



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



**VICTOR ALVES DOS SANTOS**

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO NA  
INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL:**

**Expressão no plano jurídico transnacional, cláusulas típicas e estudo de casos**

Dissertação de Mestrado

Recife

2018

**VICTOR ALVES DOS SANTOS**

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO NA  
INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL:**

**Expressão no plano jurídico transnacional, cláusulas típicas e estudo de casos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Transformações do Direito Privado

Linha de Pesquisa: Relações Contratuais Internacionais

Orientador: Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem

Co-orientador: Prof. Dr. Paul Hugo Weberbauer

Recife

2018

Catálogo na fonte

Bibliotecária Ana Cristina Vieira CRB4-1736

S237c

Santos, Victor Alves dos.

Contratos internacionais de partilha de produção na indústria do petróleo e do gás natural: expressão no plano jurídico transnacional, cláusulas típicas e estudo de casos / Victor Alves dos Santos. – 2018.

82 f.

Orientador: Aurélio Agostinho da Bôaviagem.

Co-orientador: Paul Hugo Weberbauer.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2018.

Inclui referências.

1. Direito Empresarial - Brasil. 2. Direito Internacional.  
3. Direito Comparado. 4. Empresas. I. Bôaviagem, Aurélio Agostinho da (Orientador). II. Weberbauer, Paul Hugo (Co-orientador). III. Título.

346.81065 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2019-17)

**VICTOR ALVES DOS SANTOS**

**CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO NA  
INDÚSTRIA DO PETRÓLEO E DO GÁS NATURAL:**

**Expressão no plano jurídico transnacional, cláusulas típicas e estudo de casos**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas/Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em: 14/02/2019

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Aurélio Agostinho da Bôaviagem (Orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza (Examinadora Interna)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof. Dr. Paul Hugo Weberbauer (Examinador Interno)  
Universidade Federal de Pernambuco

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Wanilza Marques de Almeida Cerqueira (Examinadora Externa)  
Faculdade Nova Roma

## RESUMO

Com o advento da nova economia globalizada, as empresas com atividades transfronteiriças assumiram protagonismo na condução das relações comerciais internacionais, tornando-se verdadeiros "Estados informais", com suas próprias regras de governança e seus mecanismos de poder. Nesse cenário, os Estados nacionais têm sido compelidos a revisitar o conceito clássico de soberania para exercer esse atributo com novos contornos, capazes de garantir o diálogo de igual para a igual com a iniciativa privada, notadamente na seara dos contratos internacionais de comércio. A legislação brasileira, ainda que de forma incipiente, tem sinalizado a intenção do Governo Federal em se posicionar nesse sentido, o que pode ser verificado na regulação dos contratos internacionais de partilha de produção (PSCs ou PSAs, do inglês *Production Sharing Contracts* ou *Production Sharing Agreements*) na indústria de hidrocarbonetos, cujo arcabouço normativo prevê expressamente mecanismos de negociação e diálogo entre Poder Público e empresas transnacionais, típicos da esfera negocial privada. Partindo dessa premissa e tendo em vista a tendência de crescimento da celebração desse tipo de acordo em território nacional, ventilada pela promulgação da Lei Federal 13.365/2016, o presente trabalho tem por escopo analisar as particularidades dos PSCs por meio de estratégias de direito comparado (cotejo entre minutas contratuais nacionais e internacionais) e análises de casos concretos, com o fito de pormenorizar suas cláusulas típicas e seus elementos estruturais e conceituais básicos.

Palavras-chave: Direito internacional. Direito comercial. Contratos internacionais. Soberania. Lex mercatoria. Empresas transnacionais. Petróleo. Gás natural. Hidrocarbonetos. Contrato de partilha de produção. Cláusulas típicas.

## **ABSTRACT**

With the emergence of the new globalized economy, companies with cross-border activities have taken a leading role in the conduct of international trade relations, becoming true "informal states" with their own governance rules and power mechanisms. In this scenario, national states have been compelled to review the classic concept of sovereignty in order to exercise this attribute with new contours, capable of ensuring equal-to-equal dialogue with private initiative, notably in the area of international trade contracts. Brazilian legislation, although in an inceptive form, has signaled the intention of the Federal Government to position itself in this direction, which can be seen in the regulation of the international production sharing contracts in the oil industry, whose normative framework expressly foresees mechanisms of negotiation between public power and transnational corporations common to the private business sphere. Based on this premise and predicting the growing trend of celebration of this type of agreement in the national territory, encouraged by the enactment of the Federal Law 13.365/2016, the present work aims to analyze the particularities of the PSCs through Comparative Law strategies (comparison between national and international contractual models) and concrete case studies, with the purpose of detailing its standard clauses and their basic structural and conceptual elements.

**Keywords:** International law. Commercial law. International contracts. Sovereignty. Lex mercatoria. Transnational companies. Oil. Natural gas. Hydrocarbons. Production sharing contract. Standard clauses.

## LISTA DE SIGLAS

ANP	AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS
CBD	CUSTOS BÁSICOS DE DESENVOLVIMENTO
CNP	CONSELHO NACIONAL DO PETRÓLEO
CISG	<i>UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS</i> (CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS)
DD&A	<i>DEPRECIATION, DEPLETION AND AMORTIZATION</i> (TAXA DE DEPRECIAÇÃO, EXAUSTÃO E AMORTIZAÇÃO)
EUA	ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA
FOC	<i>FOREIGN OIL COMPANY</i> (COMPANHIA PETROLÍFERA ESTRANGEIRA)
GLP	GÁS LIQUEFEITO DE PETRÓLEO
ICC	<i>INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE</i> (CÂMARA INTERNACIONAL DO COMÉRCIO)
ICSID	<i>INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES</i> (CENTRO INTERNACIONAL PARA RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS)
NOC	<i>NATIONAL OIL COMPANY</i> (EMPRESA PETROLÍFERA ESTATAL)
OPEP	ORGANIZAÇÃO DOS PAÍSES EXPORTADORES DE PETRÓLEO
PDC	PLANO DE DESENVOLVIMENTO DE CAMPO
PEPS	<i>PETROLEUM ECONOMICS AND POLICY SOLUTIONS</i> (BANCO DE DADOS DO SETOR PETROLÍFERO)

PPD	PLANO PRELIMINAR DE DESENVOLVIMENTO
PSA	<i>PRODUCTION SHARING AGREEMENT</i> (ACORDO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO)
PSC	<i>PRODUCTION SHARING CONTRACT</i> (CONTRATO DE PARTILHA DE PRODUÇÃO)
UNCITRAL	<i>UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW</i> (COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL)
UNCTAD	<i>UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT</i> (CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE COMÉRCIO E DESENVOLVIMENTO)
UNIDROIT	<i>INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW</i> (INSTITUTO INTERNACIONAL PARA A UNIFICAÇÃO DO DIREITO PRIVADO)



## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
2	<b>ESTADOS SOBERANOS <i>VERSUS</i> EMPRESAS TRANSNACIONAIS: a “nova nova” dinâmica da <i>lex mercatoria</i> e a experiência dos contratos de partilha de produção petrolífera .....</b>	<b>18</b>
2.1	A “NOVA NOVA” DINÂMICA DA <i>LEX MERCATORIA</i> .....	21
2.2	OS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE PARTILHA DE PRODUÇÃO PETROLÍFERA E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA .....	25
3	<b>O PSC: esboço histórico e características .....</b>	<b>30</b>
3.1	ORIGEM .....	30
3.2	OS MARCOS LEGAIS BRASILEIROS .....	31
3.3	CARACTERÍSTICAS E ELEMENTOS BASILARES .....	34
3.3.1	<b>As partes .....</b>	<b>34</b>
3.3.2	<b>A produção bruta e o óleo-custo .....</b>	<b>35</b>
3.3.3	<b>O bônus de assinatura e os royalties .....</b>	<b>35</b>
3.3.4	<b>O óleo-lucro e as parcelas das partes .....</b>	<b>36</b>
4	<b>CLÁUSULAS TÍPICAS DO PSA .....</b>	<b>38</b>
4.1	O PREÂMBULO .....	38
4.1.1	<b>Caso prático: Wintershall (Alemanha), International Ocean Researchs (EUA) e Outros <i>versus</i> República do Qatar, julgado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional .....</b>	<b>40</b>
4.2	AS CLÁUSULAS DE RISCOS .....	41
4.2.1	<b>As cláusulas de <i>hardship</i> e de força maior .....</b>	<b>45</b>
4.2.2	<b>Caso prático: NOC (Governo da Líbia) <i>versus</i> Libyan Sun Oil Company – Caso nº 4.462, da Câmara Internacional do Comércio .....</b>	<b>49</b>
4.3	AS CLÁUSULAS DE GARANTIAS .....	50
4.4	AS CLÁUSULAS DE ÓLEO-CUSTO .....	52

4.4.1	<b>Caso prático: República da Índia <i>versus</i> Cairn Energy India LTDA &amp; Ravva Oil Pte Ltd .....</b>	<b>55</b>
4.5	AS CLÁUSULAS DE REPARTIÇÃO DE LUCROS .....	56
4.6	AS CLÁUSULAS TÉCNICAS .....	58
4.7	AS CLÁUSULAS PENAIS .....	60
4.8	AS CLÁUSULAS DE CESSÃO .....	60
4.8.1	<b>Caso prático: Saba <i>versus</i> República do Yemen, julgado pela Câmara Internacional do Comércio .....</b>	<b>61</b>
4.9	AS CLÁUSULAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS .....	62
4.10	AS CLÁUSULAS DE VIGÊNCIA E EXTINÇÃO .....	65
4.10.1	<b>Caso prático: <i>joint venture</i> norte-americana <i>versus</i> Estado W – Caso Confidencial nº 14.108, da Câmara Internacional do Comércio .....</b>	<b>68</b>
4.11	A CLÁUSULA DE ESTABILIZAÇÃO .....	69
4.11.1	<b>Caso prático: AGIP <i>versus</i> República do Congo – Caso nº ARB/77/1, do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos .....</b>	<b>70</b>
4.12	AS CLÁUSULAS AMBIENTAIS .....	70
4.12.1	<b>Caso prático: a disputa do campo de Kashagan .....</b>	<b>71</b>
5	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>72</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>75</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Com o fim da 2ª Guerra Mundial, os Estados nacionais passaram a nutrir uma preocupação especial no sentido de preservar a soberania sobre seus recursos minerais<sup>1</sup>. Nesse contexto, os países produtores de hidrocarbonetos buscaram garantir para si, através de mecanismos legislativos, a propriedade exclusiva sobre suas reservas petrolíferas, vendo-se às voltas, a partir daí, com dois sistemas de exploração possíveis e compatíveis com esse cenário: a concessão e a partilha de produção.

O conceito de partilha de produção, cujas raízes encontram-se no setor da agricultura, foi introduzido no campo da prospecção do petróleo e do gás natural pela primeira vez na década de 1960, na Indonésia<sup>2</sup>. Enquanto no modelo de concessão o Estado hospedeiro outorga a uma empresa privada o direito de explorar livremente determinada área por sua conta e risco, exigindo como contrapartida, no caso de sucesso da prospecção, tão-somente o pagamento de compensações (*royalties*) e participações (*government takes*) financeiras<sup>3</sup> – enquanto a companhia petrolífera assume a propriedade integral do óleo ou do gás natural encontrado –, no regime de partilha de produção o país produtor confia à empresa investidora apenas a responsabilidade sobre a condução dos trabalhos de exploração, sem lhe transmitir qualquer direito sobre a propriedade do subsolo. Assim, em caso de êxito na prospecção, a companhia petrolífera é contemplada com uma parcela do petróleo ou do gás natural minerado, a título de ressarcimento pelos custos da operação (*cost oil*) e de lucro remuneratório (*profit oil*)<sup>4</sup>, ficando o Estado hospedeiro livre para comercializar o excedente, de sua propriedade. O economista Kirsten Bindemann nos fornece uma das definições doutrinárias mais completas acerca dos PSCs/PSAs (contratos de partilha de produção, do inglês *Production Sharing Contracts* ou *Production Sharing Agreements*):

Em um PSA, o Estado, na condição de proprietário dos recursos minerais, contrata uma companhia petrolífera internacional (FOC, do inglês Foreign Oil Company) para fornecer o arcabouço técnico-financeiro necessário às operações de exploração e produção. O Estado é tradicionalmente

<sup>1</sup> BNDES. **Relatório I – Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo**. São Paulo: Bain & Company, 2009, p. 232-233.

<sup>2</sup> JOHNSTON, Daniel. **International petroleum fiscal systems and production sharing contracts**. Tulsa: PennWell Publishing Company, 1994, p. 39-40.

<sup>3</sup> MELLO, Felipe Macieira de. **Regime de concessões vs. regime de partilha de produção: impactos para exploração de petróleo**. Disponível em: [http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/FELIPE\\_MACIEIRA\\_DE\\_MELLO.pdf](http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/FELIPE_MACIEIRA_DE_MELLO.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>4</sup> BASTOS, Ricardo Fagundes; SENA, Richard Almeida de. **Uma análise comparativa entre os modelos de concessão e de partilha do setor petrolífero**. Disponível em: <http://www.monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10001516.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

representado pelo Poder Executivo ou por uma de suas agências, como a empresa petrolífera nacional (NOC, do inglês National Oil Company). A FOC adquire o direito a uma parcela dos hidrocarbonetos produzidos, como recompensa pelo risco assumido e pelos serviços prestados. O Estado, contudo, mantém-se como proprietário do petróleo produzido, sujeito apenas ao limite previsto como cota de direito da parte contratante. O governo (ou sua NOC), via de regra, possui a opção de participar do processo de exploração e desenvolvimento em diversos aspectos. Ademais, os PSAs frequentemente prevêm a criação de um comitê conjunto, composto por representantes de ambas as partes, responsável pelo monitoramento das operações.<sup>5</sup>

Daí dizer-se que a adoção do sistema de partilha de produção, em detrimento ao modelo de concessão, representa muito mais uma vantagem política do que financeira para o Estado nacional, na medida em que o país detentor das reservas assume papel ativo na condução da atividade petrolífera, tipicamente estratégica. Nas palavras de Daniel Johnston:

À primeira vista, os sistemas de partilha de produção e de concessão parecem ser significativamente diferentes. Embora eles, de fato, possuam grandes diferenças simbólicas e filosóficas, essas servem mais a funções políticas do que a qualquer outra coisa. A terminologia é certamente distinta, mas tais sistemas, na realidade, não são tão diferentes do ponto de vista financeiro. Existe uma ideia geral de que os PSCs são mais complexos e onerosos que o sistema de concessões, porém essa não é uma generalização justa. Há bastante diversidade em ambos os lados.

[...]

A medida que mais países abrem suas portas à indústria do petróleo, eles têm utilizado os PSCs em detrimento dos sistemas de concessão. Os custos da maioria dos sistemas são amortizados a partir do início da produção, e as taxas de depreciação são a outra principal limitação à taxa de recuperação dos recursos financeiros empregados. Isso vale para todos os sistemas fiscais que exigem capitalização de custos.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> BINDEMANN, Kirsten. **Production-sharing agreements: an economic analysis**. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 1999, p. 01. Tradução livre. No original: “Under a PSA the state as the owner of mineral resources engages a foreign oil company (FOC) as a contractor to provide technical and financial services for exploration and development operations. The state is traditionally represented by the government or one of its agencies such as the national oil company (NOC). The FOC acquires an entitlement to a stipulated share of the oil produced as a reward for the risk taken and services rendered. The state, however, remains the owner of the petroleum produced subject only to the contractor's entitlement to its share of production. The government or its NOC usually has the option to participate in different aspects of the exploration and development process. In addition, PSAs frequently provide for the establishment of a joint committee where both parties are represented and which monitors the operations”.

<sup>6</sup> JOHNSTON, Daniel. *Op. cit.*, p. 39-40. Tradução livre. No original: “At first PSCs and concessionary systems appear to be quite different. They have major symbolic and philosophical differences, but these serve more of a political function than anything else. The terminology is certainly distinct, but these systems are really not that different from a financial point of view. There is a general view that PSCs are more complex and onerous than concessionary systems. This is not a fair generalization. Too much diversity exists on both sides. [...] As more countries open their doors to the petroleum industry, they are using the PSC as opposed to concessionary systems. The costs under most systems are amortized beginning with production startup. Depreciation rates are the other primary limitation to the rate of recovery of capital costs. This is true for all fiscal systems that require capitalization of costs”.

A técnica de construção dos PSCs é de fundamental importância, na medida em que o resultado das possíveis combinações entre parâmetros técnicos e cláusulas contratuais, via de regra, determina a forma como o Estado hospedeiro usufruirá do retorno financeiro futuro, maximizando-o ou minorando-o. Nesse sentido é a lição de Ali Yassine, Bacle Maddah e Najat Younes:

Um bom PSC é aquele que possui a melhor combinação de parâmetros. Portanto, para fixação dessa combinação satisfatória, tanto o efeito quanto a importância de cada um desses parâmetros devem ser bem conhecidos — particularmente, sua contribuição para a estratégia petrolífera nacional. Por exemplo, quando a prioridade do governo é receber um fluxo de capital regular, independentemente da lucratividade do projeto, bônus de assinatura e *royalties* devem ser elevados. Por outro lado, governos que desejam grandes lucros potenciais devem almejar altas taxas de partilha da produção.<sup>7</sup>

Basicamente, as variáveis técnico-contratuais que possuem maior influência sobre os resultados práticos de um PSA são os custos ressarcíveis (*cost recovery*), o método de partilha do óleo-lucro (*profit oil split*) e a taxa aplicável sobre a renda auferida (*applicable income tax*)<sup>8</sup>.

O controle desses elementos incumbe a cláusulas contratuais muito específicas, as quais, em regra, disciplinam o lapso temporal de recuperação dos custos de prospecção, garantem a neutralidade e a flexibilidade do procedimento de divisão dos lucros, e estabilizam os efeitos fiscais do pacto. Miguel Soares Branco detalha a natureza e o objetivo dessas disposições:

As disposições relativas à recuperação de custos desempenham um papel importante na consecução das prioridades nacionais, uma vez que podem permitir que o petróleo-lucro se torne imediatamente disponível após o início da produção. Do ponto de vista de um investidor, considerando o valor do capital no tempo e a economia do fluxo de caixa, é importante recuperar os custos o mais rápido possível. Inversamente, uma recuperação alta ou ilimitada de custos pode minar as expectativas do governo de receitas antecipadas e adiar a disponibilidade de petróleo lucrativo. [...]

