinta da do solo para o efeito de exploração ou aproveitamento industrial.

²³⁷ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, De 24 De Fevereiro De 1891:

Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

Omissis

§ 17 - O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

As minas pertencem aos proprietários do solo, salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração deste ramo de indústria.

*Art 119 - **O aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das águas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, depende de autorização ou concessão federal, na forma da lei.***

Apesar da crescente importância que o petróleo passara a ter em todo o mundo, até meados da década de trinta o Brasil ainda não tinha uma política específica para o setor. Todavia, o peso do petróleo e seus derivados na pauta de importações brasileiras em um período que antecedia a Segunda Guerra Mundial veio a impor uma mudança na postura do Estado brasileiro.

Tratar de petróleo não dizia respeito apenas ao equilíbrio da balança comercial, mas também à dependência nacional em relação ao suprimento de produtos básicos para o processo de industrialização, para o sistema de transporte e comunicações e para a própria defesa do país. É neste contexto que os militares passam, também, a se preocupar com a questão petrolífera²³⁸.

Assim, por meio do Decreto-Lei n.º 366 de 1938, foram incorporados ao Código de Minas de 1934 alguns dispositivos específicos sobre petróleo e gás natural (Título VIII, Capítulo Único)²³⁹. A lei dispôs que não reconhecia o domínio privado sobre recursos petrolíferos, só sendo possível a exploração e produção desses mediante concessão ou diretamente pela União.

Em 1938, através do Decreto-Lei n.º 395, foi criado o Conselho Nacional do Petróleo – CNP, que passou a ter a atribuição de controlar e administrar as jazidas de petróleo no país.

Já sob a tutela do CNP, o poço DNPM-163 perfurado em Lobato foi o pioneiro em descoberta de petróleo no país. Contudo, era um poço cuja produção não era economicamente viável. Com as atenções voltadas à bacia do Recôncavo, não tardou para que em 1941 fosse descoberto o Campo de Candeias, cuja produção era economicamente viável²⁴⁰.

A partir de abril de 1948, passou a ser articulada no Brasil uma forte campanha cujo lema era ‘O petróleo é nosso’. Apesar das séries de obstáculos enfrentadas, tais como o

²³⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: *Quartier Latin*, 2011, p. 118.

²³⁹ TÍTULO VIII (Incluído pelo Decreto-Lei n.º 366, de 1938)

CAPÍTULO ÚNICO

Das jazidas de petróleo e gases naturais

Art. 96 **A lei não reconhece o domínio privado de particulares, como já instituído, sobre jazidas de petróleo e gases naturais**, pelo fato de não ter sido descoberta nenhuma jazida desta classe suscetível de utilização industrial, enquanto vigorou o direito de acesso da propriedade do solo sobre as minas.

²⁴⁰ QUINTAS, Humberto; QUINTANS, Luiz Cezar P. *A história do petróleo: no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009, p. 64.

boicote da grande imprensa, a hostilidade do empresariado e a repressão policial, a campanha conseguiu mobilizar a opinião pública nacional²⁴¹.

Sem sombra de dúvida, a grande consagração da campanha ‘O petróleo é nosso’ se deu em 03 de outubro de 1953, quando o presidente Getúlio Vargas sancionou a Lei n.º 2.004, que dispõe sobre a Política Nacional do Petróleo. Além de definir as atribuições do Conselho Nacional do Petróleo, órgão responsável pela orientação e fiscalização do setor, a lei também autorizou a criação da Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS, a *NOC* brasileira²⁴².

Com isso, restou sedimentado um modelo no qual além da propriedade dos recursos, também eram monopólio da União todas as atividades da indústria do petróleo, sendo tais atividades exercidas através de sua companhia – PETROBRÁS, conforme art. 2º da Lei n.º 2.004/53²⁴³.

Sob este marco regulatório a PETROBRÁS detinha o monopólio das atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos no Brasil. Com a internacionalização da companhia através de sua subsidiária BRASPETRO e também com o anúncio da descoberta em águas profundas em Garoupa, no ano de 1974, na Bacia de Campos, a PETROBRÁS começou a demonstrar bons resultados.

Contudo, as crises do petróleo na década de 70, em 1973 e 1979, demonstraram o quanto o país ainda era vulnerável e que maciços investimentos no segmento do *upstream* eram necessários.

Ocorre que os custos e os altos riscos das atividades do referido segmento exigiam alternativas que viabilizassem a mitigação dos riscos e, por conseguinte, a diminuição dos custos. Foi assim que, conforme a exposição de motivos n.º 217/76 e em decorrência da

²⁴¹ BERCOVICI, Gilberto. *Op. Cit.*, p. 146-147.

²⁴² Sobre a importância do movimento nacionalista para a construção da imagem da PETROBRÁS no consciente do povo brasileiro, importante observar o afirmado por Antônio Cícero Cassiano Souza, para quem a campanha política do “o petróleo é nosso” se estendeu muito além no tempo do que até somente a criação da PETROBRÁS, veja-se: “afirmar que a campanha ‘o petróleo é nosso’ não acabou na criação da empresa estatal. Prosseguiu em duas frentes: na consolidação da empresa e na construção simbólica”. In (SOUZA, Antônio Cícero Cassiano. *Nacionalismo: ideologia e política no Brasil (1953-1964)*. Rio de Janeiro, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1993, p. 28).

²⁴³ **Art. 1º Constituem monopólio da União:**

I- a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e outros hidrocarbonetos fluidos e gases raros, existentes no território nacional;

II- a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III- o transporte marítimo do 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.

Art. 2º A União exercerá, o monopólio estabelecido no artigo anterior:

I- por meio do Conselho Nacional do Petróleo, como órgão de orientação e fiscalização;

II- por meio da sociedade por ações Petróleo Brasileiro S. A. e das suas subsidiárias, constituídas na forma da presente lei, como órgãos de execução. (grifos nossos)

determinação exarada pelo Presidente da República, foi elaborada em 1976 a primeira minuta de contrato de risco pela PETROBRÁS²⁴⁴.

4.1.1 Os Contratos de Risco no Brasil

Como verificado no capítulo III, o contrato de risco é um dos tipos de Contratos celebrado com o Estado para a exploração e produção de hidrocarbonetos. Vale destacar que no caso dos contratos de risco celebrados entre uma *IOC* e a PETROBRÁS, era esta quem representava o Brasil, país hospedeiro onde se daria a exploração e produção de petróleo e gás natural.

O contrato de risco negociado pela PETROBRÁS buscou preservar os princípios que norteavam o monopólio estatal, com isso as cláusulas dispunham que a PETROBRÁS: (i) detinha a propriedade exclusiva do petróleo e do gás natural explorados, bem como dos bens utilizados em caráter permanente para a exploração e produção; (ii) tinha amplo controle e fiscalização dos serviços de exploração, recebendo os dados obtidos pela contratada; (iii) após o início da produção comercial da descoberta a PETROBRÁS era quem conduziria a produção; (iv) o ressarcimento das despesas operacionais de exploração e desenvolvimento só se dariam com a produção comercial, tendo a PETROBRÁS pleno controle e fiscalização das despesas; (v) pagamento da remuneração pelos serviços exclusivamente em dinheiro, tendo a contratada a faculdade de adquirir parte do óleo produzido aos preços do mercado internacional; (vi) obrigatoriedade de preferência à contratação de mão-de-obra local; (vii) soluções de controvérsias – lei e foro exclusivamente brasileiros para dirimir eventuais litígios²⁴⁵.

A celebração de contratos de risco pela PETROBRÁS era precedida de licitação na qual a sociedade empresária privada que oferecesse melhores condições à companhia estatal era contratada para prestar serviços técnico-operacionais, desenvolvendo atividades de exploração, avaliação e desenvolvimento da área, e também financeiros, posto que o montante necessário para empreender as atividades de exploração e avaliação era desembolsado pela contratada.

²⁴⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op.cit.*, 2003, p. 303.

²⁴⁵ CUNHA, Thadeu Andrade da. *O contrato com cláusula de risco para a exploração de petróleo no Brasil in Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n.º 127, Brasília, p. 226.