A partilha de produção de petróleo entre as partes contratantes é particularmente dependente das regras do acordo individual. A fim de

<sup>7</sup> MADDAH, Bacle; YASSINE, Ali; YOUNES, Najat. On structuring offshore hydrocarbon production sharing contracts: Lebanon's case. **The Journal of World Energy Law & Business**. Oxford, n. 06, p. 83-106, 2013. Tradução livre. No original: "A good PSC is the one having the best combination of parameters. Therefore, in order to determine a good combination of these PSC parameters, the effect and importance of each of these parameters in a PSC should be well recognized; particularly, their contribution to the national petroleum strategy. For example, when the concern of the government is to receive a guaranteed cash flow regardless of the profitability of the project, signature bonus and royalty should be high. On the other hand, governments seeking high potential profitability should require high profit share and tax".

<sup>8</sup> NAKHLE, Carole. **Petroleum taxation sharing the oil wealth: a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow**. London: Routledge, 2008, p. 46.

assegurar os objetivos dos países em desenvolvimento e fornecer subsídios para o investimento estrangeiro, o método de partilha de produção deve ser neutro, não afetando as decisões de investimento, e flexível, de modo a acomodar, entre outros, a volatilidade do preço do petróleo e custos inesperados de produção. Se o Estado contratante se dispõe a aplicar um controle efetivo sobre os recursos, o lucro da divisão do petróleo deve ser estruturado de modo a atingir o valor agregado do projeto. O valor agregado é uma característica intrínseca da produção de petróleo, e deve pertencer ao país que possui os recursos.

Quanto à tributação, ambas as partes estão sujeitas a qualquer lei do país contratante que preveja impostos sobre o rendimento do petróleo. A esse respeito, considerando a duração típica dos investimentos a longo prazo, os PSAs podem conter “cláusulas de estabilização”, congelando a taxa do imposto sobre o lucro vigente no momento da assinatura do contrato, a fim de salvaguardar os investidores de que futuras mudanças estatutárias não serão aplicáveis aos rendimentos derivados do contrato. As cláusulas de estabilização também buscam impedir que o governo promulgue novas legislações que modifiquem, parcial ou completamente, os termos do acordo.<sup>9</sup>

Para além desses conceitos norteadores gerais, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio do artigo 29 da Lei 12.351/2010<sup>10</sup>, prevê um rol mínimo de disposições essenciais aos contratos de partilha de produção de hidrocarbonetos, dentre as quais é possível destacar a cláusula de arbitragem, de largo uso na experiência internacional – assumindo papel relevante na estrutura dos PSCs, conforme ensinam Alexandre Ricardo Machado e Edson Ricardo Saleme:

No âmbito da indústria do petróleo, as companhias tradicionais, especialmente aquelas frequentemente envolvidas em joint ventures, buscam resolver amigavelmente as suas controvérsias, evitando processos arbitrais e

---

<sup>9</sup> BRANCO, Miguel Soares. **Product sharing agreements - legal blessing or curse for developing countries?** International Energy Law Review. 2012, London, n. 04, p. 147-150. Tradução livre. No original: “Cost recovery provisions play an important role in achieving developing countries' priorities, as they may allow profit oil to become immediately available once production starts. From an investor's perspective, considering time value of money and cash-flow economics, it is important to recover costs as soon as they have been made. Inversely, a high or unlimited cost recovery may undermine government's expectations of early revenues and postpone the availability of profit oil. [...]”

The sharing of oil production between the contracting parties is particularly dependent on the rules of the individual agreement. In order to secure developing countries' objectives and provide grounds for foreign investment, the production sharing method should be neutral, not affecting investment decisions, and flexible, as to accommodate, amongst others, oil price volatility and unexpected production costs. If an effective control over resources is to be retained by the host state, the profit oil split must be structured so as to target the economic rent of the project. Rents are an intrinsic feature of oil production and should belong to the country that possesses the resources.

As to taxation, both contracting parties are subjected to any law of the host country that imposes tax on petroleum income. In this regard, considering the typical long-term duration of investments, PSAs may contain “stabilisation clauses”, freezing the rate of the applicable income tax prevailing at the time the contract was signed, as to safeguard investors that future statutory changes would not be applicable to income derived from the contract. The same is to say that stabilisation clauses seek to prevent the government from enacting new legislation that partially or completely changes the terms of the agreement”.

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

judiciais, com o objetivo de favorecer o desenvolvimento de futuras parcerias. Esse comportamento justifica-se em razão do alto risco exploratório, dos vultosos custos iniciais e do longo prazo de retorno dos investimentos associados às atividades da indústria petrolífera. O setor do petróleo propicia, por isso, diferente de outros setores econômicos, a associação de empresas com vistas a conjugar esforços no sentido de dividir riscos e aperfeiçoar investimentos.

Ademais, a complexidade técnica dos acordos e contratos existentes na indústria do petróleo, bem como a diversidade dos regimes jurídicos das pessoas envolvidas, favorece o emprego da arbitragem, uma vez que o processo arbitral pode ser considerado um esforço colaborativo das partes e do árbitro em busca de celeridade e de confidencialidade na resolução de controvérsias sobre questões especializadas.<sup>11</sup>

A descoberta das reservas minerais da camada geológica popularmente conhecida como pré-sal, no ano de 2007, fez o Brasil experimentar um movimento de guinada em seus números de produção de petróleo e gás natural, despontando no cenário econômico mundial como uma nova potência energética em ascensão.

Nesse contexto, a falta de *expertise* no trato com esse tipo de atividade econômica levou o Estado brasileiro a experimentar incertezas no tocante ao modelo mais adequado para intensificação da exploração de suas reservas petrolíferas, de modo que as prospecções iniciais do pré-sal se deram sob o regime de concessão, até o ano de 2010, quando um novo marco legal (Lei 12.351/2010) trouxe consigo a adoção do regime de partilha de produção. Segundo Heloisa Valença Cunha:

Com a mudança de paradigma no setor Brasileiro, imbuída da autossuficiência de petróleo, adquirida entre 2005 e 2006 e das descobertas nas camadas do Pré-sal no Brasil, em meados de 2007, vislumbrou-se a necessidade de alteração do marco regulatório existente até então, para regular esse novo insumo energético de interesse mundial, a fim de garantir uma maior participação nessas atividades.<sup>12</sup>

A rigidez do novel arcabouço normativo, contudo, fez com que, em cerca de 06 (seis) anos de vigência, apenas um contrato de partilha de produção tenha sido assinado pelo Estado brasileiro para exploração das reservas petrolíferas da camada pré-sal, frustrando até mesmo os mais otimistas.

Considerando que a explicação para tal fato encontrar-se-ia na rigidez das disposições normativas (notadamente, a obrigatoriedade da companhia estatal Petrobras ser a operadora

<sup>11</sup> MACHADO, Alexandre Ricardo; SALEME, Edson Ricardo. Arbitragem nos contratos de concessão e partilha de produção no *upstream* brasileiro. In: BERGAMASCHINE, Jamile; MAILLART, Adriana Silva (coord.). **Justiça mediática e preventiva**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 76-77.

<sup>12</sup> CUNHA, Heloisa Valença. Contrato de partilha de produção: um novo marco regulatório no cenário petrolífero brasileiro. **Revista Direito E-nergia**. Natal, vol. 08, p. 79-108, 2014.

única e possuir participação mínima de 30% nos consórcios formados para exploração de blocos licitados), foi promulgada em 29 de novembro de 2016 a Lei Federal 13.365/2016, que torna facultativa a participação da Petrobras no processo exploratório, conferindo à empresa tão-somente direito de preferência, nos termos de uma nova redação prevista para o art. 4º da Lei 12.351/2010, a saber:

Art. 4º O Conselho Nacional de Política Energética (CNPE), considerando o interesse nacional, oferecerá à Petrobras a preferência para ser o operador dos blocos a serem contratados sob o regime de partilha de produção.

§ 1º A Petrobras deverá manifestar-se sobre o direito de preferência em cada um dos blocos ofertados, no prazo de até 30 (trinta) dias a partir da comunicação pelo CNPE, apresentando suas justificativas.

§ 2º Após a manifestação da Petrobras, o CNPE proporá à Presidência da República quais blocos deverão ser operados pela empresa, indicando sua participação mínima no consórcio previsto no art. 20, que não poderá ser inferior a 30% (trinta por cento).<sup>13</sup>

Com os primeiros anos de vigência da Lei 13.365/2016, um novo cenário se avizinha: a aprovação de regras mais flexíveis traz consigo a tendência de que companhias estrangeiras voltem sua atenção para o mercado de hidrocarbonetos brasileiro. Diante dessa perspectiva e da escassez de produções doutrinárias nacionais específicas, exsurge uma demanda crescente por conhecimento técnico-jurídico para elaboração e interpretação dos contratos de partilha de produção, a serem firmados pelo Governo Federal. Acerca desse aspecto, leciona Felipe Macieira de Mello:

Um regime contratual é constituído por diversas características que fazem parte da estrutura político-econômica do Estado. Algumas podem ser apontadas como as mais importantes para delinear a forma como o Estado coordena as atividades de petróleo e se relaciona com as empresas exploradoras:

- Propriedade dos hidrocarbonetos
- Agentes governamentais envolvidos
- Fases contratuais
- Encargos das companhias e do Estado
- Contrapartidas recebidas pelas companhias
- Mecanismos de escolha e contratação das companhias
- Controles e limites de comercialização
- Mecanismos de controle da produção<sup>14</sup>

Destarte, com a perspectiva de crescimento do interesse de companhias estrangeiras no setor de hidrocarbonetos brasileiro (e, conseqüentemente, da assinatura de novos contratos de

<sup>13</sup> BRASIL. Lei 13.365, de 29 de novembro de 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>14</sup> MELLO, Felipe Macieira de. *Op. cit.* p. 11.



partilha de produção em território nacional), trazida pela iminente flexibilização do arcabouço normativo aplicável à indústria de hidrocarbonetos, a correta compreensão das nuances e das peculiaridades dos PSCs é medida que se impõe – e que passa, necessariamente, por estudos de direito comparado acerca da experiência concreta de países com tradição na área, a exemplo da Indonésia, do Quênia e da Tanzânia. Respectivamente, acerca da vanguarda e do *know-how* dessas nações no trato com contratos internacionais de partilha de produção petrolífera, lecionam Daniel Johnston, Karembu Antony Njeru e Zitto Kabwe:

Compreender o atual PSC indonésio e como ele evoluiu leva a um bom entendimento acerca dos PSCs e aos fundamentos de todos os sistemas contratuais em geral. Há várias razões para isso, sendo a mais óbvia o fato de que os primeiros PSCs foram ali assinados em 1966. Desde então, a Indonésia tem sido um dos países mais ativos no Sudeste Asiático, abrangendo quase metade de todas as empresas contratadas/licenciadas da região. Havia mais de 50 companhias em operação na Indonésia, e mais de 100 PSCs foram assinados em seu território até 1994. Como muitas empresas atuaram da Indonésia, esse é um dos sistemas mais conhecidos do mundo. A maioria dos negociadores trabalhou em mais de uma safra dos PSCs indonésios. Ele continuará funcionando como um modelo para todos os outros.<sup>15</sup>

Antes de 1981, tanto a exploração quanto a produção eram realizadas sob um sistema de royalties/impostos que estava previsto no Capítulo 306 da Lei de Mineração. No entanto, o Quênia mudou para um sistema baseado em PSCs após a promulgação da Lei de Exploração e Produção de Petróleo em 1982. O Quênia é conhecido por possuir um dos regimes fiscais mais rigorosos da África, em virtude da alta taxa de participação do Poder Público e da sua classificação como uma área de fronteira, onde ainda não há outras descobertas comerciais relevantes.<sup>16</sup>

Na Tanzânia, a exploração e a produção petrolífera são regidas pela Lei (de Exploração e Produção) do Petróleo de 1980. Observe que quando o termo "petróleo" é utilizado, ele pode se referir tanto ao petróleo quanto ao gás natural. A lei de 1980 permite que o governo assine PSAs, sob a égide dos quais é conferido a uma companhia petrolífera o direito de explorar e produzir petróleo. Os recursos são de propriedade do Estado, enquanto as licenças são

<sup>15</sup> JOHNSTON, Daniel. *Op. cit.*, p. 71. Tradução livre. No original: "Understanding the current Indonesian PSC and how it evolved leads to good general understanding of PSCs and the foundation of all contractual systems. There are a number of reasons for this, the most obvious one being that the first PSCs ever were signed there in 1966. Since then Indonesia has been one of the most active countries in Southeast Asia with nearly half of all contractors/licenses in the region. There were over 50 operating companies in Indonesia, and over 100 PSCs had been signed there by 1994. Because so many companies have participated in Indonesia, it is one of the best-known systems in the world. Most negotiators have worked their way through more than one vintage of the Indonesian PSC. It will continue to function as a model for all others".

<sup>16</sup> NJERU, Karembu Antony. **Kenya oil & gas fiscal regime: an economic analysis on attainment of the government objectives.** Disponível em: <http://www.eisourcebook.org/cms/February%202016/Kenya%20oil%20and%20gas%20fiscal%20regime%20study%20work%20ch7.pdf>. Acesso em: 21/08/2018. Tradução livre. No original: "Prior to 1981, exploration and production was carried out under a Royalty/Tax based system that was provided for under the Mining Act, Cap 306. However, Kenya changed to a PSC based system after the enactment of the Petroleum Exploration and Production Act in 1982. Kenya is considered to have one of the toughest fiscal regimes in Africa because of its high government take and its classification as a frontier area where no commercial discoveries are yet to be made".

concedidas à companhia paraestatal Tanzania Petroleum Development Corporation (TPDC). O governo (o Estado), em nome do povo da Tanzânia, e a TPDC contratam uma empresa privada do ramo de petróleo e gás para explorar e desenvolver o referido recurso. Esse sistema é fundamentalmente diferente daquele empregado no setor de mineração convencional, onde uma companhia privada (um investidor) possui o direito de prospectar e desenvolver a mina e, em seguida, possivelmente firmar um Acordo de Desenvolvimento Mineral nos termos da Lei de Mineração de 2010.<sup>17</sup>

Assim, não há dúvidas de que, no campo das relações contratuais internacionais de interesse do Estado brasileiro, os acordos de partilha de produção do petróleo e do gás natural assumem relevante papel de destaque, na medida em que se vinculam a setor econômico tipicamente estratégico e fazem parte de projetos negociais atuais e futuros da nação.

---

<sup>17</sup> KABWE, Zitto. **Oil and gas: fiscal challenges of Tanzania's production sharing agreements**. Disponível em: <https://zittokabwe.wordpress.com/2014/09/03/oil-and-gas-fiscal-challenges-of-tanzanias-production-sharing-agreements-psas-tanzania-statoil-deal-statoilasa-exxonmobil-noradno/>. Acesso em: 21/08/2018. Tradução livre. No original: "In Tanzania, petroleum exploration and development is governed by the Petroleum (Exploration and Production) Act of 1980. Note that when the term 'petroleum' is used, it can refer to both oil and gas. The 1980 act permits the government to enter into PSAs under which an oil and gas company is given a contract to explore for, and produce, petroleum. Resources are owned by the state whereby licenses are granted to the parastatal Tanzania Petroleum Development Corporation (TPDC). The government (the State), on behalf of the people of Tanzania, and TPDC contracts a private oil and gas company to explore and develop the said resource. This arrangement is fundamentally different from that in the conventional mining sector whereby a private company (an investor) is given the right to prospect and develop the mine and then a possibility of a Mineral Development Agreement as per the Mining Act of 2010".

## 2 ESTADOS SOBERANOS *VERSUS* EMPRESAS TRANSNACIONAIS: a “nova nova” dinâmica da *lex mercatoria* e a experiência dos contratos de partilha de produção petrolífera

No campo jurídico, quando falamos em relações contratuais internacionais de comércio, a primeira coisa que nos vem à mente são os pactos firmados entre particulares (em geral pessoas jurídicas) para obtenção de bens ou serviços, de forma onerosa. Em outras palavras, empresas negociando entre si, numa relação com fluxo de capital que transcende o território de uma única nação.

Essa concepção remete às próprias raízes do direito privado (o *jus civile* romano), levadas a cabo na Idade Média pelos mercadores (burgueses) na sedimentação de práticas comerciais entre compradores e vendedores, práticas estas que se difundiram e se aperfeiçoaram ao longo da Idade Moderna e da contemporaneidade – formando a denominada *lex mercatoria*, termo pioneiramente utilizado por Gerard Malynes no longínquo ano de 1622, segundo o qual

Todo homem sabe, que para formas e prescrições, há grandes diversidades entre todas as nações, mas para os costumes observados no curso do tráfico e do comércio, há aquela simpatia, concordância e acordo, o que pode ser dito para ser condição para todas as pessoas, difundida e espalhada pela razão correta, e pelo instinto natural permanente. E esses costumes são propriamente aquelas observações que os comerciantes mantêm entre eles mesmos. E essa Lei dos Comerciantes até então observada em todos os países, em relação ao comércio deveria ser estimada e realizada assim como a Lei das Doze Tábuas foi entre os Romanos. Por esses motivos todas as coisas serão encontradas construídas sobre as fundações da Razão e da Justiça.<sup>18</sup>

Ocorre que, no novo cenário da economia globalizada, novos atores passaram a assumir tanta relevância quanto os entes privados tipicamente envolvidos nas relações negociais: os Estados nacionais, que se viram inevitavelmente compelidos a se introduzir no “jogo” do comércio transfronteiriço.

---

<sup>18</sup> MALYNES, G. *Consuetudo vel lex mercatoria or the ancient law merchant*. London: Adam Islip, 1622, p. 03. *Apud* BERGER, Klaus Peter. The creeping codification of the *lex mercatoria*. Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 01. Tradução livre. No original: “Every man knoweth, that for Manners and Prescriptions, there is great diversitie amongst all Nations: but for the Customs observed in the course of trafficke and commerce, there is that sympathy, concordance and agreement, which may be said to be of like condition to all people, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually. And these customs are properly those observations which merchants maintaine betweene themselves. (...) and this Law of Merchants hitherto observed in all countries, ought in regard of commerce, to be esteemed and held to reputation as the Law of Twelve Tables was amongst the Romans. For herein you shall find everything built upon the foundations of Reason and Justice [...]”.

Isso porque a crise do direito antitruste, aliada à progressiva hipertrofia do poder econômico e político das empresas transnacionais, as transformou em verdadeiros “Estados sem fronteiras”, na terminologia de Javier Carrascosa González. Conforme aponta o eminente catedrático:

O Estado nacional está sufocado por forças econômicas internacionais que já não pode controlar. Esse *turbocapitalismo* (o capitalismo sem controle em escala planetária, na conhecida expressão de E. Luttwak), acaba com o Estado nacional em sua concepção tradicional (a “crise do Estado-nação”), como tem defendido a doutrina (J. Basedow, E. Jayme). É a ruptura do nexo fundamental *Estado - nação - mercado*. O poder reside, agora, nas grandes multinacionais, que podem pôr em xeque qualquer Estado [...].<sup>19</sup>

Se, por um lado, essas companhias e suas ramificações internacionais se imiscuem em esferas de influência econômica e política tipicamente atribuídas ao Poder Público, por outro, “o Estado Nacional, embora tenha entrado num longo processo de transformações vinculadas à globalização, ainda é um ator fundamental na economia mundial e apenas começa a sofrer limitações em sua soberania e em sua autonomia decisória”<sup>20</sup>.

Assim, o exercício da soberania dos Estados não mais se limita às relações institucionais governamentais. O diálogo com o setor privado internacional é uma demanda necessária e inevitável a qualquer país que deseje se inserir na dinâmica do comércio globalizado – e cujo ápice se materializa quanto Estado e empresa transnacional firmam entre si um vínculo contratual.

Segundo a lição de Luiz Olavo Baptista, a empresa transnacional é

[...] uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, a nacionalidade.<sup>21</sup>

O termo “transnacional” é preferível à denominação “multinacional” no cenário político-econômico atual, uma vez que “representa uma das características dessas corporações

<sup>19</sup> GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI. **Anales de Derecho (Universidad de Murcia)**. Murcia, n. 22, p. 17-58, 2004. Tradução livre. No original: “El Estado nacional está desbordado por fuerzas económicas internacionales que ya no puede controlar. Este turbocapitalismo (= el capitalismo sin control a escala planetaria, en la conocida expresión de E. LUTTWAK), acaba con el Estado nacional en su concepción tradicional (= es la “crisis del Estado-nación”), como ha señalado la doctrina (J. BASEDOW, E. JAYME). Es la ruptura del nexo fundamental Estado - nación - mercado (P. MERCADO PACHECO). El poder reside, ahora, en las grandes multinacionales, que pueden poner en jaque a un Estado [...]”.

<sup>20</sup> FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 40, n. 02, p. 38-50, 2000.

<sup>21</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

modernas: a habilidade de operar *entre* países e não simplesmente em vários deles de forma independente e autônoma”<sup>22</sup>. É essa, inclusive, a terminologia adotada pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), *in verbis*:

[...] a Empresa Transnacional (ETN) é geralmente considerada como uma empresa que compreende as entidades em mais de um país que operam sob um sistema de tomada de decisão que permite políticas coerentes e de uma estratégia comum. As entidades são tão ligadas, por posse ou não, que uma ou mais delas podem ser capazes de exercer uma influência significativa sobre os outros e, em particular, partilhar conhecimentos, recursos e responsabilidades com os outros.<sup>23</sup>

Durante muito tempo, os Estados adotaram uma excessiva postura de desconfiança e reticência em relação a essas companhias. Na terminologia de Jack Behrman, uma “síndrome de amor e ódio”<sup>24</sup>, uma vez que

A relação entre a Empresa Transnacional e o Governo [...] desagua num paradoxo, e tornou inevitável o contacto entre ambos. É desejado o relacionamento, pelo que traz de positivo. É repudiada a Empresa Transnacional, porque ameaça a própria existência e essência do Estado, expressos na sua soberania.<sup>25</sup>

Em outras palavras, a influência econômico-política exercida pela iniciativa privada a nível transnacional representava, aos olhos dos governantes, um meio de usurpação de parcela da soberania estatal.

Ocorre que a acepção de soberania – e, conseqüentemente, as possibilidades do seu exercício – é mutável, e assim deve ser enxergada pelos Estados. Por isso, segundo Jens Bartelson, "para além de pressupor que o conceito de soberania possui um significado atemporal ou universal, a doutrina mais recente tem focado nas mais variadas expressões desse conceito ao longo de diversos contextos históricos e políticos."<sup>26</sup>

Se, de um lado, a inevitável pressão das companhias transnacionais nos eixos estatais mitiga certas nuances da soberania nacional, do outro, os Estados têm a possibilidade de se

<sup>22</sup> IETO-GILLIES, Grazia. **Transnational corporations and international production: concepts, theories and effects**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005, p. 11. Tradução livre. No original: “[...] the adjective ‘transnational’ [...] represents one of the characteristics of this modern corporation: the ability to operate *across* countries and not just in many of them independently and autonomously”.

<sup>23</sup> UNCTAD *Apud* CARVALHO FILHO, José Carlos de. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 15, n. 1, p. 89-104, 2011.

<sup>24</sup> BEHRMAN, Jack N. **National interests and the multinational enterprises: tensions among the North Atlantic countries**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hal, 1970, p. 07.

<sup>25</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>26</sup> BARTELSON, Jens. **The concept of sovereignty revisited**. The European Journal of International Law. 2006, Firenze, v. 17, n. 2, p. 463-474. Tradução livre. No original: "Rather than presupposing that the concept of sovereignty has a timeless or universal meaning, more recent scholarship has focused on the changind meanings of this concept across a variety of historical and political contexts".

inserir nas relações mercantis internacionais com maior expressividade, atuando em prol de seus interesses econômicos e políticos – o “fio de prumo” da soberania apenas muda de posição.

Assim, a figura do Estado como *player* no campo comercial internacional é uma realidade que não pode ser ignorada, exercendo o Poder Público, nessa esfera, uma espécie de faceta privada (e ainda recente) do conceito de soberania. Como ensina Irineu Strenger:

A figura do “Estado comerciante”, hoje irrecusável, a proliferação das empresas públicas, nacionais e internacionais, os conglomerados de empresas, a grande penetração dos intercâmbios técnicos, os sistemas de cooperação internacional, os meios de comunicação e a participação generalizada de pessoas nos mercados nacionais e internacionais, seja a título de investimentos, ou de simples venda e compra, são pressupostos indispensáveis para o raciocínio teórico dos contratos internacionais.<sup>27</sup>

Essa peculiar expressão do conceito de soberania, denominada por Ivar Alvik de “soberania contratual”<sup>28</sup>, possibilita o reposicionamento estratégico dos Estados nacionais no cenário contemporâneo da economia de mercado globalizado, na medida em que permite ao Poder Público atuar diligentemente no sentido de garantir a consecução dos seus interesses através do diálogo negocial com a iniciativa privada.

Como consequência direta, não raro os contratos administrativos de comércio assumem, no contexto econômico neoglobal, uma faceta *praeter* pública<sup>29</sup>: suplantam os limites clássicos da atuação governamental e mitigam parte do “fator príncipe” do Estado nacional, em prol da flexibilidade negocial e da potencialização da paridade jurídica entre os contratantes – fazendo surgir, assim, a figura do Estado empresário em sua acepção mais fiel.

## 2.1 A “nova nova” dinâmica da *lex mercatoria*

<sup>27</sup> STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003, p. 39.

<sup>28</sup> Cf. ALVIK, Ivar. **Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

<sup>29</sup> Não confundir com o conceito de contratos *praeter* públicos trazido pelo catedrático Paul Hugo Weberbauer em sua tese de doutorado “Manifesto por um direito comprometido internacionalmente: um estudo crítico acerca da autonomia da vontade, a reformulação do estado nas relações contratuais privadas e suas repercussões no plano internacional”.

Segundo Clive Schmitthoff, o núcleo do direito comercial internacional é a *lex mercatoria*, o "conjunto de regras costumeiras verdadeiramente internacionais que regem a comunidade cosmopolitana de mercadores"<sup>30</sup>, cuja origem remonta às feiras da Idade Média.

Essas regras, de natureza tradicionalmente *soft law*, sofreram transformações e influenciaram diversos ordenamentos jurídicos estatais ao longo da Idade Moderna, num movimento de “renascença” da importância conferida às práticas mercantis adotadas pelos agentes do comércio global.

Contemporaneamente, por seu turno, observa-se a emergência de iniciativas de codificação desses usos e costumes comerciais internacionais, iniciativas estas traduzidas na edição de princípios e de regras uniformes comentadas – dando origem a um novo arcabouço jurídico, denominado por Louis Yves Fortier<sup>31</sup> de “nova nova *lex mercatoria*”.

Ralf Michaels sintetiza com singular precisão esse processo evolutivo:

[...] as concepções da *lex mercatoria* sofreram alterações ao longo do tempo. Podemos distinguir três estágios. O primeiro estágio refere-se à antiga *lex mercatoria* da Idade Média, um conjunto de normas transacionais e de princípios procedimentais, estabelecidos por e para o comércio em (relativa) autonomia dos Estados. O segundo estágio descreve o renascimento da ideia como uma “nova *lex mercatoria*” no século XX, uma informal e flexível teia de regras e árbitros estabelecendo um direito comercial internacional privado. Por fim, o terceiro estágio tem sido denominado de “nova nova *lex mercatoria*”, a qual se transforma de uma 'soft law' amorfa e flexível para um sistema jurídico estável, com normas codificadas (acima de tudo os Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais) e órgãos de arbitragem internacional fortemente institucionalizados.<sup>32</sup>

Conforme delineado pelo autor, a atual faceta normativa da *lex mercatoria* tem sua maior expressão nos Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais. Trata-se do conjunto de regras contratuais compiladas pelo Instituto

<sup>30</sup> SCHMITTHOFF, Clive. The unification of the law of international trade. **The Journal of Business Law**. London, n. 05, p. 105-119, 1968. Tradução livre. No original: “[...] a body of truly international customary rules governing the cosmopolitan community of international merchants [...]”.

<sup>31</sup> FORTIER, Louis Yves. **The new, new *lex mercatoria*, or, back to the future**. Arbitration International. 2001, Oxford, n. 17, p. 121-128.

<sup>32</sup> MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Bloomington, v. 14, n. 02, p. 447-468, 2008. Tradução livre. No original: “[...] the conceptions of this *lex mercatoria* have changed over time. One can distinguish three stages. The first stage concerns the ancient *lex mercatoria* in the Middle Ages, a transnational set of norms and procedural principles, established by and for commerce in (relative) autonomy from states. The second stage describes the renaissance of the idea as a “new *lex mercatoria*” in the 20th century, an informal and flexible net of rules and arbitrators establishing a private international commercial law. Finally, a third stage has been described as a “new new *lex mercatoria*,” which moves from an amorphous and flexible soft law to an established system of law with codified legal rules (first and foremost the UNIDROIT Principles of International and Commercial Law) and strongly institutionalized court-like international arbitration”.

Internacional para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT (organização independente dedicada ao fomento de mecanismos de harmonização e unificação das legislações de direito privado), e que

[...] nada obstante sua natureza não-vinculante, estão cada vez mais sendo utilizadas não apenas pelas partes durante as tratativas para elaboração de seus contratos, mas também pelos Tribunais e pelas Cortes arbitrais para solução de litígios, como demonstram as inúmeras decisões judiciais e sentenças arbitrais prolatadas mundo afora e que, de uma forma ou de outra, fazem referência aos princípios do UNIDROIT.<sup>33</sup>

O item 4.b do preâmbulo dos princípios do UNIDROIT dispõe expressamente que "os Princípios são aplicáveis como uma manifestação dos 'princípios gerais do direito', da '*lex mercatoria*' ou de qualquer outra expressão similar referida no contrato". O item 2 do artigo 1.9 do documento, por sua vez, determina que “as partes são igualmente vinculadas a todos os usos e costumes que, no comércio internacional, sejam amplamente conhecidos e regularmente observados pelas pessoas no ramo comercial envolvido, salvo quando a aplicação de tal uso ou costume não seja razoável”<sup>34</sup>.

Assim, evidente que as regras ali elencadas nada mais são do que novas expressões dos usos e costumes sedimentados na esfera mercantil, expressões estas dotadas de uma roupagem técnico-jurídica aprimorada, em atenção às demandas da nova ordem econômica globalizada. Nesse sentido:

[...] os Princípios UNIDROIT representam uma noção contemporânea da *lex mercatoria*, caracterizada pelas peculiaridades de uma compilação/codificação internacional, de origem e uso comum, entendida em sentido lato como fonte à qual recorrem os operadores do direito, os juízes e os árbitros para dar respostas a problemas derivados das relações mercantis internacionais. Dessa forma, [...] evidencia-se a existência e o reconhecimento de uma nova *lex mercatoria*, uma vez que [...] os Princípios Unidroit constituem o núcleo de uma forma inovadora de regulação das relações comerciais, em especial, os contratos internacionais.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> BONELL, Michael Joachim. Model clauses for use of the UNIDROIT principles of international commercial contracts in transnational contract and dispute resolution practice. **Uniform Law Review**. Oxford, n. 18, p. 471-498, 2013. Tradução livre. No original: “Notwithstanding their non-binding nature, they are increasingly being used not only by parties when drawing up their contracts but also by courts and arbitral tribunals for the settlement of disputes, as demonstrated by the numerous court decisions and arbitral awards rendered world-wide and referring in one way or another to the UNIDROIT Principles”.

<sup>34</sup> UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

<sup>35</sup> ANDRADE, Alix Aguirre; FERNÁNDEZ, Nelly Manasia. Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales. **Revista de Derecho de la Universidad del Norte**. Barranquilla, n. 25, p. 47-79, 2006. Tradução livre. No original: “[...] los Principios Unidroit con una contemporánea noción de *lex mercatoria*, dotada de los rasgos particulares de una compilación o codificación internacional, de origen y uso común,



Outra expressão da “nova nova” *lex mercatoria* pode ser identificada na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, na sigla em inglês), mecanismo de uniformização cujo principal objetivo é, na lição de Francisco Augusto Pignatta, solucionar sete grandes “dificuldades” da aplicação das normas de Direito Internacional Privado: a inconstância das regras internas; a possibilidade de “conflitos de qualificação”; o *exequatur*; a possibilidade do *forum shopping*; a possibilidade de litispendência; o conhecimento das leis internas do país com o qual se comercializa; e a tentação do juiz em aplicar sua lei nacional<sup>36</sup>.

O artigo 9º da CISG determina que

- (1) as partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.
- (2) salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou deveriam ter conhecimento.<sup>37</sup>

Assim, confere expresso valor normativo às práticas e costumes internacionais, configurando claro exemplo de mecanismo codificador da *lex mercatoria*. Segundo Haris Pampoukis:

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Convenção de Viena) reconhece a posição privilegiada dos usos comerciais na prática das vendas internacionais. Várias de suas disposições fazem referência aos usos e/ou costumes, direta ou indiretamente.<sup>38</sup>

---

entendida en sentido lato como fuente a la cual acuden operarios, jueces y árbitros para dar respuestas a problemas derivados de las relaciones mercantiles internacionales. De esta forma, [...] plantea la existencia y el reconocimiento de una nueva *lex mercatoria*, ya que [...] los Principios Unidroit constituyen el núcleo de una forma novedosa de regulación de las relaciones comerciales, en especial, los contratos internacionales”.

<sup>36</sup> PIGNATTA, Francisco Augusto. A uniformização das regras do contrato de compra e venda internacional de mercadorias: suas vantagens, seus desafios. In: PEREIRA, César A. Guimarães; SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro (org.). **A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, p. 42-46.

<sup>37</sup> CISG. **Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

<sup>38</sup> PAMPOUKIS, Haris. The concept and function of usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods. **Journal of Law and Commerce**. Pittsburgh, n. 25, p. 107-131, 2006. Tradução livre. No original: “The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna Convention) does recognize the privileged position of trade usages in the practice of international sales. Several of its provisions refer to usages and/or practices, directly and indirectly”.

Não por acaso, Luís Roberto Barroso, ao tratar incidentalmente sobre o tema, pontua que a atual configuração da *lex mercatoria* se consubstancia em regras de fontes não nacionais

[...] que consagram o primado dos usos no comércio internacional e se materializam também por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentações profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países.<sup>39</sup>

A codificação das normas consuetudinárias da *lex mercatoria*, a exemplo dos supramencionados princípios UNIDROIT e das normatizações da CISG, representa um ponto de ruptura na forma como os Estados nacionais tendem a se portar frente ao comércio internacional. Se antes a abstração e a fragmentação normativa pareciam ser a regra aos olhos do Poder Executivo, que receava se submeter às deliberações de árbitros internacionais em casos de solução de controvérsias, agora o cenário é de maior segurança jurídica e previsibilidade, terreno fértil para o fomento de pactos comerciais transfronteiriços nos quais Estados e empresas privadas multinacionais figurem, respectivamente, como partes contratante e contratada.

## **2.2 Os contratos internacionais de partilha de produção petrolífera e a experiência brasileira**

Tradicionalmente, as negociações levadas a cabo na indústria petrolífera são regidas pelo arcabouço técnico angariado ao longo de anos, bem como pelos usos e costumes tradicionais do setor.