Como salientado por Marilda Rosado de Sá Ribeiro, o contrato de risco brasileiro tem três premissas principais correlacionadas ao monopólio de exercício das atividades atribuídas pela lei à PETROBRÁS, assim, a manutenção da propriedade da PETROBRÁS sobre o petróleo descoberto, o controle sobre as atividades de exploração e desenvolvimento realizadas pela contratada e a execução direta pela PETROBRÁS da fase de produção, norteavam a elaboração de tais contratos²⁴⁶.

A contratada realizava as atividades de exploração e desenvolvimento por sua conta e risco, ficando o reembolso dos gastos sujeito à existência de descoberta comercial.

Dadas as peculiaridades existentes, definir a natureza jurídica do contrato de risco brasileiro é tarefa árdua, todavia, não parece haver dúvidas de que seja um contrato inominado misto²⁴⁷ ou híbrido, pois compreende uma conjugação de feições de diferentes tipos contratuais reunidos em um único instrumento contratual.

Thadeu Andrade da Cunha identifica três diferentes tipos contratuais no modelo brasileiro de contrato de risco, cada um correlacionado com a fase das operações, com isso tem-se que (i) na fase de exploração, contrato de empreitada com cláusula de risco de preço, ou seja, a remuneração da contratada fica condicionada à descoberta comercial; (ii) na fase de desenvolvimento, contrato de mútuo, pelo qual a contratada se obriga a adiantar as despesas para o desenvolvimento do campo, sendo ressarcida após o início da produção comercial; (iii) na fase de produção, há uma promessa de pagamento em espécie, facultando-se à contratada uma opção de compra de parcela do óleo produzido²⁴⁸.

Muito se discutiu sobre a constitucionalidade desses contratos, tendo inclusive quem defendesse que tal relação jurídica seria inexistente no direito brasileiro²⁴⁹, em virtude do monopólio atribuído em sede constitucional à PETROBRÁS²⁵⁰.

Verdade é que com o advento da Constituição de 1988 todo o cenário jurídico aplicável ao petróleo foi alterado. A Carta Cidadã “alçou o monopólio a nível constitucional e proibiu, através do art. 177, inciso I, antes das emendas pertinentes, a celebração de novos contratos de risco, já que o preço dos serviços era vinculado ao resultado de suas descobertas²⁵¹”.

²⁴⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 303.

²⁴⁷ Cf. CUNHA, Thadeu Andrade da. *Op. Cit.*, p. 230.

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ Tal entendimento é apontado principalmente por Fausto Cupertino, conforme ressaltado por RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 306.

²⁵⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, Art. 169. A pesquisa e a lavra de petróleo em território nacional constituem monopólio da União, nos termos da lei.

²⁵¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 307-308.

Para manutenção do ato jurídico perfeito, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias ressalvou da vedação os contratos de risco que estivessem em vigor na data de promulgação da Constituição de 1988, *in verbis*:

Art. 45. Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43 e nas condições do art. 45 da Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953.

Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação da Constituição. (grifos nossos)

Verifica-se que o texto original da Constituição de 1988 reforçou o monopólio estatal sobre as atividades da indústria do petróleo, impossibilitando que a PETROBRÁS utilizasse qualquer forma indireta de execução das atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos.

O texto aprovado em 1988 indicava uma intensificação da intervenção do Estado na ordem econômica, ao revés do que ocorria nos demais países do mundo, cujo cenário passou a ser dominado por políticas neoliberais que buscavam a reorganização da estrutura administrativa do Estado, especialmente com diminuição do tamanho do aparato estatal.

A globalização econômica e a mundialização dos mercados, veio 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, vinha se mostrando ineficiente a ponto de até mesmo causar insegurança quanto à disponibilidade de recursos para as atividades essenciais prestadas pelo Estado:

O resultado, catastroficamente generalizado, foi suportado pacificamente pela coletividade até o esgotamento das possibilidades de financiamento do Poder Público, chegando-se a um ponto em que não só não havia recursos para novos investimentos na atividade empresarial estatal – condenada, pois, ao sucateamento e estagnação - como também em atividades fundamentais que cabiam ao Estado: saúde, educação, saneamento, segurança²⁵².

Essa nova forma de Estado está atrelada à idéia da participação, no sentido de que o Estado não deve exercer atividades que possam ser delegadas ao particular, ficando sob sua incumbência somente aquelas que decorram de seu poder de império/soberano, tais como a defesa, segurança, polícia, dentre outras.

²⁵² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 361.

Neste sentido, para adaptar-se à realidade da ordem econômica mundial, era necessário empreender mudanças no texto constitucional.

Assim, a EC n.º 06/95, veio para extinguir determinadas restrições ao capital estrangeiro, revogando *in totum* o artigo 171, o qual fazia distinção entre sociedades empresárias brasileiras de capital nacional das 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 05/95²⁵³ e EC n.º 09/95, as quais flexibilizaram os monopólios estatais. Neste sentido, para uma melhor compreensão dos desdobramentos decorrentes especialmente desta última, cabe comentar a elucidativa lição de Eros Roberto Grau²⁵⁴ que traça uma 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.).

Fazia-se necessária a compatibilização do desenvolvimento do setor petrolífero com o novo padrão de desenvolvimento econômico, inaugurado com a Reforma do Estado que estava sendo implementada na década de 1990.

No setor petrolífero as mudanças se deram de modo diverso dos demais setores, pois ao invés de empreender um processo de privatização *stricto sensu*, o Governo optou por uma estratégia gradualista, introduzindo “pressões competitivas”, ao estimular o ingresso de agentes privados e também a formação de parcerias entre a PETROBRÁS e os agentes privados²⁵⁵.

O regime de monopólio então vigente não se alinhava com os objetivos de autossuficiência o qual demandava um aumento substancial da produção de petróleo no Brasil. Para o desenvolvimento de uma indústria nacional mais moderna e competitiva era necessário atrair investimentos privados a possibilitar a expansão das atividades no setor de petróleo e gás.

²⁵³ Alterou a redação do § 2º do art. 25 da Constituição, 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.

²⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 292.

²⁵⁵ 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.

Com isso, a Emenda Constitucional nº 9/95 flexibilizou o monopólio do petróleo ao permitir que a União pudesse contratar, não apenas com empresas estatais, mas também com sociedades empresárias privadas, a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da Constituição²⁵⁶.

A Emenda constitucional n.º 9/95 tornou relativo o monopólio do petróleo. Extirpada do preceito veiculado pelo § 1º do art. 177 da Constituição a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração petrolífera, seja em espécie (petróleo) ou em valor (dinheiro), a Emenda constitucional n.º 9/95 **permitiu que a União transferisse ao “concessionário” a propriedade do produto da exploração de jazidas de petróleo e gás natural**, observadas as normas legais. Aí, um novo regime de monopólio, que é o que a Emenda constitucional n.º 9/95 preconiza²⁵⁷. (grifos nossos)

Com isso restou mantida a propriedade da União sobre as jazidas, todavia, o monopólio das atividades restou relativizado, uma vez que a PETROBRÁS perdeu a qualidade de executora exclusiva das atividades previstas no art. 177. Assim, restou estabelecido um modelo de concessão no qual a própria PETROBRÁS, como sociedade de economia mista que é, atua em regime de competição com as sociedades empresárias que se proponham a disputar, em procedimento licitatório, as contratações previstas no § 1º do art. 177.

4.1.2 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 Constituição poderiam ser exercidas mediante concessão ou autorização, por empresas constituídas sob as leis brasileiras, com sede e administração no País.

²⁵⁶ Art. 177. Constituem monopólio da União:

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

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

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

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

Omissis

§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei. (grifos nossos)

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *Op. Cit.*, p. 295.

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 um contexto político neoliberal de redução do papel do Estado, associado ao fato de ser o Brasil um país importador de petróleo e, além disso, carente de recursos para investir em novas lavras, em 1997, restou assim estabelecido na indústria do petróleo brasileira um paradigma baseado em um modelo de concessão o qual se fazia compatível com o potencial das bacias petrolíferas conhecidas que eram de alto risco e baixa rentabilidade.