No Brasil, a Lei 9.478/97 (popularmente denominada Lei do Petróleo), ao tratar dos contratos de concessão, prevê expressamente que “o concessionário estará obrigado a adotar as melhores práticas da indústria internacional do petróleo”<sup>40</sup> (art. 44, inc. VI). Por sua vez, a minuta contratual aplicável à 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera brasileira, recentemente divulgada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, traz em diversas de suas disposições a obrigação expressa de ambas as partes agirem de

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 4, n.15, p. 11-47, 2001.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm). Acesso em: 21/08/2018.

acordo com as “melhores práticas da indústria do petróleo”, práticas estas definidas na cláusula 1.2.28 do acordo como sendo

Os melhores e mais seguros procedimentos e tecnologias disponíveis na indústria de Petróleo e Gás Natural em todo o mundo, que permitam: (i) garantir a segurança operacional das instalações, preservando a vida, integridade física e saúde humana; (ii) preservar o meio-ambiente e proteger as comunidades adjacentes; (iii) evitar ou reduzir ao máximo os riscos de vazamento de petróleo, gás natural, derivados e outros produtos químicos que possam ser prejudiciais ao meio ambiente; (iv) a 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; (v) minimizar o consumo de recursos naturais nas Operações. Para a execução das Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, os Contratados devem tomar as normas expedidas pela ANP e pelos demais órgãos públicos brasileiros como ponto de partida, incorporando padrões técnicos e recomendações de organismos e associações da Indústria do Petróleo reconhecidos internacionalmente, sempre que tais medidas aumentem as chances de que os objetivos listados acima sejam alcançados.<sup>41</sup>

Dessa definição, é possível extrair os seguintes princípios basilares das “boas práticas” do setor petrolífero: devem ser internacionalmente conhecidas e aplicadas; devem respeitar a racionalidade e a razoabilidade no que tange à preservação de recursos; e devem se pautar pela segurança e pelo respeito ao meio ambiente<sup>42</sup>. Por isso, segundo Maria D’Assunção Costa Menezello, “são amplamente conhecidas e decorrem das recentes normalizações internacionais ou de usos consagrados, com qualidade e eficiência para todos os envolvidos, proporcionando uma evolução constante das técnicas e dos conhecimentos científicos”<sup>43</sup>.

Assim, fica claro que tais referências às “melhores práticas da indústria do petróleo” representam uma expressão da “nova nova” faceta da *lex mercatoria*, conforme anteriormente analisado. Nas palavras de Alexandre Santos de Aragão: “as ‘boas práticas internacionais da indústria do petróleo’ podem ser consideradas a aplicação setorial da *lex mercatoria*, uma *lex mercatoria* setorial, também chamada de *lex petrolea* [...]”<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>42</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 07, p. 09-27, 2004.

<sup>43</sup> MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. **Comentários à lei do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 121.

<sup>44</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os *Joint Operating Agreements* – JOAs no direito do petróleo brasileiro e na *lex mercatoria*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 100, n. 910, p. 105-134, 2011.

Orientar a consecução contratual de acordo com as boas práticas internacionais muitas vezes exige flexibilidade negocial de ambas as partes – todavia, no sistema jurídico brasileiro, a autonomia da vontade do Poder Executivo encontra limites no princípio administrativo da legalidade, segundo o qual “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido”<sup>45</sup>. Ainda nas palavras do eminente Hely Lopes Meirelles:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.<sup>46</sup>

Não há dúvidas de que tal fato representa uma limitação substancial à autonomia da vontade do Estado brasileiro. Nada obstante, nos últimos anos tem-se observado uma tendência legislativa referente ao surgimento de mecanismos que permitam ao Executivo nacional atuar como parte contratante frente a empresas privadas, de forma mais livre e menos atrelada às restrições administrativas tradicionais.

Sob a perspectiva correta, é possível enxergar um exemplo dessa inclinação do ordenamento jurídico nacional no que tange aos contratos de partilha de produção da indústria petrolífera, notadamente diante de certos regramentos previstos pela Lei 12.351/2010. Explique-se.

Os PSCs são, em sua essência, pactos de *joint venture*, nos quais Estado e iniciativa privada firmam um vínculo jurídico entre si com o fito de superar as dificuldades inerentes à atividade exploratória mineral (como os altos riscos e a necessidade de investimentos expressivos) e, concomitantemente, obter benefícios de interesse de ambas as partes. Na lição de Tim Martin e Jay Park:

O sucesso nessa indústria sempre demandou a cooperação com outras partes, quer sejam contratantes, governos ou competidores. Na realidade, a indústria de hidrocarbonetos é única em termos de como ela lida com seus competidores. Companhias produtoras de petróleo e gás natural frequentemente negociam contratos entre si, visando benefícios mútuos.

---

<sup>45</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 86.

<sup>46</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 86.

Joint ventures, concessões, unitizações e outros acordos dessa natureza são transações corriqueiras.<sup>47</sup>

Note-se que a esmagadora maioria das companhias produtoras de petróleo e gás natural são, justamente, empresas transnacionais que operam ao redor do globo junto a vários países detentores de reservas minerais – e, assim, estão sempre em busca dos ordenamentos domésticos mais receptivos a esse relacionamento, garantidores da segurança jurídica naturalmente almejada pela iniciativa privada.

Visando a esse objetivo, o artigo 29 da Lei 12.351/2010 define com clareza os requisitos básicos do pacto de partilha, ao mesmo tempo em que dá margem ao diálogo negocial entre Estado e empresa exploradora, facultando, inclusive, a submissão do Poder Público a instâncias alternativas de solução de controvérsias, como o Juízo arbitral (artigo 29, inciso XVIII) – característica clássica da *lex mercatoria*.

Esse talvez seja o ponto que expresse de forma mais clara a intenção do legislador brasileiro em conferir ao Poder Público, nesse caso específico, meios de se relacionar competitivamente e “em pé de igualdade” com as companhias petrolíferas transnacionais interessadas em atuar junto à indústria de hidrocarbonetos brasileira, uma vez que

A importância da arbitragem comercial internacional para disputas envolvendo Estados se confirma pelo crescente reconhecimento da capacidade que os entes estatais possuem de arbitrar com partes estrangeiras, a despeito de quaisquer restrições em seus ordenamentos jurídicos domésticos. Várias jurisdições têm até mesmo reconhecido o princípio de direito internacional segundo o qual um Estado não pode invocar normas internas para escapar às obrigações decorrentes do acordo arbitral em um contrato internacional. O Estado, ao aderir a um pacto de arbitragem, se compromete a não se apoiar em seu direito doméstico com o objetivo de evitar a submissão ao Juízo arbitral.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. Global petroleum industry model contracts revisited: higher, faster, stronger. **Journal of World Energy Law & Business**. London, vol. 3, n. 1, p. 04-43, 2010. Tradução livre. No original: “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”.

<sup>48</sup> DUNHAM, Philip. Balancing sovereignty and the contractor's rights in international construction arbitrations involving state entities. **The International Construction Law Review**. London, n. 130, p. 129-151, 2006. Tradução livre. No original: “The importance of international commercial arbitration for disputes involving states is confirmed by the growing recognition of the capacity of state entities to arbitrate with foreign parties notwithstanding any restrictions in their domestic laws. Several jurisdictions have even recognised a principle of international law according to which a state cannot rely on its national law to escape its obligation arising from an arbitration agreement in an international contract. The state, by entering into an arbitration agreement, is taken to represent that it will not rely on its local law to escape its obligation to arbitrate”.

Não se olvida a existência de corrente doutrinária diametralmente contrária, segundo a qual a arbitragem internacional seria meio inconstitucional para resolução de conflitos oriundos dos contratos de cessão onerosa dos direitos de exploração petrolífera (a exemplo do célebre Parecer AGU/AG-12/2010, do Consultor-Geral da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy<sup>49</sup>). Para alguns autores,

[...] agindo o Estado como representante da coletividade em causas de utilidade pública, com prevalência de seu poder político – manifestando puro ato de *jure imperii* – não há que se falar em possibilidade de transação relativa ao objeto da causa, aplicando-se, portanto, o ordenamento legal de direito público, não havendo possibilidade de convenção de arbitragem.<sup>50</sup>

Nada obstante, nos filiamos à parcela da doutrina segundo a qual a possibilidade de adoção da arbitragem internacional como ferramenta de solução de litígios nos contratos de exploração de hidrocarbonetos “coloca-se em sintonia com a meta de atração de investimentos na produção de energia que, nos termos do disposto no art. 1º, X, da Lei do Petróleo, constitui um dos objetivos das políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia”<sup>51</sup>. Nesse contexto, a arbitragem encontra guarida tanto no princípio da legalidade (posto que expressamente prevista no artigo 29 da Lei 12.351/2010) quanto no princípio da supremacia do interesse público sobre o particular (na medida em que “o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça”<sup>52</sup>).

Assim, no contexto nacional, deve-se entender que a Lei 12.351/2010, notadamente em seu artigo 29, ao elencar um rol taxativo de cláusulas essenciais/típicas aos acordos de partilha de produção de hidrocarbonetos – em especial a arbitragem internacional –, fornece uma moldura dentro da qual o Poder Executivo possui autonomia para negociar com a empresa transnacional exploradora das reservas de hidrocarbonetos nacionais, tomando como base os princípios e regramentos da “nova nova” *lex mercatoria* e exercendo, assim, a soberania privada/contratual retromencionada.

É com esse enfoque se prosseguiremos no presente estudo.

<sup>49</sup> Cf. <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/2048861>. Acesso em: 21/08/2018.

<sup>50</sup> NEVES, Flávia Bittar. A arbitragem no setor público – utilização pelos agentes econômicos ligados ao Estado. **Gazeta Mercantil**, Caderno Legal & Jurisprudência, 30 jul. 2002.

<sup>51</sup> BUCHEB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 15, p. 19-45, 2006.

<sup>52</sup> BUCHEB, José Alberto. *Op. cit.*, p. 19-45.

### 3 O PSC: esboço histórico e características

#### 3.1 Origem e evolução

A partir da segunda metade do século XX, a exploração de recursos energéticos entrou em uma nova era, e os métodos tradicionais de governança se tornavam cada vez mais obsoletos e incompatíveis com a realidade pós-colonial. Antigas concessões passaram a ser vistas como injustas, e vários Estados recém-independentes adotaram políticas de nacionalização que revogaram as concessões fornecidas a companhias petrolíferas. Esses países, que já vinham prospectando e beneficiando hidrocarbonetos há décadas (e. g. Venezuela, Arábia Saudita, Irã), se dedicaram a fomentar suas companhias petrolíferas nacionais e impedir a atuação de empresas estrangeiras do setor em seu território. Os demais países de baixo e médio nível de desenvolvimento, contudo, se viram num impasse: desprovidos de recursos e *know-how* para produção de hidrocarbonetos, não tinham condições práticas de criar empresas petrolíferas nacionais e dar as costas às companhias estrangeiras; por outro lado, não queriam ser vistos como Estados que abriam mão da soberania sobre seus recursos naturais, ao firmar acordos de concessão tradicionais. Nesse cenário, os contratos de partilha de produção surgiram como alternativa.

Os primeiros PSAs foram introduzidos na indústria do petróleo na década de 1960, firmados entre a Pertamina (companhia estatal da República da Indonésia) e a Associação Petrolífera Independente Indonésio-Americana – *joint venture* formada por empresas transnacionais do setor<sup>53</sup>. Nada obstante,

“[...] o conceito de partilha de produção tem sido posto em prática há muito mais tempo. Ele tem origem no campo da agricultura, onde o proprietário da terra permite que o inquilino utilize seu campo em troca de uma parcela específica da produção. Os termos do acordo podem variar amplamente. Por exemplo, o proprietário pode regular de que forma e para que fim a terra será utilizada. Ele também pode decidir arcar com parte (ou com o todo) dos custos, o que será refletido na parcela da produção que ele receberá.”<sup>54</sup>

<sup>53</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. Complexity and commercial disputes in production sharing contracts. In: GAITIS, James M. (org.). **The leading practitioners' guide to international oil & gas arbitration**. Huntington: Juris Publishing, 2015, p. 588.

<sup>54</sup> BINDEMANN, Kirsten. *Op. cit.*, p. 31. Tradução livre. No original: “While PSAs may only have been introduced to the oil industry in the 1960s, the concept of production sharing has been practiced for much longer. It originates in agriculture where the landlord allows the tenant to use his land in exchange for a specified share of production. The terms of the agreement can vary widely. For example, the landlord can regulate in which way

Os PSCs indonésios foram pioneiros na medida em que trouxeram duas inovações que seriam comuns a todos os demais contratos dessa espécie: o controle gerencial das operações era atribuído exclusivamente ao ente público, e os hidrocarbonetos em si (e não apenas seus lucros) eram partilhados entre as partes.

### 3.2 Os marcos legais brasileiros

No Brasil, até 1938, a exploração de hidrocarbonetos esteve legalmente submetida ao regime geral da mineração. Naquele ano, o Decreto-lei 395 passou a classificar as atividades de pesquisa e lavra de petróleo como “de utilidade pública”, instituindo, em conjunto com os Decretos-leis 366 e 538 (também do mesmo ano), o primeiro regime nacional de concessões petrolíferas, acessível a agentes privados.

O modelo de concessão que vigorou entre 1938 e 1953 no nosso território seguia as premissas básicas do sistema, já amplamente empregado ao redor do globo: a(s) empresa(s) contratada(s) assumia(m) os riscos econômicos do empreendimento e a responsabilidade pela execução das atividades, se tornando legítima(a) proprietária(s) dos hidrocarbonetos porventura descobertos. Como contrapartida, a União deveria receber o valor pecuniário correspondente a 9% (nove por cento) de toda produção do campo petrolífero – ou, caso o Poder Público assim optasse, poderia auferir tal percentual diretamente em barris de “óleo-cru” (petróleo *in natura* não beneficiado)<sup>55</sup>.

Essa primeira experiência brasileira com o regime de concessões foi marcada por um intenso controle estatal, exercido pelo Conselho Nacional do Petróleo (CNP), órgão criado pelo Decreto-lei 395/1938 e cujas atribuições gerais eram regular o setor petrolífero, autorizar operações financeiras das empresas concessionárias e fiscalizá-las. Assim, o Estado brasileiro atuava muito mais como uma mera instância de disciplina das atividades petrolíferas do que como um efetivo empreendedor do setor, o que levou, no ano de 1953, à substituição do sistema de concessões pelo modelo de monopólio estatal.

O monopólio instituído pela Lei 2.004/53 possuía uma estrutura organizacional aparentemente muito simples: o CNP mantinha seu *status* de órgão de orientação e

---

and for what purpose the land is used. He may also decide to bear part, or even all, of the costs which in turn will be reflected in the production share he receives.”

<sup>55</sup> Art. 108 do Decreto-lei 366/1938.



fiscalização, enquanto os atos de execução (pesquisa, prospecção, produção etc) seriam exercidos por uma nova sociedade de economia mista: a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Na prática, o CNP possuía verdadeiro poder decisório sobre diversos aspectos executivos dos empreendimentos petrolíferos, a exemplo do disposto no art. 8º do Decreto 40.845/57, *in verbis*:

Art. 8º O Conselho Nacional do Petróleo fiscalizará:

I - a execução, pela Petrobrás, da pesquisa e lavra de jazidas, bem como dos projetos ou instalações destinadas à industrialização e ao comércio do petróleo, seus derivados e gases raros;

II - a natureza, qualidade, características e quantidade de matéria-prima elaboradas, assim como dos derivados produzidos;

III - a manutenção dos estoques mínimos determinados;

IV - a escrituração contábil para a determinação do custo de produção de petróleo e de poço e de xisto, e dos seus derivados;

V - o custo de operação dos petroleiros;

VI - o custo de operação dos oleodutos;

VII - quaisquer outras atividades ou instalações referentes à industrialização, ao transporte, ao armazenamento, à distribuição e ao comércio do petróleo, seus derivados e gases raros.<sup>56</sup>

Conquanto a Constituição de 1988 tenha alçado à condição de disposição constitucional o monopólio instituído pelo art. 1º da Lei 2.004/53, a sedimentação da globalização, do capitalismo e dos ideários liberais que se operou no final do século XX faria com que o Estado brasileiro revisitasse sua filosofia perante o mercado internacional de hidrocarbonetos. A demanda por avanços nas atividades de exploração e prospecção se tornava cada vez mais iminente e a Petrobras ainda carecia do aparato técnico e do *know-how* necessários para auferir o máximo do potencial petrolífero nacional.

Assim, foi promulgada no ano de 1995 a Emenda Constitucional nº 09, que alterou a redação do § 1º do art. 177 da Carta Magna para tornar delegáveis as atividades de execução privativa da União. Na esteira desse permissivo constitucional, a Lei 9.478/97, popularmente conhecida como Lei do Petróleo, representou um marco para o setor de hidrocarbonetos nacional, na medida em que revogou por completo a Lei 2.004/53 e oficializou a abertura da indústria petrolífera nacional a investimentos privados – locais ou estrangeiros –, por intermédio de um novo e reformulado sistema de concessões, regulado pela recém-inaugurada

<sup>56</sup> BRASIL. Decreto 40.845, de 28 de Janeiro de 1957. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-40845-28-janeiro-1957-379766-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21/08/2018.

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Acerca da importância da Lei 9.478/97, Gustavo Kaercher Loureiro aponta que

Com ela veio uma nova disciplina jurídica para exploração e produção de petróleo no Brasil e um novo arranjo institucional. Passava-se da total exclusividade da Petrobras para um regime de concorrência, em que a estatal seria apenas ‘mais uma’ empresa a competir pelos direitos de exploração. Tais direitos, licitados, seriam veiculados pelo regime de concessão, sob a batuta de uma agência reguladora setorial que implementaria as escolhas estratégicas formuladas pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e aprovadas pelo Presidente da República.<sup>57</sup>

Anos após, com a descoberta das reservas da camada pré-sal, a preocupação do Poder Executivo brasileiro em seguir as tendências mundiais do setor petrolífero e, consequentemente, equilibrar a equação “controle-rentabilidade” em relação às novas bacias geológicas localizadas (ditas “de natureza estratégica”), levou à edição de um novo marco regulatório para o mercado: a Lei 12.351/2010, que trouxe consigo a previsão dos contratos de partilha de produção.

Assim, o Brasil passou a conviver com um sistema exploratório misto, que perdura até os dias atuais.

Muito embora parte da doutrina defenda a prescindibilidade da coexistência de dois modelos contratuais, como no caso brasileiro (tendo em vista que, em tese, fins econômicos semelhantes podem ser alcançados através da manipulação dos parâmetros técnico-financeiros próprios a cada sistema), a *práxis* internacional tem demonstrado que os contratos de partilha de produção apresentam maior nível de detalhamento técnico e oferecem maior liberdade negocial para as partes, se coadunando, assim, com a fluidez exigida pelas relações transnacionais contemporâneas e com o espírito da “nova nova” *lex mercatoria*. Nesse diapasão, Sandoval Amui aponta que

As concessões oferecem pouco espaço para negociações, uma vez que as cláusulas contratuais normalmente reproduzem o que está detalhado em lei. É necessário estudar as leis e regulamentos com todo cuidado, pois em alguns países o texto do contrato costuma ser escasso de informações.<sup>58</sup>

### 3.3 Características e elementos basilares

<sup>57</sup> LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **O arranjo institucional da indústria do petróleo no âmbito dos contratos de partilha de produção**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. 2013, Belo Horizonte, n. 41, p. 203-241.

<sup>58</sup> AMUI, Sandoval. **Petróleo e gás natural para advogados e negociadores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 47.

A pedra fundamental de todo contrato de partilha de produção petrolífera é o conceito de divisão de resultados com salvaguarda da propriedade nacional: as partes envolvidas se comprometem a partilhar entre si todo o volume de hidrocarbonetos efetivamente extraído e processado, mantendo sob titularidade exclusiva do Estado contratante qualquer excedente mineral não prospectado na região objeto do pacto.

Tendo em vista o tempo médio de duração dos empreendimentos petrolíferos, os PSCs são firmados por longos períodos, que não costumam ser menores do que 25 (vinte e cinco) anos. Por exemplo, o PSA envolvendo o campo de Kashagan (maior campo petrolífero *offshore*<sup>59</sup> do mundo), localizado no Cazaquistão, foi assinado em 1997 com prazo de vigência de 40 (quarenta) anos.

Como qualquer instrumento contratual, o pacto de partilha de produção comporta inúmeras variações, tanto estruturais quanto materiais. Nada obstante, há alguns desses elementos materiais cuja presença é, se não obrigatória, extremamente recorrente em um PSC. São eles:

### 3.3.1 As partes

Sempre haverá, de um lado, como parte contratante, um ente representativo governamental (Estado, ministério, autarquia, empresa estatal etc), enquanto, do outro, na condição de parte contratada, figurará uma companhia de exploração e produção petrolífera privada.

Por ser a atividade de prospecção de hidrocarbonetos extremamente onerosa e de alta complexidade, é comum que a empresa contratada para execução dos trabalhos se apresente na forma de um consórcio ou de uma *joint venture* – ou seja, uma companhia resultante da convergência de interesses de várias outras, criada a partir da união de seus capitais, especificamente para a consecução daquele objeto contratual com maior facilidade.

### 3.3.2 A produção bruta e o óleo-custo

---

<sup>59</sup> Diz-se *offshore* o campo petrolífero localizado em alto mar.

Todos os barris de petróleo efetivamente extraídos da área objeto de um PSA são contabilizados como produção bruta. Desse total, a companhia exploradora tem a prerrogativa contratual de reter certa porcentagem máxima, denominada de óleo-custo, cuja finalidade precípua é compensar os custos operacionais do empreendimento (que devem ser apurados em um valor global, fixo e determinado) – afinal, é princípio basilar dos empreendimentos comerciais que cabe à parte investidora, ao menos, o retorno do capital inicialmente aplicado no projeto. Na seara da exploração de hidrocarbonetos, tais custos normalmente englobam:

- a) os custos não recuperados e acumulados de anos anteriores;
- b) os custos operacionais;
- c) os investimentos de capital;
- d) a taxa de depreciação, exaustão e amortização (DD&A, na sigla do inglês) do petróleo no ano corrente;
- e) os juros de financiamentos;
- f) os créditos de investidores;
- g) os custos do fundo de recuperação para caso de abandono.

### 3.3.3 O bônus de assinatura e os *royalties*

É comum – mas não obrigatório – que os PSAs prevejam, a partir do efetivo início da extração mineral, o pagamento de uma taxa por parte da companhia estrangeira ao Poder Público contratante: os *royalties*. Trata-se de uma ferramenta que garante ao Estado nacional um fluxo financeiro imediato, independentemente da lucratividade final do projeto exploratório, e cujo adimplemento pode ser em forma de pecúnia (implicando num aporte direto aos cofres público) ou em parte da produção petrolífera bruta<sup>60</sup>.

Quando as partes acordam que o pagamento dos *royalties* será feito em moeda corrente, exsurgem duas possibilidades: ou o PSA indica desde então o valor da taxa a ser adimplida no futuro (sistema de pré-fixação), ou determina que o montante será calculado de

---

<sup>60</sup> Nesse último caso, os *royalties* representam uma fonte “gratuita” de óleo bruto, cuja destinação pode ser o abastecimento do mercado interno do Estado contratante ou a simples exportação.

acordo com parâmetros variáveis a serem aferidos a posteriori, na data do repasse (sistema de pós-fixação). No Brasil, este último modelo foi adotado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis nas minutas contratuais das duas últimas rodadas de licitações sob o regime de partilha de produção (4ª e 5ª Rodadas).

Segundo estudo produzido no ano de 2011 pela IHS Markit<sup>61</sup>, companhia responsável pela alimentação do banco de dados popularmente conhecido como PEPS (do inglês *Petroleum Economics and Policy Solutions*), em média 57% dos contratos de partilha de produção também trazem em seu bojo uma segunda taxa de adimplemento obrigatório pela companhia petrolífera contratada: o bônus de assinatura.

Como a própria nomenclatura já indica, trata-se, via de regra, de um valor pecuniário fixo<sup>62</sup>, que deve ser pago pela FOC no momento da assinatura do pacto, a título de compensação pelos custos do processo licitatório – e que, portanto, “interessa ao governo, por se tratar de uma fonte prévia de receita, mas não é atrativo às empresas contratadas, uma vez que não se sabe nessa fase inicial se a recuperação dos investimentos básicos será possível ou não”<sup>63</sup>. Assim, em cenários nos quais o Poder Público contratante deseja potencializar a competitividade das áreas a serem exploradas, recomenda-se a redução (ou até mesmo a completa dispensa) do bônus de assinatura inicialmente projetado – cujo aporte financeiro esperado pode ser remanejado para auferição através de outros parâmetros contratuais, como o percentual de óleo-lucro.

### 3.3.4 O óleo-lucro e as parcelas das partes

Subtraída a cota de barris de petróleo referente aos custos de prospecção do hidrocarboneto (o supramencionado óleo-custo), restam, portanto, as reservas que efetivamente se converterão em lucro financeiro – tanto para a companhia petrolífera quanto para o Estado contratante. A esse montante dá-se o nome de óleo-lucro.

<sup>61</sup> Cf. TALUS, Kim. **Research handbook on international energy law**. UK: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 60.

<sup>62</sup> Daniel Johnston faz a ressalva de que “muito embora pagamentos em espécie sejam mais usuais, o bônus pode ser ofertado em equipamento ou tecnologia” (*Op. cit.*, p. 52. Tradução livre. No original: “Although cash payments are most common, the bonus may consist of equipment or technology”).

<sup>63</sup> TALUS, Kim. *Op. cit.*, p. 60. Tradução livre. No original: “A signature bonus is attractive for the government, being an early source of revenue, but it is not liked by the Contractors as nobody knows at this stage whether the recovery of the bare cost will or will not be possible”.

Como acontece no Brasil, o percentual cabível a cada uma das partes normalmente é definido pelo princípio da melhor oferta, aplicável no momento em que o campo petrolífero é licitado: a FOC que atender a todos os requisitos formais do edital e formular a proposta mais vantajosa para o Poder Público (ofertando a maior cota de participação sobre o óleo-lucro prospectado) vence o procedimento concorrencial e, a partir da assinatura do PSA, fica juridicamente obrigada a respeitar o acordo de partilha nas proporções ofertadas – com a ressalva a eventuais fatores externos que dificultem ou impossibilitem a plena execução contratual, conforme será estudado no capítulo seguinte.

## 4 Cláusulas típicas do PSA

### 4.1 O preâmbulo

A barreira idiomática, as divergências culturais, os princípios e valores, os usos e costumes, as regras hermenêuticas, as produções doutrinárias e o arcabouço legislativo de cada Estado cujos ordenamentos jurídicos “tocam” o contrato internacional são exemplos de fatores que podem, eventualmente, gerar um conflito interpretativo acerca da definição, aplicação ou extensão de certo termo ou instituto jurídico utilizado ao longo do instrumento contratual.

A questão é ainda mais delicada quando a observamos sob o prisma dos contratos de partilha de produção petrolífera. Isso porque a atividade de pesquisa e prospecção de hidrocarbonetos é extremamente técnica, sendo dotada, conseqüentemente, de um acervo terminológico muito específico. Esse fato, somado à alta sofisticação das minutas contratuais próprias ao ramo, potencializa a possibilidade de que o conceito de certos termos ou expressões não seja pacífico entre as partes contratantes, dando vazão a eventuais controvérsias – que podem ser evitadas com a redação de um preâmbulo contratual bem elaborado.

Os contratos internacionais, em seu nascedouro, possuem um estreito vínculo com os princípios do sistema de *Common Law*<sup>64</sup>, no qual o instrumento contratual é a lei maior vigente entre as partes e, portanto, deve ser interpretado como um “organismo” único e coerente em todos os seus termos, do início ao fim. Nesse diapasão, para além de sedimentar definições de termos utilizados ao longo do instrumento contratual, o preâmbulo também se presta como ferramenta hermenêutica em casos de lacunas, contradições ou incongruências – auxiliando o intérprete na busca pelas verdadeiras intenções das partes ao estabelecerem determinado negócio jurídico (o “espírito do contrato”<sup>65</sup> referido pela doutrina clássica). Conforme pormenoriza José Cretella Neto:

A importância de descobrir as verdadeiras intenções das partes é evidente, pois contratos internacionais costumam criar relações jurídicas continuadas,

---

<sup>64</sup> NETO, José Cretella. Da importância do preâmbulo nos contratos internacionais do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 57, p. 211-240, 2010.

<sup>65</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Traité de droit romain*. Paris, 1851 *Apud* MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

de longa duração. Se, em algum momento da execução do contrato, for necessário determinar o que realmente desejavam as partes ao redigirem tal ou qual cláusula, pode não ser simples fazê-lo: aqueles que os negociaram e assinaram podem, por razões variadas, próprias da condição humana, não mais estar nas empresas. A quem perguntar, nesse caso? Como deverá proceder o intérprete da norma? Um caminho seguro é começar do princípio, ou seja, do Preâmbulo.<sup>66</sup>

A título exemplificativo, Marcel Fontaine e Filip De Ly apontam na obra *Droit des Contrats Internationaux* inúmeros casos em que os tribunais da Grã-Bretanha, ao longo de quatro séculos, analisaram preâmbulos contratuais para dirimir os litígios decorrentes dos seus respectivos pactos – atribuindo, inclusive, o mesmo valor normativo das cláusulas dispositivas dos acordos aos seus considerandos iniciais<sup>67</sup>. Nesse sentido:

Vários tribunais têm se posicionado no sentido de que os direitos e as obrigações de um contrato somente podem ser derivados de suas seções operativas, de modo que os considerandos iniciais seriam apenas uma ferramenta interpretativa destas disposições. Mas os tribunais mais realistas, particularmente os ingleses, percebendo que falhas na inserção de todos os termos contratuais nas cláusulas mandatórias podem ocorrer por mera inexperiência do(s) seu(s) redator(es), buscam aplicar o que eles entendem como a vontade das partes, permitindo, para tanto, os considerandos complementem as cláusulas operativas. Assim, promessas que aparecem apenas no preâmbulo têm sido consideradas como preceitos operativos do contrato [...]<sup>68</sup>

Assim, é recomendável que as partes não negligenciem a elaboração do preâmbulo contratual. Pelo contrário, devem dedicar especial atenção às tratativas em torno desse texto preliminar e à sua redação, buscando ali consignar, dentre outras informações que julgarem pertinentes, os seguintes dados:

- a qualificação das partes;
- os objetivos do contrato;
- as atitudes das partes (o “espírito” do contrato);
- as circunstâncias que precederam o pacto;

<sup>66</sup> NETO, José Cretella. *Op. cit.*, p. 235.

<sup>67</sup> Cf. DE LY, Filip; FONTAINE, Marcel. **Droit des contrats internationaux**. 2. ed. Bruxelas: FECBruylant, 2003, p. 98-99.

<sup>68</sup> NOTE. The effect of recitals in contracts. **Columbia Law Review**. New York, vol. 35, n. 4, p. 565-578, 1935. Tradução livre. No original: “Several courts have taken the position that contractual rights and obligations can be derived only from the operative sections, and that the recital may be used only to interpret the latter. But more realistic courts, particularly the English, perceiving that the failure to put all the contract terms in the obligatory clauses may be due to inexpert drafting, give effect to what they believe the intention of the parties even though the recital is allowed to supplement the operative parts. Thus, promises appearing only in the preamble have been regarded as operative provisions of the contract [...]”.



- o contexto em que se situa a avença;
- as vinculações com outros contratos;
- o sumário das etapas da execução do acordo;
- certas declarações e afirmações das partes;
- expressões que vinculam as partes;
- algumas definições-chave.<sup>69</sup>

#### **4.1.1 Caso prático: Wintershall (Alemanha), International Ocean Researchs (EUA) e Outros *versus* República do Qatar, julgado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional<sup>70</sup>**

A Wintershall Holding GmbH e outras companhias em *joint venture* (ora denominados “Reclamantes”) firmaram um PSC com a República do Qatar em 1976, com “data efetiva” (retroativa) a 1973 e prazo de duração de 30 (trinta) anos. Segundo os termos do contrato, 08 (oito) anos após a data efetiva, os Reclamantes deveriam abrir mão em favor da República do Qatar de 20% (vinte por cento) da área contratual, e o PSC poderia ser unilateralmente rescindido pelo governo se os Reclamantes não descobrissem (durante o prazo dos 08 anos) “óleo cru em quantidades comerciáveis” ou “fontes de gás natural autônomas e economicamente viáveis”, com a observação – presente no preâmbulo do acordo – de que ambas as partes deveriam concordar integralmente quanto a esse conceito de “economicamente viável” para fins de execução do objeto contratual, notadamente no momento da descoberta de reservas potencialmente exploráveis.

Em 1980, os Reclamantes informaram ao governo do Qatar que haviam descoberto gás natural autônomo (em quantidades substanciais) na bacia petrolífera objeto do empreendimento. As partes cogitaram diversos projetos exploratórios, todavia, não chegaram a um consenso em virtude das condições externas do mercado (notadamente, aquelas que envolviam a exportação do GLP da área contratual para os países consumidores). Por conta disso, em 18 de junho de 1985 a República do Qatar comunicou aos Reclamantes que o PSA havia expirado naquela data e, portanto, estaria encerrado.

---

<sup>69</sup> NETO, José Cretella. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>70</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 598-599.

Nada obstante, os Reclamantes ignoraram tal aviso, pagaram a taxa anual de exploração e o governo do Qatar a aceitou sem questionamentos, de modo que nenhuma das partes parecia considerar o PSC efetivamente encerrado. Em 1986, ainda sem conseguir chegar a um acordo com os Reclamantes quanto ao projeto de exploração de GLP na área contratual, o Ministro das Finanças do Qatar submeteu a questão à UNCITRAL.

No julgamento ocorrido em 05 de fevereiro de 1988, a Corte arbitral entendeu que a recusa do Poder Público em aceitar os projetos de exploração dos Reclamantes não configurava violação aos termos do PSC, uma vez que o preâmbulo do instrumento determinava que as partes deveriam concordar integralmente quanto ao conceito de “economicamente viável” – e, segundo o entendimento do Governo do Qatar, os projetos não eram “economicamente viáveis”, pois envolviam o uso de áreas além daquelas previstas nos limites contratuais. Assim, os árbitros reconheceram que o Estado demandado não infringiu o dever de boa-fé negocial no âmbito do contrato de partilha de produção.

## 4.2 As cláusulas de riscos

O inciso II do art. 29 da Lei 12.351/2010 elenca, dentre as cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção de hidrocarbonetos, “a obrigação de o contratado assumir os riscos das atividades de exploração, avaliação, desenvolvimento e produção”<sup>71</sup>.

A atividade de pesquisa e prospecção petrolífera é marcada por vultosas alocações de capital, projetos de longo prazo, carência de dados técnicos integralmente confiáveis e, na maioria dos casos, uma certa volatilidade das partes no tocante à avaliação dos riscos do empreendimento. Por essa razão, os PSCs são potencialmente instáveis e sujeitos a alterações e renegociações ao longo de sua vigência – ou até mesmo à sua resolução (por inviabilidade de desenvolvimento prático do projeto exploratório, excesso de riscos financeiros etc), nada obstante sua aparente lucratividade.

A bem da verdade, os PSCs são marcados por um “movimento de mão-dupla” entre Estado contratante e empresa exploradora: ambas as partes analisam todos os cenários futuros possíveis para o máximo de variáveis fáticas (área efetivamente explorável da bacia petrolífera, volume de hidrocarbonetos descoberto, preço internacional das commodities,

---

<sup>71</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

custo final do empreendimento etc) e, assim, estabelecem seus parâmetros e limites de negociação, visando à maximização de suas receitas. Os riscos aceitáveis por ambas as partes ficam delimitados por uma linha tênue, que depende do poder de barganha, das habilidades de negociação e das circunstâncias econômicas, políticas e sociais específicas de cada Estado.