Em sua redação original, a Lei do Petróleo estabelecia em seu art. 5º²⁵⁸ 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 e, em nome da União, celebrar os respectivos contratos de concessão para a exploração e produção de petróleo e gás natural.

Neste sentido, cabe destacar que 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. As atividades de exploração e produção nessas áreas atraíram muitos investimentos para o país, além de propiciar o melhor conhecimento da potencialidade de áreas exploratórias, e a diversificação de investidores para áreas já em produção.

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, como é possível depreender do próprio Edital de Licitações para a Outorga dos Contratos de Concessão para Atividades de Exploração e

²⁵⁸ 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.*

Produção de Petróleo e Gás Natural para a Décima Primeira Rodada de Licitações ocorrida no ano de 2013, *in verbis*:

Este Edital define as normas que deverão ser obedecidas por todas as sociedades empresárias interessadas em participar da Décima Primeira Rodada de Licitações e foi elaborado de acordo com as disposições pertinentes, dentre as quais a **Lei n.º 9.478/97**; a Lei n.º 12.351/2010; a **Resolução ANP n.º 27, de 02 de junho de 2011**; e as Resoluções do CNPE n.º 8, de 21 de julho de 2003, n.º 3, de 2012, n.º 2, de 2013 as quais devem ser consultadas e observadas pelas sociedades empresárias interessadas. (grifos nossos)

O certame licitatório exige que as licitantes comprovem sua capacidade técnica e financeira de modo que sejam qualificadas como operadoras ou não operadoras. Além disso, para efeito de qualificação como operadora, a sociedade empresária interessada poderá ser enquadrada como: (i) **operadora “A”**, pois é qualificada para operar em blocos situados em águas ultraprofundas, águas profundas, águas rasas e em terra; (ii) **operadora “B”**, a qual possui qualificação para operar nos blocos situados em águas rasas e em terra, e; **operadora “C”**, qualificada para operar somente nos blocos situados em terra.

Apenas após a sua qualificação que a sociedade empresária estará autorizada a participar do certame.

Embora para fins de qualificação a sociedade empresária tenha que se habilitar individualmente, é importante destacar a possibilidade de apresentação de ofertas por consórcios de sociedades empresárias. Neste sentido, importante verificar o art. 38 da Lei do Petróleo, que assim dispõe:

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;

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 n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

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).

Como já visto, 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.

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 oferta²⁵⁹.

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 do modelo estabelecido, se o concessionário tem êxito em sua pesquisa, 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.

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)

Neste sentido, é importante destacar que o contrato de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural celebrado entre a ANP e o concessionário 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:

Como a intervenção regulatória é técnica, a questão eleitoral oferece menor risco, dado que a regulação é exercida por autoridade independente, composta por colegiado integrado por profissionais com notório saber no segmento regulado, investidos num mandato fixo e não coincidente com o do Presidente da República.

²⁵⁹ 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.

Nesse ponto, há como se afirmar 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**²⁶⁰. (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. Com isso, as minutas do contrato de concessão passam por um constante processo de aprimoramento ao longo das rodadas de licitação promovidas pela ANP.

O contrato de concessão é composto de duas fases, uma fase de exploração que corresponde ao período contratual em que devem ocorrer as atividades de exploração e a avaliação de eventual descoberta e 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 produção²⁶¹.

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; (iv) Pagamento de Participação ao Proprietário de Terra²⁶².

Outro aspecto importante do contrato de concessão é a possibilidade de sua transferência, conforme disposto no art. 29 da Lei do Petróleo:

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.**

Importante destacar que para a cessão dos direitos e obrigações do contrato é imprescindível a aprovação da ANP. Como ente regulador, a Agência irá verificar se o concessionário atende aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos por ela estabelecidos. Sem

²⁶⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 102.

²⁶¹ Cf. Minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural para a Décima Primeira Rodada de Licitações.

²⁶² 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.

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 alguma 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*, além disso, como pondera Marilda Rosado de Sá Ribeiro:

Um dos desdobramentos mais interessantes no âmbito do contrato de concessão na nova fase de amadurecimento das parcerias formadas segundo as normas do novo arcabouço da indústria do petróleo e gás é a dinâmica da cessão de direitos por parte dos concessionários, que merece um estudo mais alongado. O processo se justifica pela constante reavaliação que as empresas fazem de seu portfólio. Enquanto uma empresa pode pretender um enxugamento dos investimentos em um determinado país, ou apenas em determinada área, fatos novos ou a simples reavaliação geológica e econômica podem recomendar a outras empresas grande interesse pela mesma área²⁶³.

A cessão tanto pode ser total quanto parcial. A cessão total implica na saída de um concessionário do empreendimento, 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, podendo este terceiro já deter ou não participação indivisa no mesmo 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.

4.1.3 O Modelo de Partilha de Produção

²⁶³ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 350-351.

Com o anúncio da descoberta de grandes quantidades de petróleo e gás em nova província petrolífera, denominada Pré-Sal, o Governo Federal, em 2007, entendeu que caberia realizar uma revisão do papel do Estado, de modo a viabilizar uma política econômica de fortalecimento de uma indústria nacional de fornecedores de bens e serviços e de uma necessária agregação de valores à cadeia de produção do petróleo e gás, ou seja, investimentos também nas indústrias de *downstream*, para que não se exporte apenas o óleo *in natura*, mas refinado, com valor agregado.

Entendendo que o marco legal estabelecido na Lei nº 9.478/97, não seria suficiente para garantir o aproveitamento das reservas petrolíferas nas áreas da província do Pré-Sal, a comissão interministerial²⁶⁴ afirma que o modelo instituído em 1997, no qual cabe ao concessionário arcar com a totalidade dos riscos e, portanto, obter o rendimento da exploração apropriando-se de todo o óleo explorado, mostrar-se-ia incompatível com a natureza da gigante área do Pré-sal²⁶⁵.

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.

Com isso houve então a modificação do marco regulatório até então vigente para a exploração e produção de hidrocarbonetos na região do pré-sal e áreas estratégicas. Destaca-se que, além do referido diploma legal, compõem também o arcabouço jurídico-institucional a Lei n.º 12.276/2010, que viabilizou o aumento de capital da PETROBRÁS, autorizando a União a ceder onerosamente à companhia 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo, e; a Lei n.º 12.304/2010, que autoriza a criação da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA).

Nesse contexto, vigora hoje no país um marco regulatório misto, podendo as atividades se dar sob o regime de concessão ou de partilha, a depender da localização da área objeto do contrato. As mudanças no marco regulatório foram assentadas sobre quatro objetivos principais: (a) instituição do regime de partilha de produção; (b) criação do Fundo Social, para destinação da receita governamental decorrente dos contratos de partilha

²⁶⁴ 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.

²⁶⁵ 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.

celebrados; (c) a criação da Petróleo Pré-sal S.A. (PPSA); (d) aporte financeiro à PETROBRÁS, denominada Cessão Onerosa.

a. Regime de Partilha de Produção

A Lei n.º 12.351/2010 instituiu o regime de partilha de produção²⁶⁶ 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.

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. (grifos nossos)

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 em verdade se refere à imprecisão do que a lei determina como 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 nacional²⁶⁷.

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 verdadeira decisão da Administração e, portanto, deverá ser devidamente fundamentado. É preciso que a autoridade administrativa

²⁶⁶ **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;

²⁶⁷ **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;

tenha fundamentos de que a área realmente apresente 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 PETROBRAS 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 produção²⁶⁸.

Como operadora única de todos os blocos contratados sob o regime de partilha de produção²⁶⁹, 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 exploração e produção²⁷⁰, sendo-lhe assegurada uma participação mínima de 30% (trinta por cento) no consórcio²⁷¹.

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 licitação²⁷².

Neste sentido, é valiosa a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro, quando em parecer para a Associação Brasileira de Agências de Regulação (ABAR), comentou os projetos de lei que ensejaram no novo marco regulatório:

Pode-se afirmar que os projetos de lei apresentados possuem uma série de dispositivos normativos específicos, que criam preferências para entes públicos ou empresas estatais, os quais podem violar os princípios da isonomia e da liberdade de concorrência. Essa questão não será tratada no presente estudo, já que não faz parte dos quesitos apresentados. No entanto, podemos afirmar que o fato de a implantação de um regime alternativo ao de concessão, para as atividades de produção e

²⁶⁸ Art. 2º, VII da Lei n.º 12.351/2010.