Nesse diapasão, é mister que o ente governamental elabore a minuta contratual mais eficiente possível, em termos de interesse público-econômico. E aqui o conceito de eficiência não deve ser delimitado sob o viés puramente estatal, considerada tão-somente como a maximização dos lucros destinados ao Estado contratante: a eficiência contratual que deve ser almejada nos PSCs é aquela que obedeça à regra do Ótimo de Pareto, conceito desenvolvido pelo cientista político, sociólogo e economista italiano Vilfredo Pareto, segundo o qual “o bem estar social é ampliado se a situação de uma pessoa se torna mais favorável sem que a situação de outro indivíduo se torne mais desfavorável”<sup>72</sup>. Em outras palavras, o PSA otimamente eficiente é aquele cuja revisão/renegociação implica em benefícios para ambas as partes ou em benefícios exclusivos para uma única delas – sem, contudo, que a outra sofra qualquer mitigação de seus direitos. Esse atributo é essencial aos PSCs, pois permite que o Estado contratante explore sua posição de barganha, pleiteando benefícios adicionais caso necessário, ao mesmo tempo em que garante à companhia exploradora a preservação de certas cláusulas-base (e vice-versa).

A eficiência contratual serve como contraponto ao compartilhamento de riscos, inerente à própria natureza dos contratos de partilha de produção. Não devemos perder de vista que o PSA é, antes de tudo, um acordo de parceria.

Quando uma companhia petrolífera internacional planeja investir em um projeto de prospecção, o primeiro passo é contrabalancear os custos e benefícios do empreendimento – e esse cálculo deve levar em conta fatores muito além daqueles meramente financeiros. A experiência internacional ensina que, nesses casos, os riscos políticos e naturais também devem ser levados em consideração, uma vez que os investidores precisam se cercar do maior número de dados possível para mitigar a imprevisibilidade da indústria de hidrocarbonetos (marcada pelos vultosos investimentos iniciais, pelo longo lapso temporal de retorno, pela sensibilidade às mudanças político-regulatórias, pelo risco de intempéries geológicas e pela flutuação cambial).

---

<sup>72</sup> BARR, Nicholas. **Economics of the welfare state**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 46. Tradução livre. No original: “[...] social welfare is increased if one person is made better off and nobody worse off”.

Nesse diapasão, e como forma de ponderar os riscos do projeto exploratório, a doutrina econômica elaborou o conceito de Valor Presente Líquido (VPL), que projeta as receitas futuras de acordo com o montante financeiro inicialmente investido, a partir da relação entre a taxa de juros aplicável sobre os empréstimos assumidos para injeção de capital no empreendimento petrolífero e a inflação<sup>73</sup>. Tal parâmetro pode constar dentre as cláusulas de risco do PSA como referência mínima para consecução das operações do pacto.

Conforme comunicado no Diário Oficial da União em 10/08/2018, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis publicou o edital e os modelos contratuais da 5ª Rodada de Partilha de Produção de hidrocarbonetos na camada pré-sal do subsolo brasileiro.

Em atenção ao inciso II do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela agência reguladora do Poder Executivo prevê as seguintes cláusulas:

2.4. O Contratado é integral, solidária e objetivamente responsável pelas perdas e danos causados, direta ou indiretamente, ao meio ambiente, a terceiros, à Contratante, à ANP ou à Gestora em virtude da execução das Operações.

2.4.1. O Contratado deverá ressarcir terceiros, a Contratante, a ANP ou a Gestora por todo e qualquer prejuízo decorrente de ação, recurso, demanda ou impugnação judicial, sentença arbitral, auditoria, inspeção, investigação ou controvérsia de qualquer espécie, bem como por quaisquer indenizações, compensações, punições, multas ou penalidades de qualquer natureza, relacionados à execução do Contrato.

2.5. O Contratado suportará todos os prejuízos em que venha a incorrer, inclusive aqueles resultantes de caso fortuito ou de força maior, bem como de acidentes ou de eventos da natureza que afetem a Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural na Área do Contrato.

2.6. Os Contratados serão integralmente responsáveis pelo produto da Lavra até a sua disponibilização física individualizada, em duto ou navio aliviador, aos Contratados e à Gestora, independentemente da localização do Ponto de Medição e do Ponto de Partilha, afastando-se, assim, qualquer hipótese de responsabilização da Contratante, da Gestora e da ANP.

2.7. A Contratante, a Gestora e a ANP não assumirão quaisquer riscos ou perdas operacionais, nem tampouco arcarão com os custos e investimentos relacionados com a execução das Operações e suas consequências, ressalvada, em relação à Contratante, a hipótese prevista no art. 6º, parágrafo único, da Lei nº 12.351/2010.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Cf. AHMADOV, Ingilab; ASLANLY, Kenan; ARTEMYEV, Anton; RZAEV, Ibragim; SHABAN, Ilkham. **How to scrutinise a production sharing agreement**. Disponível em: <http://pubs.iied.org/pdfs/16031IIED.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

<sup>74</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

A título comparativo, observe-se a redação das seguintes cláusulas de modelos contratuais estrangeiros:

2.3. O Contratado deverá, salvo quando expressamente disposto em sentido contrário neste Contrato, conduzir todas as operações petrolíferas aqui referidas por sua conta e risco, custos e despesas.<sup>75</sup>

5.12. O Contratado se compromete a realizar, sob suas expensas e risco financeiro, todas as Operações de Hidrocarbonetos úteis e necessárias a deixar o campo em fase de exploração e produção, de acordo com o plano de desenvolvimento e produção aprovado.<sup>76</sup>

2.3. O CONTRATADO conduzirá todas as Operações Petrolíferas dentro da Área Contratual por sua conta, riscos e prejuízos em nome do GOVERNO, em consonância com o princípio da partilha de produção e de acordo com este Contrato [...]<sup>77</sup>

8.3 O Contratado deverá, levando em consideração as modernas práticas da indústria petrolífera: (a) salvo disposição expressa em contrário neste Contrato, conduzir todas as Operações Petrolíferas por sua conta e risco, custos e despesas, bem como providenciar todos os recursos necessários para condução das Operações Petrolíferas, incluindo recursos para compra ou aluguel de equipamentos, materiais ou suprimentos necessários às Operações Petrolíferas, bem como para pagamentos a empregados, agentes e subcontratados.<sup>78</sup>

1. O Contratado deverá: (c) arcar com o risco dos custos petrolíferos necessários à consecução das operações de hidrocarbonetos e, portanto, ter um interesse econômico no desenvolvimento dos depósitos de petróleo existentes na área contratual. Tais custos deverão ser inclusos nos custos petrolíferos recuperáveis, conforme previsto na cláusula 27 deste documento.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> BELIZE. **Belize model production sharing agreement**. Disponível em: <http://med.gov.bz/wp-content/uploads/2017/01/Belize-Model-Production-Sharing-Agreement.pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The Contractor shall, except as expressly otherwise provided in this Agreement, conduct all petroleum operations hereunder at its sole risk, cost and expense”.

<sup>76</sup> CHIPRE. **Model production sharing contract**. Disponível em: [http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/\\$file/Model\\_PS\\_C\\_1LR.pdf](http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/$file/Model_PS_C_1LR.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The Contractor undertakes to perform at its own expense and financial risk all Hydrocarbons Operations useful and necessary for placing the Field in exploitation and production, in accordance with the development and production plan approved”.

<sup>77</sup> CURDISTÃO. **Model production sharing contract for exploration and production in Kurdistan**. Disponível em: [http://gov.krd/pdf/MODEL\\_PRODUCTION\\_SHARING\\_AND\\_EXPLORATION\\_PRODUCTION\\_IN\\_KURDISTAN.pdf](http://gov.krd/pdf/MODEL_PRODUCTION_SHARING_AND_EXPLORATION_PRODUCTION_IN_KURDISTAN.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The CONTRACTOR shall conduct all Petroleum Operations within the Contract Area at its sole costs, risks and perils on behalf of the GOVERNMENT, pursuant to the production-sharing principle and in accordance with this Contract [...]”.

<sup>78</sup> ÍNDIA. **Model production sharing contract**. Disponível em: <http://petroleum.nic.in/sites/default/files/MPSC%20NELP-V.pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The Contractor shall having due regard to modern oilfield and petroleum industry practices: (a) except as otherwise expressly provided in this Contract, conduct all Petroleum Operations at its sole risk, cost and expense and provide all funds necessary for the conduct of Petroleum Operations including funds for the purchase or lease of equipment, materials or supplies required for Petroleum Operations as well as for making payments to employees, agents and Subcontractors”.

<sup>79</sup> QUÊNIA. **Model production sharing contract**. Disponível em: <https://www.resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-5507758701/download/pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The Contractor shall - (c) bear the risk of petroleum costs required in carrying out

25. (h) O Contratado deverá realizar análise de riscos que forneça um panorama equilibrado e o mais abrangente possível do risco associado às atividades. A análise deverá ser adequada e funcionar como suporte a decisões relacionadas com as próximas operações ou fases. A análise de riscos deve ser realizada com o fito de identificar e avaliar as contribuições do empreendimento para acidentes e riscos ambientais, bem como de averiguar os efeitos que várias operações e modificações poderão ter na majoração de acidentes e riscos ambientais. São necessários, ademais, estudos de sensibilidade e incerteza.<sup>80</sup>

Perceba-se que é um denominador comum a todos os PSAs analisados a assunção integral dos riscos do empreendimento por parte da FOC contratada. Trata-se de uma das principais vantagens do acordo de partilha de produção para o Ente Público: além de evitar o aporte imediato de recursos vultosos, exime o Estado contratante de possíveis perdas financeiras inerentes à volatilidade da atividade petrolífera e da responsabilidade pelos estudos de viabilidade ambiental do projeto (ficando-lhe reservada tão-somente a prerrogativa fiscalizatória).

#### 4.2.1 As cláusulas de *hardship* e de força maior

A doutrina da mudança de circunstâncias tem sido frequentemente encampada pelos países integrantes da OPEP, como meio de fundamentar a inoperabilidade de antigas concessões. Segundo essa doutrina, deve-se levar em consideração toda e qualquer circunstância central ou acessória ao pacto, sua magnitude e seus efeitos sob as expectativas que ambas as partes possuíam ao tempo de assinatura do acordo.

O princípio da mudança de circunstâncias se baseia na ideia de que, quando uma situação fática provoca uma mudança radical de circunstâncias que não podia ser prevista no momento da conclusão do pacto, criando um desequilíbrio entre as obrigações das partes, o acordo pode ser submetido a um órgão julgador para fins de anulação ou reformulação. Esse é

---

petroleum operations and shall therefore have an economic interest in the development of the petroleum deposits in the contract area. Such costs shall be included in petroleum costs recoverable as provided in clause 27 hereof".

<sup>80</sup> TANZÂNIA. **Model production sharing contract**. Disponível em: <http://www.eisourcebook.org/cms/Nov%202013/Tanzania%20Production%20Sharing%20Agreement%202013.pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: "The Contractor shall carry out risk analyses that provide a balanced and most comprehensive possible picture of the risk associated with the activities. The analyses shall be appropriate as regards providing support for decisions related to the upcoming operation or phase. Risk analyses shall be carried out to identify and assess contributions to major accident and environmental risk, as well as ascertain the effects of various operations and modifications will have on major accident and environmental risk. Necessary assessments shall be carried out of sensitivity and uncertainty".

o fundamento do instituto do *hardship*, previsto no Artigo 6.2.2 dos Princípios UNIDROIT, segundo o qual:

Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e

(a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato;

(b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato;

(c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e

(d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem.<sup>81</sup>

O juízo de valor para se definir se certa situação fática alterou fundamentalmente ou não o equilíbrio contratual é casuístico, dependendo das circunstâncias concretas. Nos casos, contudo, em que as obrigações entrepartes podem ser precisamente aferidas em termos monetários, considera-se como “alteração contratual fundamental” aquela que implica em mais de 50% (cinquenta por cento) de variação pecuniária.

É da natureza dos contratos internacionais que seu objeto, suas disposições e até mesmo as próprias partes contratantes estejam atrelados a mais de um ordenamento jurídico. Nesse diapasão, quando as obrigações decorrentes do pacto tendem a se perpetuar durante um longo lapso temporal (como no caso dos empreendimentos petrolíferos), o contrato fica sujeito às mais diversas vicissitudes (jurídicas, políticas, econômicas, geográficas etc), de modo que qualquer alteração nas circunstâncias fáticas que ensejaram a assinatura do acordo pode vir a acarretar em sérios entraves à execução do seu objeto. Isso se dá porque a relação existente entre as partes envolvidas no contrato se torna desigual, desequilibrada.

Para fazer frente a esse tipo de situação, a *práxis* contratual internacional normalmente lança mão de duas ferramentas, cuja finalidade precípua é prevenir e regulamentar a eventual inexecução do pacto, por motivos alheios às vontades das partes: as cláusulas de força maior e de *hardship*. Ambas se apresentam como uma alternativa à solução do impasse contratual pela via dos sistemas jurídicos internos (nacionais) das partes, ordenamentos estes usualmente engessados pelo princípio do *pacta sunt servanda* e dotados de arcabouços normativos muitas vezes incompatíveis. Nas palavras do jurista Dionysis Flambouras:

<sup>81</sup> UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010/portuguese.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

Nos contratos cuja execução demanda um longo intervalo temporal (e. g. distribuição, agenciamento, vendas sucessivas, suprimento) a aplicação absoluta da regra do *pacta sunt servanda* parece ser consideravelmente severa, uma vez que durante a existência da relação contratual fatores imprevisíveis – e, portanto, inevitáveis – podem tornar a execução do objeto contratual excessivamente onerosa ou injusta. Consequentemente, nessas situações, a inserção de uma cláusula de *hardship* é frequentemente vista como necessária.<sup>82</sup>

Muito embora tanto a cláusula de força maior quanto a cláusula de *hardship* possuam o mesmo fundamento (eventos causadores imprevisíveis), ambas se distinguem pelo fato de que nas hipóteses de *hardship* a execução contratual não é impossível, mas tão-somente excessivamente onerosa – o que torna inviável seu cumprimento, face à desigualdade entre os *status quo* das partes. Assim, se depreende que os pressupostos da cláusula de *hardship* são a imprevisibilidade, a inevitabilidade, a impossibilidade executória e a exterritorialidade em relação às vontades dos contratantes.

Na seara contratual internacional, discussões e tratativas sobre compartilhamento de riscos resultam, usualmente, na fixação de uma cláusula de *hardship*. Esse movimento é encabeçado principalmente por associações profissionais que, baseadas nos usos e costumes de suas áreas de atuação especializadas, desenvolvem cláusulas-modelo para lidar com a influência de alterações fáticas inesperadas sobre os objetos de suas principais relações contratuais – o que evidencia que a cláusula de *hardship* nada mais é, na prática, do que uma expressão da “nova nova” dinâmica da *lex mercatoria*, pormenorizada no início do presente estudo<sup>83</sup>.

Especificamente no âmbito da indústria de hidrocarbonetos e dos PSCs, a cláusula de *hardship* interessa de modo especial à companhia internacional contratada, que assume a maior parcela dos riscos do empreendimento (e, consequentemente, está mais vulnerável ao desequilíbrio contratual proporcionado por fatos futuros imprevisíveis). A experiência prática de elaboração dos PSAs, contudo, ensina que a maioria dos países com tradição na exploração petrolífera através do modelo de partilha de produção possuem minutas contratuais pré-

<sup>82</sup> FLAMBOURAS, Dionysios P. The doctrine of impossibility of performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the principles of european contract law – a comparative analysis. **Pace International Law Review**. New York, n. 261, p. 262-293, 2001. Tradução livre. No original: “In contracts performed over a long period of time (e. g. distribution, agency, agréments consisting of successive contracts of sale, supply contracts) the absolute application of the *pacta sunt servanda* rule appears quite harsh since during the existence of the contractual relationship unpredictable and otherwise unavoidable factors could render the performance of the contractual obligations excessively onerous or unfair. Consequently, in such situations the insertion of a hardship clause is often viewed as necessary”.

<sup>83</sup> Cf. ARAÚJO, Nádia. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 409-435.



elaboradas, com disposições, via de regra, mais vantajosas ao Poder Público – razão pela qual não costumam contemplar em seu bojo uma cláusula de *hardship*.

Sem embargo, é recomendável que tal cláusula seja inserida nos modelos contratuais do mercado de hidrocarbonetos – especialmente em se tratando dos PSCs –, como forma de atração do capital estrangeiro, fomento da concorrência e atribuição de segurança às operações da companhia exploradora estrangeira. Embora seja cediço que eventuais ações judiciais ou procedimentos arbitrais fundados simplesmente na teoria da imprevisão possuem grandes chances de êxito, Nádia de Araújo aponta as seguintes vantagens de uma cláusula de *hardship* expressa:

Poderia parecer suficiente o recurso à teoria da imprevisão para impedir a execução de um contrato em que o equilíbrio entre as partes foi rompido. Todavia, a fórmula da cláusula de *hardship* é bastante elaborada e permite a designação de certos eventos específicos, como por exemplo, a alta do preço de matérias primas, modificações de ordem ambiental, imposição de novos impostos antes inexistentes etc.

Além disso, a segunda parte da cláusula procura definir um sistema para a solução da situação, normalmente através de disposições impondo a renegociação, em bases já definidas, mediante notificação feita também nas condições predeterminadas por um terceiro, ou mesmo através da arbitragem. Desta forma, não é aconselhável dispensá-la, mesmo que o sistema legal aplicável ao contrato contenha uma previsão específica a esse respeito. Evidente, diante da previsão legal, as especificidades estabelecidas pelas partes terão uma aceitação mais tranquila do que nos sistemas jurídicos que as desconhecem.<sup>84</sup>

O modelo contratual mais recente, divulgado pela ANP para a 5ª Rodada de licitações do pré-sal em 10/08/2018, trata as hipóteses de *hardship* como “interferências imprevistas”, “causas similares” ao caso fortuito e à força maior que justificam a inexecução do pacto – e que, portanto, podem ensejar tanto a extinção total da avença quanto sua simples alteração ou suspensão. Observe-se a redação da cláusula:

33.1. A exoneração das obrigações assumidas neste Contrato somente ocorrerá nas hipóteses de caso fortuito, força maior e causas similares que justifiquem a inexecução, como o fato da administração, o fato do príncipe e as interferências imprevistas.