²⁶⁹ 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.

²⁷⁰ Art. 2º, VI da Lei n.º 12.351/2010.

²⁷¹ 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);

²⁷² 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.

exploração de petróleo e gás natural – como o regime de partilha de produção – não ferir o texto constitucional, não significa necessariamente que o regime como proposto seja constitucional²⁷³.

A sistemática para a exploração e produção de petróleo e gás natural instituída pela EC 9/95 que deu nova redação ao art. 177 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 privadas²⁷⁴.

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.

Como sociedade de economia mista a PETROBRAS deveria competir em pé de igualdade com as sociedades de direito privado, sob o risco de prejuízo à livre concorrência²⁷⁵. A dispensa à licitação além de caracterizar um tratamento não isonômico, é também um desestímulo à livre iniciativa.

Apesar das 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

²⁷³ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Direito constitucional e regulatório – ensaios e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 1433.

²⁷⁴ 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)

²⁷⁵ 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)

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 no Fórum Contratos de Petróleo – Concessão versus Partilha: Novas Propostas para o Pré-sal, realizado em 17 de dezembro de 2009 no Auditório da Associação Comercial do Rio de Janeiro:

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 por monopólios, e, enfim, acredito que se possa refletir sobre isso com bastante vagar, numa Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁷⁶⁻²⁷⁷.

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.

Para garantir a sua participação direta, bem como no intuito de diminuir a assimetria de informações entre a União e as empresas de petróleo por meio da atuação e acompanhamento direto de todas as atividades na área de exploração e produção, em especial o custo de produção do óleo (*Custo em Óleo*), o Governo Federal instituiu a Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. (PPSA)²⁷⁸, empresa pública que irá gerenciar a exploração e produção de petróleo na região do pré-sal²⁷⁹.

Embora haja um tópico específico a tratar da PPSA, sendo esta um importante ator no cenário institucional do regime de partilha de produção, é importante ressaltar ainda neste item as eventuais nuances decorrentes da representação do Estado brasileiro na Minuta de Contrato de Partilha de Produção, disponibilizada pela ANP no sítio eletrônico do Brasil *Rounds*²⁸⁰.

²⁷⁶ 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.

²⁷⁷ Neste sentido, cabe apenas destacar que há 04 Ações Diretas de Inconstitucionalidade em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, discutindo a constitucionalidade de dispositivos da Lei n.º 12.351/2010: ADI n.º 4916, ADI n.º 4917, ADI n.º 4920 e ADI n.º 4918, propostas respectivamente pelos Governadores dos Estados do Espírito Santo, Rio de Janeiro e São Paulo e pela Mesa Diretora da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Contudo, a única matéria discutida em sede de Inconstitucionalidade é sobre a repartição dos *royalties*.

²⁷⁸ Lei n.º 12.304/2010.

²⁷⁹ Art. 8º,

§ 1º **A gestão dos contratos previstos no caput caberá à empresa pública a ser criada com este propósito.**

§ 2º A empresa pública de que trata o § 1º deste artigo **não assumirá os riscos e não responderá 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.** (grifos nossos)

²⁸⁰ Disponível em http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/edital.asp, acessado em 29.07.2013.

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 controlador²⁸¹. Contudo, maior perplexidade ainda pode ser vislumbrada quando da leitura do disposto no item 20.2 da cláusula Vigésima da Minuta de Contrato de Partilha de Produção, que trata sobre o Controle das Operações e Assistência pela ANP e pela Contratante:

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.

Destaca-se, inicialmente, que 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.

Neste sentido, 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 natural²⁸².

Ora, se a PPSA foi criada com o intuito de ser representante da 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.

Destaca-se, ainda, que a minuta dispõe que os gastos com transporte, alimentação e alojamento dos representantes da contratante e da ANP deverão ser fornecidos pela contratada.

Por fim, um último aspecto que precisa ser analisado neste tópico se refere à recuperação do custo em óleo. Como já destacado no capítulo 3 do presente trabalho, na

²⁸¹ 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.

²⁸² 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, acessado em 01.08.2013.

execução do contrato de partilha de produção os custos e os investimentos necessários são suportados pelo contratado, ficando a restituição sujeita à eventual descoberta comercial.

Assim, nas hipóteses de descoberta comercial, o contratado terá direito a receber uma parcela da produção de petróleo e gás natural produzidos como custo em óleo, o qual corresponde aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações²⁸³.

A Lei atribuiu ao contrato a tarefa de definir os limites, prazos e condições para que se procedesse com a restituição com base no denominado custo em óleo. Apesar dos cálculos aritméticos que compõem a base para computo dos valores estarem previstos nos itens 5.2 e 5.6, a tratar do Cálculo e do Custo em Óleo e, merecem atenção:

Cálculo do Custo em Óleo

5.2. Os gastos passíveis de recuperação pelo Contratado como Custo em Óleo serão aqueles **necessariamente aprovados no âmbito do Comitê Operacional e reconhecidos pela Gestora** nos termos deste Contrato, segundo a metodologia e procedimentos estabelecidos.

omissis

5.6. Não haverá atualização ou reajuste monetário ou financeiro do saldo da conta Custo em Óleo. (grifo nosso)

A interpretação do dispositivo contratual deve estar em harmonia com os demais instrumentos e também com a dinâmica do negócio que será empreendido pelas partes.

Neste sentido, é preciso destacar a existência de gastos excepcionais que, embora não sejam previamente aprovados pelo Comitê Operacional, podem ser passíveis de restituição. Como exemplo pode-se citar os dispêndios decorrentes de uma situação emergencial para atendimento de parâmetros de segurança, vale destacar que a atividade empreendida comporta grandes riscos e que a ocorrência de fatos imprevisíveis não pode ser de todo descartada. Com isso, entende-se que a parte grifada do item 5.2 acima deve ser bem sopesada, de modo a não acarretar um desarrazoado ônus às contratadas.

De outro turno, no que tange ao item 5.6, o afastamento da atualização monetária faz com que o contratado não seja efetivamente ressarcido. Isso porque, sendo os gastos contabilizados na data de sua ocorrência e a recuperação com base no custo em óleo só se

²⁸³ Lei n.º 12.351/2010, Art. 2º, II - custo em óleo: parcela da produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, exigível unicamente em caso de descoberta comercial, correspondente aos custos e aos investimentos realizados pelo contratado na execução das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento, produção e desativação das instalações, **sujeita a limites, prazos e condições estabelecidos em contrato;**

dando a partir do início da produção, certamente haverá um grande lapso temporal entre o gasto efetivo e sua recuperação por meio do Custo em Óleo.

Diante disso, é não apenas comum, como extremamente relevante a inclusão de cláusulas de reajuste de valores em contratos, inclusive em contratos celebrados com o Poder Público.

O próprio CPP também reconhece a importância dessa atualização monetária, ao prever a atualização monetária para o cálculo do Excedente em Óleo (cláusula 9.5), valores da Garantia Financeira (cláusula 11.8) e valores monetários para cálculo do Conteúdo Local (cláusula 25.5).

Assim, não admitir reajuste semelhante ao saldo da conta Custo em Óleo seria contrário à lógica contratual e ao princípio de boa-fé contratual, para não dizer ao próprio espírito da Lei nº 12.351/10, que prevê a efetividade da recuperação dos custos efetivamente incorridos pelos Contratados (o que deve compreender, portanto, a perda de valor monetário decorrente do decurso do tempo).

Observe-se que, tendo em vista que cabe ao Governo propor a implementação da política monetária e fiscal, com impacto direto sobre a inflação, a ausência de correção monetária faz com que os contratados fiquem numa posição ainda mais desbalanceada, causando desequilíbrio entre as partes do Contrato²⁸⁴.

Deste modo, seria razoável que, para a efetiva recuperação dos custos, haja disposição no contrato prevendo algum tipo de atualização monetária para os gastos reconhecidos como Custo em Óleo, desde o momento de sua efetivação até a recuperação, em óleo. Só assim, será possível assegurar o integral ressarcimento dos custos pelas contratadas.

b. Fundo Social

Para assegurar ao povo brasileiro a apropriação de parcela significativa da valorização do petróleo, é prevista a criação de um Fundo Social que tem por objetivo proporcionar uma fonte regular de recursos para as atividades prioritárias, quais sejam o combate à pobreza, a educação de qualidade e a inovação científica e tecnológica, transformando a riqueza baseada nos recursos naturais em riqueza para as pessoas, em oportunidades e desenvolvimento humano²⁸⁵.

²⁸⁴ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, *Consulta Pública e Audiência Pública n.º 20/2013*, sugestão apresentada pelo Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, disponível em http://www.brasil-rounds.gov.br/round_p1/portugues_p1/audiencia.asp, acessado em 01.08.2013.

²⁸⁵ Art. 47. É criado o Fundo Social - FS, de natureza contábil e financeira, vinculado à Presidência da República, com a finalidade de constituir fonte de recursos para o desenvolvimento social e regional, na forma de programas e projetos nas áreas de combate à pobreza e de desenvolvimento:

- I - da educação;
- II - da cultura;
- III - do esporte;
- IV - da saúde pública;
- V - da ciência e tecnologia;
- VI - do meio ambiente; e
- VII - de mitigação e adaptação às mudanças climáticas.

Vinculado à Presidência da República, o Fundo Social é de natureza contábil e financeira e será formado com recursos provenientes de seis fontes, todas previstas no art. 49 da Lei n.º 12.351/2010²⁸⁶. Entre essas fontes estão: parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao fundo pelos contratos de partilha de produção; parcela dos *royalties* que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas a órgãos específicos, conforme contratos de partilha de produção; e receita advinda da comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos da União. As demais fontes são: os *royalties* e a participação especial dos blocos do pré-sal já licitados destinados à administração direta da União; os resultados de aplicações financeiras; e outros recursos estabelecidos em lei.

Compete ao Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social – CGFFS, cuja composição e funcionamento serão estabelecidos em ato do Poder Executivo, a definição da política de investimentos do Fundo Social, sendo vedado o pagamento de remuneração aos membros desse comitê pelo desempenho de suas funções²⁸⁷.

A política de investimento do fundo social deverá buscar rentabilidade, segurança e liquidez de suas aplicações, além de assegurar sua sustentabilidade econômica e financeira. Os investimentos e aplicações serão destinados preferencialmente a ativos no exterior, “com a finalidade de mitigar a volatilidade de renda e de preços na economia nacional²⁸⁸”.

Para a gestão do Fundo foi criado ainda o Conselho Deliberativo do Fundo Social - CDFS, com a atribuição de propor, ao Executivo, após consulta aos ministérios afins, a aplicação dos recursos resgatados do fundo para as áreas específicas, assim como os membros do CGFFS, os membros do CDFS também não podem perceber remuneração pela função no respectivo Conselho.

²⁸⁶ Art. 49. Constituem recursos do FS:

- I - parcela do valor do bônus de assinatura destinada ao FS pelos contratos de partilha de produção;
- II - parcela dos *royalties* que cabe à União, deduzidas aquelas destinadas aos seus órgãos específicos, conforme estabelecido nos contratos de partilha de produção, na forma do regulamento;
- III - receita advinda da comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, conforme definido em lei;
- IV - os *royalties* e a participação especial das áreas localizadas no pré-sal contratadas sob o regime de concessão destinados à administração direta da União, observado o disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo;
- V - os resultados de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e
- VI - outros recursos destinados ao FS por lei.

²⁸⁷ Art. 52. **A política de investimentos do FS será definida pelo Comitê de Gestão Financeira do Fundo Social - CGFFS.**

§ 1º **O CGFFS terá sua composição e funcionamento estabelecidos em ato do Poder Executivo**, assegurada a participação do Ministro de Estado da Fazenda, do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Presidente do Banco Central do Brasil.

§ 2º **Aos membros do CGFFS não cabe qualquer tipo de remuneração pelo desempenho de suas funções.**

§ 3º As despesas relativas à operacionalização do CGFFS serão custeadas pelo FS. (grifos nossos)

²⁸⁸ PONTUAL, Helena Daltro. *Câmara ampliou utilização de recursos no projeto que cria fundo social in Agência Senado*, disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/quadros/qd_186.htm, acessado em 25.07.2013.

c. Petróleo Pré-sal S.A. (PPSA)

Em 02 de agosto de 2010, foi promulgada a Lei n.º 12.304, autorizando 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).

Em 1º de agosto de 2013, foi editado o Decreto n.º 8.063, o qual cria a PPSA e aprova o seu estatuto. A companhia foi constituída sob a forma de sociedade anônima de capital fechado, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, conforme disposto no art. 1º da Lei n.º 12.304/2010.

Com sede e foro em Brasília, a companhia terá um escritório central na cidade do Rio de Janeiro²⁸⁹. A companhia tem por objeto a gestão dos contratos de partilha de produção celebrados pelo Ministério de Minas e Energia e a gestão dos contratos para a comercialização de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos da União, tendo como finalidade maximizar o resultado econômico dos contratos de partilha de produção e de comercialização de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos da União²⁹⁰.

A atuação da PPSA se concentrará na gestão dos contratos de partilha de produção, não cabendo a esta a assunção de quaisquer riscos, nem mesmo com os 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 produção²⁹¹.

A companhia terá um conselho de administração composto por cinco membros, nomeados pelo presidente da República, para um período de gestão de quatro anos, admitida uma recondução²⁹².

A diretoria-executiva, além do presidente, será composta por um executivo na área de “gestão de contratos” e outros dois diretores, para as áreas “técnica e de fiscalização” e “administração, controle e finanças”, o período de gestão dos diretores é um pouco menor, de três anos, sendo permitida a recondução²⁹³, note-se que neste caso o Estatuto não estipulou limites à recondução.

²⁸⁹ Art. 4º do Estatuto da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA.

²⁹⁰ Art. 5º do Estatuto da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA c/c art. 2º da Lei n.º 12.304/2010.

²⁹¹ Art. 8º da Lei n.º 12.351/2010.

²⁹² Art. 19 do Estatuto da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA.

²⁹³ Art. 24 do Estatuto da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA.

A PPSA terá também um conselho fiscal, com a seguinte composição: dois conselheiros titulares, e respectivos suplentes, indicados pelo Ministério de Minas e Energia; e um conselheiro titular, e respectivo suplente, indicado pelo Ministério da Fazenda, como representante do Tesouro Nacional. Os conselheiros terão um período de gestão de quatro anos, admitida uma recondução²⁹⁴.

d. Cessão Onerosa

Nos termos do inciso I do art. 177 da Constituição da República, em 30 de junho de 2010, foi publicada a Lei n.º 12.276/2010, autorizando a União a ceder onerosamente à PETROBRÁS, dispensada licitação, a execução de atividades de exploração e produção de hidrocarbonetos em áreas não concedidas localizadas no Pré-sal.

O valor da transação corresponde ao valor de cinco bilhões de barris equivalentes e como contrapartida pela referida cessão, o mencionado ato legal determinou que o pagamento devido pela Petrobras à União fosse efetivado prioritariamente em títulos da dívida pública mobiliária federal, precificados a valor de mercado²⁹⁵.

Resta claro, por conseguinte, que essa operação configura uma antecipação de recursos da União. Pelo direito de explorar e produzir petróleo e gás natural nessas áreas, a Petrobras pagou à União R\$ 74,8 bilhões²⁹⁶.

Adicionalmente, a referida lei autorizou a União a subscrever ações do capital social da Petrobrás e integralizá-las com títulos da dívida pública mobiliária federal²⁹⁷. Estabeleceu, outrossim, que serão devidos apenas *royalties* sobre o produto da lavra de que trata esta Lei nos termos do art. 47 da Lei no 9.478/97.

²⁹⁴ Art. 34 do Estatuto da Empresa Brasileira de Administração de Petróleo e Gás Natural S.A. - Pré-Sal Petróleo S.A. – PPSA.