33.3.1. A depender da extensão e da gravidade dos efeitos do caso fortuito, da força maior ou das causas similares:

a) as Partes poderão acordar a alteração do Contrato ou sua extinção;

---

<sup>84</sup> ARAÚJO, Nádia. *Op. cit.*, p. 420.

b) a Contratante, ouvida a ANP, poderá suspender o curso do prazo contratual em relação à parcela do Contrato afetada.<sup>85</sup>

Assim, verifica-se que a minuta contratual brasileira contempla em seu bojo uma cláusula de *hardship* com redação satisfatória, que permite às partes flexibilizar a relação jurídica existente entre si em prol da boa-fé e da consecução das finalidades precípua do pacto.

#### **4.2.2 Caso prático: NOC (Governo da Líbia) *versus* Libyan Sun Oil Company – Caso nº 4.462, da Câmara Internacional do Comércio<sup>86</sup>**

No caso em tela, as partes firmaram um PSC em 20 de dezembro de 1980, com escolha expressa da legislação líbia como direito aplicável. Em 1981, a Reclamante Sun Oil invocou uma cláusula de força maior presente no contrato para requerer o distrato do pacto perante a ICC (Câmara Internacional do Comércio), sob o fundamento de que o governo dos EUA teria: I) declarado a invalidade de todos passaportes norte-americanos para fins de viagens à Líbia; II) banido importações de petróleo da Líbia para os EUA; e III) revogado a licença da Sun Oil para exportar tecnologia petrolífera dos EUA para a Líbia.

No julgamento da questão, ocorrido em 23 de fevereiro de 1987, o tribunal arbitral entendeu que a Sun Oil não poderia se valer da cláusula de força maior para se eximir de suas obrigações contratuais, uma vez que as circunstâncias alegadas não tornavam a execução do PSC “absolutamente impossível”. Isso porque, segundo o direito líbio (expressamente aplicável ao pacto), um evento somente pode ser classificado como “de força maior” quando atende a três requisitos: I) está além do controle das partes; II) era imprevisível no momento da assinatura do acordo; e III) torna a execução das obrigações absolutamente impossível.

Os árbitros sinalizaram que as partes, de comum acordo durante a elaboração da cláusula de força maior, poderiam ter mitigado a rigidez terminológica do termo “absolutamente impossível” – definindo, por exemplo, evento de força maior como aquele que torna as obrigações contratuais excessivamente difíceis ou onerosas de serem executadas,

---

<sup>85</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>86</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 603-604.

como ocorre com frequência em contratos internacionais de longa duração. No caso concreto, contudo, a redação da cláusula invocada pela Sun Oil não fazia qualquer referência a atenuantes nos requisitos fixados pela legislação líbia.

Assim, segundo a ICC, era “potencialmente possível” que a Sun Oil desse prosseguimento à execução do contrato com uso de mão-de-obra não proveniente dos Estados Unidos e equipamentos não sujeitos ao licenciamento norte-americano.

#### 4.3. As cláusulas de garantias

Segundo elenca o inciso III do art. 29 da Lei 12.351/2010, o PSA deve obrigatoriamente contemplar, dentre suas cláusulas, “a indicação das garantias a serem prestadas pelo contratado”<sup>87</sup>.

Conforme ensina a prática internacional, é recorrente que as garantias previstas no contrato de partilha de produção sejam firmadas através de contratos autônomos, conexos. Isso porque, em muitos dos casos, a empresa que se dispõe a garantir o pacto de partilha não se confunde com a companhia petrolífera signatária do PSA – nascendo assim, portanto, uma nova e independente relação jurídica com o Poder Público.

Ao tratar do tema na seara dos contratos de concessão (aos quais se aplica, em certa medida, a mesma lógica dos acordos de partilha), José Alberto Bucheb aponta que “embora conexos, o contrato de concessão e a garantia de performance são documentos contratuais distintos, respectivamente principal e acessório, sendo que, neste último, a empresa que se compromete pelo cumprimento das obrigações sequer é parte do contrato de concessão”<sup>88</sup>.

Nesse diapasão, a minuta contratual aplicável à 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera brasileira, recentemente divulgada pela ANP, traz ao seu final o “Anexo III – Garantia financeira referente às atividades exploratórias” e o “Anexo IV – Garantia de Performance”<sup>89</sup>, modelos contratuais destinados exclusivamente à prestação dessas garantias, previstas em cláusulas específicas.

---

<sup>87</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>88</sup> BUCHEB, José Alberto. *A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 37.

<sup>89</sup> ANP. *Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural*. Disponível em:

Em atenção ao inciso III do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual supramencionada ainda traz em seu bojo as seguintes disposições:

11.3. O Contratado deverá fornecer à ANP garantias financeiras para o Programa Exploratório Mínimo, no prazo estabelecido no edital, em valor suficiente para cobrir o valor da cláusula penal compensatória correspondente às atividades inicialmente compromissadas.

11.7. O Contratado poderá apresentar à ANP as seguintes modalidades de garantia financeira:

- a) carta de crédito;
- b) seguro garantia; ou
- c) contrato de penhor de Petróleo e Gás Natural.

11.17. Inexistindo pendências, a ANP emitirá o atestado de conclusão do Programa Exploratório Mínimo ou, se for o caso, das atividades exploratórias adicionais como contrapartida à prorrogação da Fase de Exploração em até 30 (trinta) dias após sua conclusão e, então, devolverá as respectivas garantias financeiras.<sup>90</sup>

A título comparativo, observe-se a redação da seguinte cláusula do modelo contratual adotado pela República do Chipre:

3.6. Como condição prévia à vigência deste Contrato, na Data Efetiva, o Contratado deverá fornecer uma garantia bancária irrevogável, a ser paga à Secretaria Permanente do Ministério do Comércio, Indústria e Turismo, garantindo suas obrigações mínimas de exploração pelo período inicial de vigência do Contrato, previsto no Artigo 3.1. A garantia bancária será emitida por um banco autorizado a operar em qualquer um dos seguintes países: a República de Chipre, qualquer Estado-membro da União Europeia, qualquer país do Espaço Econômico Europeu, qualquer país signatário do Acordo sobre Contratos Públicos (ACP) e qualquer outro país que tenha assinado e ratificado Acordos de Associação ou Acordos Bilaterais com a União Europeia ou a República de Chipre e tenha o direito de fazê-lo, de acordo com a legislação desses países.<sup>91</sup>

---

[http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>90</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em:

[http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>91</sup> CHIPRE. **Model production sharing contract**. Disponível em: [http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/\\$file/Model\\_PS\\_C\\_1LR.pdf](http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/$file/Model_PS_C_1LR.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “3.6. As a condition precedent to the effectiveness of this Contract, upon the Effective Date, the Contractor shall provide an irrevocable bank guarantee, payable to The Permanent Secretary, Ministry of Commerce, Industry and Tourism, guaranteeing its minimum exploration work obligations for the initial term of the exploration period provided in Article 3.1. The bank guarantee shall be issued by a bank licensed to operate in any of the following countries: the Republic of Cyprus, any member state of the European Union, any country of the European Economic Area, any country that had signed the Government Procurement Agreement (GPA) and any other country that had signed and ratified Association Agreements or Bilateral Agreements with the European Union or the Republic of Cyprus and has the right to do so, according to the legislation of those countries”.

Observe-se que, enquanto o PSA brasileiro limita os tipos de garantia aceitos a três modalidades (carta de crédito, seguro garantia ou contrato de penhor), o PSC utilizado pelo Chipre admite qualquer garantia bancária que goze de respaldo perante a comunidade internacional, o que amplia as possibilidades e desburocratiza (com segurança) o relacionamento entre Poder Público e FOC contratada – representando, em última análise, um mecanismo de atração à exploração petrolífera naquele país e que espelha uma tendência global nesse sentido.

#### **4.4 As cláusulas de óleo-custo**

Os incisos IV e V do art. 29 da Lei 12.351/2010 elencam como requisito expresso do PSC a cláusula que garanta “o direito do contratado à apropriação do custo em óleo, exigível unicamente em caso de descoberta comercial”, bem como aquela que defina “os limites, prazos, critérios e condições para o cálculo e apropriação pelo contratado do custo em óleo e do volume da produção correspondente aos royalties devidos”<sup>92</sup>.

Quando os estudos técnicos e as atividades de pesquisa comprovam que determina porção de que uma bacia petrolífera é comercialmente rentável, a companhia exploradora deve anunciar tal descoberta formalmente, com o fito de registrar que aquele bloco deixou de ser tão-somente um campo de pesquisa, passando a ser uma área de prospecção.

O instrumento que se presta a tal finalidade é, segundo a prática internacional, o Plano Preliminar de Desenvolvimento (PPD), documento este que fixa as diretrizes para otimizar a exploração dos hidrocarbonetos descobertos naquela área específica. Quando o PPD é aprovado pelo Estado contratante, confere-se à companhia petrolífera prazo suplementar para elaboração do Plano de Desenvolvimento de Campo (PDC), projeto definitivo no qual devem constar: I) a estimativa detalhada do volume de hidrocarbonetos presente na região (montante comprovado, provável e possível); II) a quantidade mínima de plataformas necessárias para desenvolver o campo e o custo estimado de suas respectivas perfurações; III) o custo

---

<sup>92</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

estrutural das instalações necessárias (plataformas, centrais de processamento, oleodutos etc) ao empreendimento; IV) o calendário de atividades<sup>93</sup>.

Nesse estágio, a empresa exploradora tem finalmente em mãos os dados técnicos necessários para aferir, com a máxima precisão possível, quais serão os custos globais do empreendimento.

A redação do inciso V é clara quanto à intenção do legislador pátrio em adotar o modelo compensatório pela via do pagamento de *royalties*, calculados sobre parcela da produção.

O operador pode recuperar a maioria dos seus custos a partir de uma porcentagem pré-estabelecida da produção, denominada óleo de custo ou óleo-lucro. A maioria dos contratos possui um limite de óleo de custo, normalmente 50% da produção, muito embora existam acordos com taxa de recuperação de custos ilimitada – esse patamar irá variar de acordo com as características específicas do campo de exploração (reservas marginais<sup>94</sup>, por exemplo, podem demandar maiores taxas de óleo-lucro, com o fito de garantir o retorno financeiro esperado pela companhia investidora). Quando o óleo-lucro não é suficiente para cobrir os custos operacionais acrescidos da taxa de depreciação, exaustão e amortização, bem como de eventuais investimentos acessórios, o crédito é resguardado em favor da parte exploradora e recuperado na próxima temporada. Por isso, quanto maior o limite de compensação de custos, mais tempo o Estado leva para adimpli-lo.

Em atenção aos incisos IV e V do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela ANP para a 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera prevê as seguintes cláusulas:

5.1. Exclusivamente em caso de Descoberta Comercial, o Contratado terá direito a receber, a título de Custo em Óleo, uma parcela da Produção de Petróleo e Gás Natural, conforme os prazos, critérios e condições estabelecidas no Anexo VII.

5.2. Serão recuperados como Custo em Óleo, segundo a metodologia e procedimentos estabelecidos no Anexo VII, os gastos que tenham sido:

- a) previamente aprovados pelo Comitê Operacional ou cuja aprovação seja dispensada por este Contrato; e
- b) reconhecidos pela Gestora.

<sup>93</sup> Cf. BAKR, M.; EL-MENYAWY, M.; SHAHEEN, S. E.; **Engineering and economical concerns on cost recovery treatment for sharing production facilities**. Houston: Society of Petroleum Engineers, 1999, p. 02.

<sup>94</sup> Denominação técnica atribuída aos campos petrolíferos de baixa rentabilidade.

5.2.1. Poderão ser recuperados como Custo em Óleo os gastos incorridos pelos Contratados no período anterior à assinatura do Contrato e até a constituição do Comitê Operacional que sejam, cumulativamente:

- a) relacionados à aquisição de dados e informações, obtenção de licenças, autorizações e permissões governamentais;
- b) passíveis de recuperação segundo os critérios previstos no Anexo VII; e
- c) ratificados pelo Comitê Operacional, previamente à sua efetiva recuperação como Custo em Óleo.

5.3. Os gastos a serem recuperados como Custo em Óleo serão registrados em conta própria, denominada conta Custo em Óleo.

5.5. A gestão do processo de apuração, reconhecimento e recuperação do Custo em Óleo será de competência exclusiva da Gestora, que administrará, inclusive, a conta Custo em Óleo.

6.1. O valor dos Royalties devidos a cada mês em relação a cada Área de Desenvolvimento ou Campo será determinado multiplicando-se o equivalente a 15% (quinze por cento) do Volume Total da Produção de Petróleo e Gás Natural da Área de Desenvolvimento ou Campo durante o referido mês pelos seus respectivos preços de referência, definidos na forma do Anexo VII.

6.3. O Contratado fará jus ao volume da Produção correspondente aos Royalties devidos, sendo vedado, em qualquer hipótese, o ressarcimento em pecúnia.<sup>95</sup>

A título comparativo, observe-se a redação das seguintes cláusulas de modelos contratuais estrangeiros:

25.3. De acordo com as disposições do Procedimento Contábil e deste Contrato, desde o início da produção na Área Contratual, o CONTRATADO terá o direito de recuperar a qualquer momento todos os Custos Petrolíferos gerados sob este Contrato, no montante de 55% (cinquenta e cinco por cento) do Óleo Bruto Disponível para petróleo com densidade superior a trinta (30) graus API, sessenta por cento (60%) para petróleo com vinte (20) a trinta (30) graus API, sessenta e cinco por cento (65%) para petróleo com quatorze (14) a vinte (20) graus API, e setenta por cento (70%) para petróleo com menos de quatorze (14) graus API.<sup>96</sup>

<sup>95</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>96</sup> CURDISTÃO. **Model production sharing contract for exploration and production in Kurdistan**. Disponível em: [http://gov.krd/pdf/MODEL\\_PRODUCTION\\_SHARING\\_AND\\_EXPLORATION\\_PRODUCTION\\_IN\\_KURDISTAN.pdf](http://gov.krd/pdf/MODEL_PRODUCTION_SHARING_AND_EXPLORATION_PRODUCTION_IN_KURDISTAN.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “Subject to the provisions of the Accounting Procedure and this Contract, from the outset of production in the Contract Area, the CONTRACTOR shall at any time be entitled to recover any Petroleum Costs incurred under this Contract, of fifty-five percent (55%) of Available Crude Oil for oil with a gravity more than thirty (30) degrees American Petroleum Institute (API), sixty percent (60%) for oil between twenty (2) and thirty (30) degrees API, sixty-five percent (65%) for oil between fourteen (14) and twenty (20) degrees API, and seventy percent (70%) for oil less than fourteen (14) degrees API”.

7.2.1. Após dedução dos Royalties, o Contratante terá direito a até [*inserir número*] por cento ([*inserir número*]%) do Total de Produção Descartável remanescente em qualquer Ano do Calendário, para recuperação dos seus Custos de Operações Petrolíferas (Óleo de Recuperação de Custos).<sup>97</sup>

É interessante observar como cada PSA traz em seu bojo mecanismos distintos de cálculo do montante recuperável pela FOC contratada a título de custos da atividade petrolífera (quer seja através de valores fixos, índices adotados internacionalmente, fórmulas contratuais específicas etc). Isso evidencia o quanto esses parâmetros técnicos influenciam na atratividade contratual e na disputa de mercado: não há dúvida de que a facilidade na recuperação de custos e a maximização desse retorno financeiro influenciam substancialmente na escolha de uma FOC por determinado país para execução de suas atividades, de modo que, quanto mais simples e isonômico seja o sistema de óleo-custo adotado pelo Ente Público, melhor.

#### 4.4.1. Caso prático: República da Índia *versus* Cairn Energy India LTDA & Ravva Oil Pte Ltd<sup>98</sup>

A Cairn Energy (Índia) e a Ravva Oil (Cingapura) (ora denominadas “Reclamantes”), empresas em *joint venture*, firmaram um PSC com o governo da Índia para exploração do campo petrolífero de águas profundas Ravva, localizado na Bacia de Bengala.

Segundo o contrato, o processo de extração deveria seguir um Plano de Desenvolvimento específico, que previa, dentre outras disposições, o direito das Reclamantes a requerer compensação pelos custos operacionais do empreendimento – compensação esta, contudo, limitada a US\$ 189 milhões + 5% dos Custos Básicos de Desenvolvimento (CBD). Ademais, o PSC estabelecia que toda receita obtida durante sua execução seria partilhada entre as partes, sem fazer menção a qualquer influência do lucro eventual sobre a taxa de recuperação de custos.

<sup>97</sup> GUINÉ EQUATORIAL. **Production sharing contract**. Disponível em: <http://www.eisourcebook.org/cms/files/attachments/other/Equatorial%20Guinea%20Model%20Production%20Sharing%20Contract.pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “After deducting Royalties, the Contractor shall be entitled to up to [insert number] percent ([insert number]%) of the Total Disposable Production remaining in any Calendar Year for recovery of its Petroleum Operations Costs (Cost Recovery Oil)”.

<sup>98</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 596-597.



O Plano de Desenvolvimento previa a perfuração de vinte e um poços na região. Em março de 1999, quatorze poços haviam sido perfurados e o campo atingiu uma taxa de produção de cerca de 35.000 barris de petróleo por dia. Os sete poços restantes foram reclassificados como parte de um “Programa de Desenvolvimento Adicional Facultativo”, que não foi incluído na fórmula de cálculo dos CBDs do empreendimento.

Daí surgiu a disputa: de um lado, as Reclamantes alegavam que teriam direito à taxa de recuperação de custos integral, conforme prevista no PSC (US\$ 189 milhões + 5% dos Custos Básicos de Desenvolvimento) e calculada levando-se em consideração os CBDs dos sete poços objeto da renegociação, efetivamente executados; do outro, o Governo da Índia sustentava seu suposto direito ao reembolso das quantias pagas a título de compensação de custos após 1999, por ausência de fundamento contratual.

A controvérsia foi submetida a arbitragem privada, e os especialistas reconheceram a prevalência dos custos efetivos suportados pelas Reclamantes com a perfuração dos sete poços adicionais, razão pela qual seus CBDs também deveriam ser levados em consideração para fins de cálculo compensatório, nos termos originais do PSC.