²⁹⁵ Lei n.º 12.276, Art. 1º, § 2º A cessão de que trata o caput deverá produzir efeitos até que a Petrobras extraia o número de barris equivalentes de petróleo definido em respectivo contrato de cessão, não podendo tal número exceder a 5.000.000.000 (cinco bilhões) de barris equivalentes de petróleo.

²⁹⁶ SOUSA, Francisco José Rocha de. *A cessão onerosa de áreas do pré-sal e a capitalização da Petrobrás*, Consultoria Legislativa, Brasília: Câmara dos Deputados, 2011, disponível em: http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6006/cessao_onerosa_souza.pdf?sequence=1, acessado em 07.03.2012.

²⁹⁷ Lei n.º 12.276, Art. 1º, §3º O pagamento devido pela Petrobras pela cessão de que trata o caput deverá ser efetivado prioritariamente em títulos da dívida pública mobiliária federal, precificados a valor de mercado, ressalvada a parcela de que trata o § 4º.

A PETROBRÁS não pode ceder quaisquer de seus direitos sob o Contrato de Cessão Onerosa²⁹⁸. O óleo extraído, até o limite de cinco bilhões de barris de óleo equivalente é da PETROBRÁS, tendo esta que arcar com todos os custos das operações²⁹⁹.

4.2 Implicações das *Joint Ventures* no âmbito do 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 solidariedade³⁰⁰ no inciso II do artigo 38³⁰¹, 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 pólos diversos, e consiste nas relações havidas entre os dois pólos 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 2012.

²⁹⁸ Lei n.º 12.276, Art. 1º, § 6º A cessão de que trata o caput é intransferível.

²⁹⁹ Lei n.º 12.276, Art. 4º O exercício das atividades de pesquisa e lavra de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos de que trata esta Lei será realizado pela Petrobras, por sua exclusiva conta e risco.

³⁰⁰ 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.

³⁰¹ 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;

4.2.1 Operador

Como já ressaltado, o JOA é composto pelo binômio operador e não-operadores. Sendo àquele o responsável pela condução das operações conjuntas³⁰² 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 uma boa reputação junto à ANP são também pontos positivos na escolha do operador.

4.2.A Subject to the terms and conditions of this Agreement, Operator shall have all of the rights, functions, and duties of Operator under the Contract, shall have exclusive charge of Joint Operations, and shall conduct all Joint Operations. Operator may employ independent contractors and agents, including Affiliates of Operator, Non-Operators, or Affiliates of a Non-Operator, in such Joint Operations. (grifos nossos)

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 função³⁰³.

The commercial starting point is generally that an operator should neither profit nor suffer loss from acting as operator, and the 2012 JOA maintains the default position from the 2002 JOA that an operator's liability shall be limited to the amount of its participating interest share in the operations. This follows the commercial reality that no party would agree to act as operator without making a profit unless it could significantly reduce, or eliminate entirely, its exposure in performing that role³⁰⁴. (grifos nossos)

³⁰² 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)

³⁰³ 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;*

³⁰⁴ WEBSTER, Sam. *The new AIPN 2012 model form Joint Operating Agreement—what's new?* Disponível em: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>, acessado em 20.06.2013.

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.

Neste sentido, é preciso destacar que 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 - PTO³⁰⁵, Plano de Segurança, Saúde e Meio Ambiente - SMS³⁰⁶, 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 similares³⁰⁷. A redação disposta no JOA se alinha com a definição de Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, contida no Contrato de Concessão:

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)

³⁰⁵ *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;*

³⁰⁶ *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;*

³⁰⁷ **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)

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 Natural³⁰⁸.

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 a 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**³⁰⁹.

Ocorre que, o campo em que se situa a questão é o empresarial, pois discute-se 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)³¹⁰.

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

³⁰⁸ 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.

³⁰⁹ 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.

³¹⁰ Cf. FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233-234.

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 APELAÇÃO³¹¹.

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

³¹¹ STJ, REsp 1158815/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012.

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 provido³¹².

Neste sentido, as disposições contidas no JOA sobre a responsabilidade contratual dos *co-ventures*, está conectada com a realidade do setor de exploração e produção de petróleo e gás natural, ou seja, é sedimentada 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)**.*

³¹² STJ, REsp 1239754/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15/05/2012, DJE 22/05/2012.

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.

Assim, em uma primeira análise, nota-se que o parâmetro de limitação da responsabilidade do operador no modelo da AIPN se diferencia do modelo da AAPL, cujo posicionamento da jurisprudência dos tribunais norte-americanos foi exposto no capítulo anterior.

Contudo, é preciso ressaltar a existência de disposição opcional prevista no modelo da AIPN, a qual 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 conseqüências para o operador irão variar 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 Civil³¹³. 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 tem 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 a fixação 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.

4.2.2 Comitê Operacional

³¹³ **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)

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, sendo o Comitê investido de poderes para supervisionar as atividades conjuntas³¹⁴.

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, ressalva é feita para 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.

4.2.3 Programas de Trabalho e Orçamentos

As operações são geralmente conduzidas de acordo com um programa anual de trabalho e, 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 Orçamento³¹⁵, com isso, é importante

³¹⁴ **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)

³¹⁵ **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.

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 estimado³¹⁶. 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.

4.2.4 Operações por Algumas das Partes³¹⁷

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

³¹⁶ **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.

³¹⁷ 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.

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 (operações exclusivas) 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)³¹⁸.

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 o 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 balancear os riscos e recompensa das partes, prevendo 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. Seja quando as partes anuentes decidem avaliar uma descoberta conduzida sobre operação exclusiva ou quando as

³¹⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 214.

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.

4.2.5 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 tem direitos e obrigações, mas não ‘para com a outra’ e sim ‘para com todas as outras’³¹⁹”.

Hodiernamente, a dinâmica das relações obrigacionais impõe as 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 comum³²⁰.

No JOA estão previstos os direitos e deveres de cada uma das partes, sendo a assunção da obrigação de cada parte contribuir financeiramente, de acordo com o percentual de sua

³¹⁹ Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191.

³²⁰ 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).

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 da obrigação contratual³²¹.

As dificuldades decorrentes da crise na indústria do petróleo aumentaram a atenção em torno da cláusula de inadimplemento (*default*). 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*)³²².

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 inadimplente³²³. Não é à toa que muitas das horas de negociações são dedicadas a 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.

The most significant changes in the 2012 JOA concern the remedies available in the event of a default. The new model form preserves the existing remedies from the 2002 JOA—namely forfeiture, buy-out and enforcement of security—but also introduces a new remedy, the so-called “withering option.” Rather than forcing the defaulting party to forfeit its entire participating interest (which in some jurisdictions may be considered unenforceable), the withering option gives the non-defaulting parties the right, during an approved development plan, to acquire a part of the participating interest in the actual exploitation area to which the default relates. This “withering interest” is calculated by reference to a detailed contractual formula³²⁴.

³²¹ 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.

³²² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 215.

⁸ 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.

³²⁴ WEBSTER, Sam. *The new AIPN 2012 model form joint operating agreement—what's new?* disponível em: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>, acesso em 21.07.2013.

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 (*whitening 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.

4.3 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 diretamente 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 licitação³²⁵, ou; (ii) a PETROBRÁS em conjunto com outras sociedades que porventura tenham se sagrado vencedoras em licitação³²⁶. 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 produção³²⁷.

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.

Como verificado no capítulo 2 do presente trabalho, 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.

³²⁵ 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.

³²⁶ 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.

³²⁷ 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.

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 verifica-se 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.

4.3.1 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; (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 minerva³²⁸. 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”:

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)

A primeira observação que surge, diz respeito ao grande peso do voto da PPSA na decisão. Embora a lei disponha que metade dos membros sejam indicados 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 votante³²⁹. (grifos nossos)

³²⁸ 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.

³²⁹ EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A Comentada, vol. I – Arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 620-621.

Isso porque, é uma questão de lógica, 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 e seu quadro técnico ainda sequer foi formado, 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 elevados³³⁰, 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 podem 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.

4.3.2 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

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**, 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)

³³⁰ 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).

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.

4.3.3 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 à pressões políticas, ela pode impedir que a PETROBRÁS se retire do Contrato, forçando a companhia estatal a permanecer no empreendimento.

CONCLUSÃO

A análise do conceito de autonomia privada permite verificar sua importância como fundamento para os princípios constitucionais da liberdade de associação e da livre iniciativa, previstos respectivamente nos arts. 5º, incisos XVII a XXI, 1º, IV e 170, *caput*, da Constituição da República.

A Carta Cidadã de 1988 tida como um dos maiores marcos da história brasileira, instaurou um regime substancialmente democrático, cuja Ordem Econômica está fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa. Ao atribuir à atividade econômica uma visão marcadamente social, o Constituinte demonstrou sua opção axiológica à dignidade da pessoa humana, que é o valor máximo da ordem jurídica brasileira, sendo a livre iniciativa um vetor para alcançá-la.

Como meio de exercício da livre iniciativa, a associação de pessoas tem se demonstrado como reflexo para a satisfação de necessidades humanas que não poderiam ser desempenhadas sem a colaboração, pois mesmo o mais esforçado dos indivíduos, isoladamente, não lograria êxito no exercício de determinadas empresas, as quais demandam altos investimentos de recursos humanos e de capital. Neste sentido, a associação de pessoas corresponde a uma manifestação da autonomia privada de cada pessoa e cuja liberdade de exercício encontra guarida na própria Constituição.

A união de esforços, por meio da reunião de pessoas para o alcance de um objetivo em comum é a forma mais comum para o exercício da atividade empresarial, cujas características essenciais são ser ela econômica e organizada.

Embora sejam as sociedades os instrumentos mais utilizados para o tráfico mercantil e para o desenvolvimento econômico, na medida em que são entidades aptas a concentrar recursos e esforços, por meio da facilidade que possuem na captação de energias e capitais para a realização de operações financeiras, comerciais, industriais dentre outras, foi possível verificar que hodiernamente outros meios de associações empresariais são bastante utilizados para a consecução de empreendimentos, especialmente aqueles cuja dimensão econômica requer vultosos investimentos.

Dentre os denominados contratos associativos, verifica-se a crescente utilização das denominadas *joint ventures*, fenômeno que corresponde a uma forma de colaboração empresarial que tem sido amplamente utilizado na prática empresarial. Ao analisar a natureza jurídica do referido fenômeno, foi possível depreender ser esta eminentemente contratual,

visto que o vínculo existente entre as partes não é imperativo - ex re, mas voluntariamente assumido. A relação entre as partes nasce do consenso - *ex contractu*. O que permitiu verificar que, mesmo quando a *joint venture* adotar a forma de uma sociedade, sua natureza jurídica será contratual, já que a relação jurídica é estabelecida pelo consenso entre as partes, ou seja, pelo acordo de vontades.

Verificada a presença do caráter de colaboração existente, na medida em que se expressa pelo esforço conjunto das partes (*co-ventures*), forçoso é concluir que, no campo dos contratos, as *joint ventures* tendem mais para uma sociedade do que para um simples contrato de intercâmbio.

Após o estudo do fenômeno associativo, em especial a dinâmica das *joint ventures* existentes, o foco da análise dirigiu-se para as associações empresariais no âmbito da indústria do petróleo, especialmente aquelas formadas no setor denominado *upstream*. Tal inclinação deu-se, principalmente, em virtude do novo marco regulatório recentemente estabelecido para as áreas do pré-sal, coexistindo o antigo modelo de concessão e um novo modelo de partilha de produção para o polígono do Pré-sal e áreas estratégicas.

Dada a sua importância e natureza como recurso estratégico, as atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural possuem uma dinâmica muito relacionada aos denominados contratos com o Estado. Como visto, estes contratos possuem supedâneo no princípio da soberania permanente sobre os recursos naturais, o qual influenciou os regimes de propriedade dos hidrocarbonetos adotados pelos diferentes Estados hospedeiros, inclusive o Brasil. O histórico regulatório pátrio demonstra a adoção do regime de propriedade privada, desde a Proclamação da República até os anos 30, quando instituiu-se o regime dominial atualmente aplicado.

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 depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido, podendo se dar de modo estritamente contratual, por meio da

celebração de um acordo de operações conjuntas, o JOA (*Joint Operating Agreement*), ou por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros, no caso de haver o interesse em uma maior comunhão entre os parceiros, a regra na indústria do petróleo costuma ser a *joint venture* contratual.

Com uma estrutura mais flexível se comparada às formas societárias, há outros atrativos que conduzem os atores à opção pela forma contratual. Certamente, um dos principais atrativos é que nesta modalidade cada uma das partes detém direitos diretamente sobre o que é produzido, assegurando o que lhes é mais precioso – o óleo e/ou gás natural.

Além disso, verificou-se que a veste societária implica uma maior rigidez, com a formação de uma estrutura mais engessada, que pode ensejar em maiores dificuldades por não se adequar da melhor forma à dinâmica do negócio de exploração e produção. De outro turno, a estrutura mais flexível propiciada pela forma contratual possibilita também que as sociedades diversifiquem seus investimentos, detendo participação em um maior número de áreas, na medida em que há o compartilhamento dos riscos e a alternância de posição – operador e não-operador - nas diferentes áreas concedidas.

Dado que a instrumentalização da modalidade contratual se dá pelo Acordo de Operações Conjuntas, a análise das disposições contidas em modelos padrões disponibilizados por entidades internacionais, especialmente a Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN e a conseqüente 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, de alguns 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 à 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:

Com efeito, chega-se à conclusão de que não existe apenas um único ordenamento jurídico, mas tantos ordenamentos quanto forem os casos concretos. O intérprete, ao buscar a solução para o caso concreto, há que ter em conta todo o arcabouço legislativo posto e, a partir das especificidades dos fatos de sua hipótese real, extrair o complexo normativo incidente sobre o específico conflito de interesses. Vale dizer: cotejando as condicionantes fáticas do caso concreto com as diversas fontes normativas, unificadas pela Constituição da República, extrai-se um ordenamento jurídico “sob medida”, aplicável exclusivamente àquela situação fática³³¹.

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 aos que correm os 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 situação 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, entre si, deverão dividir os prejuízos conforme as suas participações no consórcio e somente no caso de danos diretos decorrentes de dolo ou culpa grave do operador, é que este responderá integralmente pelos prejuízos.

³³¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 15.

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 a outra e sim para com todas as outras e que, portanto, o vínculo obrigacional correspondia à hipótese de contrato associativo, no qual as prestações das partes convergem em um mesmo sentido objetivando a consecução de um empreendimento em comum. No caso vertente é o sucesso da fase exploratória, almejando a descoberta comercial e a conseqüente 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 partes acabam por suportar a falta da parte 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 contra o inadimplemento, cuja aplicabilidade é mais consentânea aos sistemas da *Civil Law*.

Isso porque, a opção de apreensão de parcela da participação (*whitering 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 pela parte inadimplente.

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 - Pré-Sal Petróleo S.A. (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 PETROBRAS 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 de tal regime. 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 concorrência

As exigências legais impedem a formação de parcerias empresariais que não sejam integradas pela PETROBRÁS e a Pré-Sal Petróleo S.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, ensejam 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.

Como órgão deliberativo, uma questão importante diz respeito ao direito de voto. As “Regras do Consórcio” atribuem um grande peso do voto da PPSA na decisão. Opina-se que tal modelo parece não observar a própria lógica de órgãos deliberativos nas atividades empresariais, pois é aquele que investe e conhece do negócio quem tem como melhor ponderar os riscos para tomar a melhor decisão. Como uma companhia recém criada, cujo corpo técnico ainda sequer foi formado, atribuir tamanho peso ao voto da PPSA, 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 até mesmo para os interesses do país.

Mesmo exigindo percentuais de deliberação elevados, 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 podem dificultar a tomada de decisões. Além disso, deve-se destacar que, embora não seja possível obrigar sociedades empresárias a permanecer no contrato, há a possibilidade de a PPSA impedir a rescisão do contrato de partilha de produção pela PETROBRÁS. Para isso, a estatal precisará submeter a questão ao Comitê e o percentual mínimo exigido para o caso requer que a PPSA, consorciada que não investe quantia alguma, aprove o pedido da PETROBRÁS.

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. O Comitê Operacional deve ser ambiente de decisões técnicas, pautadas nas melhores práticas da indústria do petróleo, sem influências políticas.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Antonio Carlos Sobreira de. A Petrobras e o upstream. In: A NOVA regulamentação da indústria de petróleo no Brasil. Rio de Janeiro: IBP, 1996.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. *A desconsideração da personalidade jurídica à luz do direito civil-constitucional: o descompasso das disposições do Código de Defesa do Consumidor com a disregard doctrine*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). *Temas de direito civil-empresarial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- AMARAL, Francisco. Autonomia privada. *Revista CEJ*, Brasília, v. 3, n.9, set./dez. 1999.
- _____. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 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*, [S.l.], ano XX, n.42, abr./jun. 1981.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BERCOVICI, Gilberto. *Direito econômico do petróleo e dos recursos minerais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Novos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- BOUCHER, Joseph W. *Drafting LLC and partnership agreements*. Costa Mesa, CA: James Publishing, Inc., 2011.
- BRASIL. Decreto Presidencial nº. 8.063, de 01º 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*, Poder Executivo, Brasília, DF, 02 ago. 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 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.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Coimbra*: Almedina, 2006.

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

COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer dado em resposta à consulta formulada por Instituto de Registro de Títulos e Documentos e de Pessoas Jurídicas do Brasil, o Centro de Estudos e Distribuição de Títulos e Documentos de São Paulo, o Registro Civil das Pessoas Jurídicas do Rio de Janeiro sobre o alcance de alguns dos dispositivos do novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) atinentes ao direito de empresa que dizem respeito ao registro das sociedades simples*, em 06 de agosto de 2003.

COLMENTER, Ricardo; ENRÍQUEZ, David. *International oil and gas transactions in Latin America*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Wille Duarte. Empresa e empresário. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 49, 2006.

CUNHA, Thadeu Andrade da. O contrato com cláusula de risco para a exploração de petróleo no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 127.

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

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

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

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

FERNÁNDEZ Y FERNÁNDEZ, Eloi; PEDROSA JÚNIOR, Oswaldo A.; PINHO, Antonio Correia de. *Dicionário do petróleo em língua portuguesa: exploração e produção de petróleo e gás uma colaboração Brasil, Portugal e Angola*. Rio de Janeiro: Lexicon PUC-Rio, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FLANNIGAN, Robert. The Joint Venture Fable. *American Journal of Legal History*, [S.l.], v. 50, p. 200, 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1604084>>. Acesso em: 15 out. 2012.

FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial I: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAZÃO, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

GAMBARO, Carlos Maria. O contrato internacional de joint venture. *Revista de Informação Legislativa*, [S.l.], v. 37, n. 146, abr./jun. de 2000.

GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2008.

GOLVALA, Charez. *Upstream joint ventures – bidding and operating agreements. In Oil and Gas: A Practical Handbook*. London: Globe Law and Business, 2009.

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

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HAVRO, Gøril; SANTISO, Javier. *Benefiting the Resource Rich: How Can International Development Policy Help Tame the Resource Curse?* In IDS Working Paper 355, Brighton: Institute of Development Studies, 2011.

HOOD, Alisa Newman. *We shale overcome? A US court issues an unsettling decision on Marcellus property rights* in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 1, London: Oxford University Press, 2012.

HYNES, J. Dennis e LOEWENSTEIN, Mark J. *Agency, partnership and the LLC in a nutshell*, St. Paul, MN: West Publishing Co., 2008.

JOFFÉ, George; STEVENS, Paul; GEORGE, Tony; LUX, Jonathan e SEARLE, Carol. *Expropriation of oil and gas investments: Historical, legal and economic perspectives in a new age of resource nationalism* in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 2, No. 1, London: Oxford University Press, 2009.

KRONMAN, G.; FELIO, D.; O'CONNOR, T. *International oil and gas ventures: a business perspective*, Tulsa: AAPG, 2000.

LIMA, Haroldo. *Petróleo no Brasil: a situação, o modelo e a política atual*. Rio de Janeiro: Synergia, 2008.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *As Joint Ventures*. *Revista de Direito Renovar*, Rio de Janeiro, v. 1, jan./abr. 1995.

LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E. *Cases and materials on oil and gas law*. St. Paul: West Publishing Co., 2007.

MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger* in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, São Paulo: Saraiva, 1988.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Instituições de direito civil*, vol. III, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PINTO, Gabriela Engler. *Upstream Oil and Gas Legal Frameworks: Brazil and the United States Compared* in 115 W. Va. L. Rev. 975, 2013.

PIQUET, Rosélia (org.). *Mar de riqueza, terra de contrastes: o petróleo no Brasil*. Rio de Janeiro: Mauad X FAPERJ, 2011.

PIRES, Paulo Valois. *A evolução do monopólio estatal do petróleo*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2000.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1988.

QUINTANS, Luiz Cezar (coord.). *Contratos de Petróleo: Concessão & Partilha: Propostas e leis para o Pré-sal*. Niterói: Benício Biz, 2011.

QUINTAS, Humberto; QUINTANS, Luiz Cezar P. *A história do petróleo: no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2009.

REQUIÃO, Rubens. A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, 1959. Disponível em <[http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/24814/T%20%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. *Curso de direito comercial*, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de direito comercial*, 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBEIRO, M. C. P. *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*. 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.

ROSZKOWSKI, Mark. E. *Business Law: principles, cases and policy*, West Publishing Co., 2006.

RUGGIERO. *Instituições de direito civil*, vol. I, Campinas: Bookseller, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, São Paulo: Malheiros, 2011.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SINDING, Knud. *Auctions and Discretion in Oil And Natural Gas Licensing*. Dundee: Centre for Energy, Petroleum & Mineral Law and Policy, 1999.

SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*. Rex G. Baker Centennial Chair in Natural Resources Law University of Texas School of Law Austin, Texas, 2006.

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

SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S. *A Fifty-Year Perspective on World Petroleum Arrangements*. 24 Texas International Law Journal, 13, 1989.

SOUSA, Francisco José Rocha de. *A cessão onerosa de áreas do pré-sal e a capitalização da Petrobrás*, Consultoria Legislativa, Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/6006/cessao_onerosa_souza.pdf?sequence=1>. Acesso em 07 mar. 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Antônio Cícero Cassiano. *Nacionalismo: ideologia e política no Brasil (1953-1964)*. Rio de Janeiro, Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Rio de Janeiro, 1993.

SOUZA, Ruy de. *O Direito das empresas – Atualização do Direito Comercial*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1959.

SZTAJN, Rachel. *Associações e sociedades: semelhanças e distinções à luz da noção de contrato plurilateral* in Revista de Direito Privado, n.º 21, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. *Terá a personificação das sociedades função econômica?* In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 100, São Paulo: Serviço Técnico de Imprensa, 2005.

TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government in Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 3, London: Oxford University Press, 2012.

TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

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

THURBER, Mark C.; ISTAD, Benedicte Tangen. *Norway's evolving champion: Statoil and the politics of state enterprise*. Disponível em: <http://iis-db.stanford.edu/pubs/22919/WP_92%2C_Thurber_and_Istad%2C_Statoil%2C_21May2010.pdf>. Acesso em 20 jun. 2013.

TOLMASQUIN, Maurício Tiommo. *Marcos regulatórios da indústria mundial do petróleo*. Rio de Janeiro: Synergia: EPE, 2011.

VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

VILLOTA, Camilo Ernesto e GIL, Catalina Velásquez. *Contratos de producción compartida in international oil and gás transactions in Latin America in International oil and gas transactions in Latin America*, Cidade do México: Editorial Porrúa, 2011.

WEAVER, Jacqueline Lang, *Can Energy Markets be Trusted? The Effect of the Rise and Fall of Enron on Energy Markets in Houston Business and Tax Law Journal*, Vol. 4, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=471942>>. Acesso em 20 jun. 2012.

WEBSTER, Sam. *The new AIPN 2012 model form Joint Operating Agreement—what's new?* Disponível em: <<http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>>. Acesso em 20 jun. 2013.