Esse caso ilustra alguns dos problemas mais comuns oriundos dos contratos de partilha de produção de hidrocarbonetos: incerteza de custos, conflitos entre obrigações contratuais e taxas de recuperação, e a eventual necessidade de reajuste do programa exploratório de acordo com a realidade fática encontrada após o início dos trabalhos de extração. Mesmo sem a existência de uma cláusula de *hardship* expressa no contrato, o cálculo da Taxa de Recuperação de Custos poderia ter sido reajustado aos resultados práticos do pacto – todavia, uma cláusula de *hardship* bem redigida teria potencialmente evitado a instauração do litígio e do procedimento arbitral.

#### **4.5 As cláusulas de repartição de lucros**

Nos termos do inc. VII do art. 29 da Lei 12.351/2010, o contrato de partilha de produção petrolífera definirá “as regras e os prazos para a repartição do excedente em óleo, podendo incluir critérios relacionados à eficiência econômica, à rentabilidade, ao volume de

produção e à variação do preço do petróleo e do gás natural, observado o percentual estabelecido segundo o disposto no art. 18”<sup>99</sup>.

Em atenção ao inciso VII do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela ANP para a 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera prevê as seguintes cláusulas:

9.1. A Contratante e o Contratado partilharão mensalmente o volume de Petróleo e Gás Natural correspondente ao Excedente em Óleo produzido na Área do Contrato.

9.2. A parcela do Excedente em Óleo cabível à Contratante será variável em função da média do preço do Petróleo tipo Brent e da média da Produção diária de Petróleo dos poços produtores da Área de Desenvolvimento ou do Campo, na forma da tabela do Anexo XII.

9.2.1. O preço do Petróleo será correspondente à média mensal dos preços diários do Brent Dated, de acordo com a cotação publicada diariamente pela Platt's Crude Oil Marketwire.

9.2.2. O volume de Gás Natural produzido será partilhado com o mesmo percentual aplicado à partilha do volume de Petróleo.<sup>100</sup>

Ressalte-se que o percentual de óleo-lucro cabível à ANP dependerá da oferta vencedora do processo licitatório (proposta mais vantajosa, segundo o critério da oferta de maior excedente em óleo para a União, previsto no art. 18 da Lei 12.351/2010).

A título comparativo, observe-se a redação das seguintes cláusulas de modelos contratuais estrangeiros:

7.1. A cada Ano-Calendário, as Partes deverão receber as seguintes cotas sobre todo Petróleo de qualquer grau e qualidade que for entregue no Ponto de Exportação:

(a) o Ministério:

(i) cinco (5) por cento; mais

(ii) sua participação em qualquer saldo, conforme mencionado no parágrafo 7.1(c);

(b) o Contratado:

(i) noventa e cinco (95) por cento, mas não mais do que o equivalente em pecúnia aos Custos Recuperáveis do Ano-Calendário em análise; mais

(ii) sua participação em qualquer saldo, conforme mencionado no subparágrafo 7.1(c);

<sup>99</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>100</sup> ANP. Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

(c) qualquer Petróleo que não seja tomado pelo Contratado nos termos do subparágrafo 7.1(b)(i) será dividido na proporção de 40 (quarenta por cento) para o Ministério e 60 (sessenta por cento) para o Contratado.<sup>101</sup>

5(1). Na execução do Acordo de Partilha da Produção Bruta referido no Artigo 4º, as cotas básicas de repartição da produção são determinadas do seguinte modo:

a. para Petróleo Bruto, 57% (cinquenta e sete por cento) de participação do Governo e 43% (quarenta e três por cento) de participação do Contratado.

b. para Gás Natural, 52% (cinquenta e dois por cento) de participação do Governo e 48% (quarenta e oito por cento) de participação do Contratado.<sup>102</sup>

Assim como no caso das cláusulas de óleo-custo, é possível observar que as cláusulas de repartição de lucros comportam uma vasta gama de redações distintas, oferecendo inúmeras possibilidades de partilha financeira entre Estado hospedeiro e FOC contratada, mais ou menos lucrativas (e, conseqüentemente, mais ou menos atrativas às empresas transnacionais).

#### 4.6 As cláusulas técnicas

Consta dos incisos XI, XII e XIII do art. 29 da Lei 12.351/2010 que o PSA preverá “o prazo de duração da fase de exploração e as condições para sua prorrogação”, “o programa exploratório mínimo e as condições para sua revisão”, e “os critérios para formulação e revisão dos planos de exploração e de desenvolvimento da produção, bem como dos

<sup>101</sup> TIMOR LESTE. **Model production sharing contract under the petroleum act**. Disponível em: <http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/PSC%20model%20270805.pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “In each Calendar Year, the Parties shall take and receive the following shares of every grade and quality of Petroleum as and when it is delivered at the Field Export Point: (a) the Ministry: (i) five (5) percent; plus (ii) its share of any balance as mentioned in paragraph 7.1(c); (b) the Contractor: (i) ninety five (95) percent but not more than is equal in value to Recoverable Costs for the Calendar Year concerned; plus (ii) its share of any balance as mentioned in paragraph 7.1(c); (c) any Petroleum not taken by the Contractor under sub-paragraph 7.1(b)(i) shall be shared as to forty (40) percent by the Ministry and as to sixty (60) percent by the Contractor”.

<sup>102</sup> INDONÉSIA. **Gross split production sharing contract**. Disponível em: [http://www.ipa.or.id/assets/images/news/20170119%20IPA%20-%20Permen%2008%202017%20Original\\_ENG%20FINAL.pdf](http://www.ipa.or.id/assets/images/news/20170119%20IPA%20-%20Permen%2008%202017%20Original_ENG%20FINAL.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “5(1). In the execution of the Gross Split Production Sharing Contract as referred to in Article 4, the production sharing base split is determined as follows: a. for Crude oil in the amount of 57 % (fifty seven percent) Government share and 43 % (forty three percent) Contractor share. b. for Natural Gas in the amount of 52 % (fifty two percent) Government share and 48 % (forty eight percent) Contractor share”.

respectivos planos de trabalho, incluindo os pontos de medição e de partilha de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos produzidos”<sup>103</sup>.

Em atenção aos incisos XI, XII e XIII do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela ANP para a 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera prevê as seguintes cláusulas:

10.1. A Fase de Exploração consistirá em um único período, com duração de 7 (sete) anos, e começará na data de assinatura do Contrato.

10.3. O Plano de Exploração deverá contemplar todas as atividades exploratórias a serem realizadas na Área do Contrato ao longo de sua vigência e deverá considerar, obrigatoriamente, o Programa Exploratório Mínimo.

10.11. A Fase de Exploração poderá ser prorrogada a critério da ANP.<sup>104</sup>

A título comparativo, observe-se a redação das seguintes cláusulas de modelos contratuais estrangeiros:

2.3(a) O Período de Exploração terá início na Data de Vigência e, a menos que esta Licença seja anteriormente revogada ou rescindida na forma do Artigo 26, deverá continuar:

(i) por um período inicial de dois anos a partir da Data de Vigência (o “Período de Pesquisa Inicial”)<sup>105</sup>

2.1. O Contratado está autorizado sob este Contrato a conduzir Operações de Exploração de Hidrocarbonetos dentro da Área Contratual durante um período inicial de exploração de \_\_\_\_ (\_\_\_\_) Anos Contratuais.<sup>106</sup>

15.1. A partir do Ano-Calendário no qual o Ministro aprovar o primeiro Plano de Desenvolvimento para a Área Contratual, o Contratado deverá preparar e apresentar ao Ministro para aprovação, na forma que o Ministro solicitar, um Programa de Trabalho de Desenvolvimento e Produção anual acompanhado de orçamento, detalhando em intervalos trimestrais todos os aspectos das Operações Petrolíferas a serem realizadas em cada Área de Produção e suas instalações e infraestrutura, o custo estimado, duração e localização de cada operação, e, quando aplicável, a taxa mensal estimada de

<sup>103</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>104</sup> ANP. Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>105</sup> GÂMBIA. Model petroleum, exploration, development and production license. Disponível em: [http://www.mop.gov.gm/sites/default/files/Model-Petroleum-EDP-Licence\\_Gambia-2014.pdf](http://www.mop.gov.gm/sites/default/files/Model-Petroleum-EDP-Licence_Gambia-2014.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The Exploration Period shall commence on the Effective Date and, unless this License is sooner terminated or surrendered pursuant to Article 26 shall continue:

(i) for an initial period of two years from the Effective Date (the “Initial Exploration Period”).”

<sup>106</sup> CHIPRE. Model production sharing contract. Disponível em: [http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/\\$file/Model\\_PS\\_C\\_1LR.pdf](http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/$file/Model_PS_C_1LR.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “The Contractor is authorized under this Contract to conduct Hydrocarbons Exploration Operations within the Contract Area during an initial exploration period of \_\_\_\_ (\_\_\_\_) Contract Years”.

Produção para cada Área de Produção. Cada Programa de Trabalho e orçamento proposto deverá incluir também uma previsão anual de atividades de Desenvolvimento e Produção pelo período subsequente de quatro (4) Anos-Calendário ou até o final da vigência do contrato, o que for menor.<sup>107</sup>

Tratam-se de parâmetros inerentes à complexidade da atividade petrolífera e que, como tal, devem ser objeto de pormenorizada negociação entre os setores técnicos do Ente Público e da FOC contratada, com o fito de garantir uma execução contratual eficiente e segura.

#### 4.7 As cláusulas penais

Conforme preceitua o inciso XVI do art. 29 da Lei 12.351/2010, o PSC deve especificar “as penalidades aplicáveis em caso de inadimplemento das obrigações contratuais”.

Em atenção ao inciso XVI do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela ANP para a 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera prevê a seguinte cláusula:

31.1. Em caso de descumprimento das obrigações estabelecidas neste Contrato ou de seu cumprimento em lugar, tempo ou forma diverso do pactuado, incorrerá o Contratado nas sanções específicas previstas neste instrumento e na Legislação Aplicável, sem prejuízo da responsabilização por eventuais perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

A cláusula 31.1 faz referência a uma série de penalidades que se encontram elencadas ao longo de toda a minuta contratual, sem uma sessão específica, a exemplo de sanções pecuniárias, redução de participação nos lucros, suspensão ou acordo ou até mesmo rescisão integral do pacto de partilha – hipóteses que serão melhor detalhadas em tópico subsequente.

---

<sup>107</sup> TRINDADE E TOBAGO. **Production sharing contract**. Disponível em: [http://www.energy.gov.tt/wp-content/uploads/2013/11/Deepwater\\_Model\\_PSC\\_CBO\\_2013.pdf](http://www.energy.gov.tt/wp-content/uploads/2013/11/Deepwater_Model_PSC_CBO_2013.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “Commencing in the Calendar Year in which the Minister approves the first Development Plan for the Contract Area, Contractor shall prepare and submit to the Minister for approval, in such form as the Minister may direct, an annual Development and Production Work Programme and budget detailing by Calendar Quarter all aspects of the proposed Petroleum Operations to be carried out in relation to each Production Area and related facilities and infrastructure, the estimated cost thereof, duration and location of each operation, and, where applicable, the estimated monthly rate of Production for each Production Area. Each proposed Work Programme and budget shall also include a forecast of yearly Development and Production activity and expenditure for the ensuing period of four (4) Calendar Years or the period up to the end of the term of the Contract, whichever is shorter”.

#### 4.8 As cláusulas de cessão

Segundo o inciso XVII do art. 29 da Lei 12.351/2010, “os procedimentos relacionados à cessão dos direitos e obrigações relativos ao contrato”<sup>108</sup> devem constar expressamente dentre as cláusulas do pacto de partilha de produção.

Por se tratar de um acordo de longo prazo (como já visto, raramente o PSC é firmado por um período aquém dos 25 anos), o contrato de partilha de produção é um pacto que está sujeito não apenas à ação de fatores externos ao longo de sua vigência, mas também à influência dos interesses comerciais da FOC contratada. Esses interesses não são imutáveis: por mais que, no momento da assinatura do ajuste, a companhia petrolífera esteja obstinada a executar o empreendimento com perfeição e auferir os lucros esperados, as vicissitudes da vida empresarial podem fazer com que, após certo lapso temporal, a FOC já não possua mais interesse (ou condições) de estar à frente do projeto exploratório/produtivo.

Nessa hipótese, a cessão dos direitos e obrigações contratuais exsurge como um caminho viável à subsistência do empreendimento.

Em atenção ao inciso XVI do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela ANP para a 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera traz em seu bojo a seguinte cláusula:

30.1. Os direitos e obrigações dos Contratados sobre este Contrato poderão ser, no todo ou em parte, objeto de Cessão, condicionada à prévia e expressa autorização da Contratante, ouvida a ANP.<sup>109</sup>

Frise-se que, em seguida, o modelo contratual brasileiro elenca as hipóteses e os procedimentos formais para perfectibilização da cessão, destacando-se a necessidade de aprovação prévia por parte do Poder Executivo (cláusulas 30.11 e 30.12).

#### 3.8.1. Caso prático: Saba *versus* República do Yemen, julgado pela Câmara Internacional do Comércio<sup>110</sup>

<sup>108</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>109</sup> ANP. Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

A Saba (Netherlands BVI) era parte minoritária em um consórcio trilateral (juntamente com a Yemen's Adair International Oil & Gas e com uma subsidiária da Occidental Petroleum com sede no Iêmen) que firmou um PSC com a República do Iêmen em 2000. Posteriormente, tanto a Adair quanto a Occidental Petroleum perderam interesse no bloco e pugnaram pela saída do acordo, razão pela qual a Saba decidiu assumir as atribuições das outras partes e dar prosseguimento ao empreendimento comercial – o que foi recusado pelo governo do Iêmen. Assim, a Saba levou o caso à ICC em fevereiro de 2010, requerendo uma declaração de que o ministro iemenita estaria infringindo o PSC e leis materiais daquele país.

O julgamento, ocorrido em abril de 2013, foi favorável à República do Iêmen e, embora os detalhes sejam confidenciais, há relatos de que o tribunal fundamentou sua decisão no fato de que o PSC não possuía uma cláusula que permitisse expressamente o exercício de todas as atribuições do pacto por um único membro do consórcio.

#### 4.9 As cláusulas de resolução de controvérsias

O inciso XVIII do art. 29 da Lei 12.351/2010 contempla “as regras sobre solução de controvérsias, que poderão prever conciliação e arbitragem”<sup>111</sup>.

Em atenção ao inciso XVIII do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual divulgada pela ANP para a 5ª Rodada de Licitações traz em seu bojo as seguintes cláusulas sobre o tema:

36.2. As Partes e demais signatários deste Contrato comprometem-se a envidar todos os esforços no sentido de resolver entre si, amigavelmente, toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste Contrato ou com ele relacionada.

36.3. As Partes poderão, mediante acordo por escrito e a qualquer tempo, submeter a disputa ou controvérsia a mediação de entidade habilitada para tanto, nos termos de seu regulamento e conforme a Legislação Aplicável.

36.4. As Partes e demais signatários poderão, mediante acordo por escrito, recorrer a perito independente para dele obter parecer fundamentado que possa levar ao encerramento da disputa ou controvérsia.

<sup>110</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 599-600.

<sup>111</sup> BRASIL. Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

36.5. Após o procedimento previsto no parágrafo 36.2, caso uma das Partes ou um dos signatários considere que inexistem condições para uma solução amigável da disputa ou controvérsia a que se refere tal /parágrafo, tal questão será submetida a arbitragem.<sup>112</sup>

Exsurge, portanto, que o modelo contratual brasileiro prevê quatro instrumentos de solução de controvérsias: conciliação, mediação, perícia independente e arbitragem.

Notadamente, a utilização da arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural tem sido recorrente nos últimos anos, de modo que as regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) têm sido adaptadas e aplicadas com frequência exponencial nessa seara. Vários fatores contribuem para a escolha do procedimento de arbitragem como mecanismo de resolução de litígios na indústria petrolífera, a saber: 1) a natureza extremamente técnica da atividade, que demanda árbitros com conhecimentos específicos e avançados; 2) o alto grau de sofisticação dos contratos, geralmente elaborados por consultores com vasta experiência profissional e qualificação técnica, os quais sabem que a judicialização é um caminho a ser evitado ao máximo – razão pela qual lançam mão de mecanismos alternativos de solução de litígios; 3) a natureza predominantemente internacional das operações das grandes empresas do setor, bem como a existência de campos e bacias petrolíferas que ultrapassam fronteiras (e, conseqüentemente, interessam a Estados diferentes), favorecendo a arbitragem como um modo de resolução de conflitos menos burocrático; 4) os interesses comerciais geralmente convergentes e as relações contratuais de longo termo são comuns entre os agentes econômicos do setor, o que enfraquece a cultura do litígio judicial (que é marcada pelos custos elevados, pelo alto consumo de tempo, pelo caráter adversarial e pelo potencial destrutivo das boas relações).

Segundo o art. 1º, item 3, da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, editada no ano de 1985 e atualizada em 2006, um procedimento de arbitragem é considerado internacional quando:

- a) as partes que firmam um acordo de arbitragem possuem, ao tempo da conclusão do acordo, sedes negociais em Estados diferentes; ou
- b) um dos seguintes locais se situa fora dos Estados nos quais as partes possuem suas sedes negociais:

---

<sup>112</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.



- o local da arbitragem (se determinado pelo acordo de arbitragem, ou fixado de acordo com o mesmo)
  - qualquer local onde uma parcela substancial das obrigações decorrentes da relação comercial deva ser executada, ou o local com o qual o objeto da disputa possua maior conexão; ou
- c) as partes anuem expressamente que o objeto da convenção de arbitragem possui envolvimento mais de um país.

Sendo uma arbitragem classificada como “internacional”, é natural que mais de um ordenamento jurídico permeie esse mecanismo de resolução de controvérsias, uma vez que é necessário determinar:

- a) a lei aplicável para determinar a capacidade das partes de se submeter ao procedimento de arbitragem;
- b) a lei aplicável para reger o acordo de arbitragem em si, muitas vezes um instrumento contratual autônomo em relação ao acordo comercial principal;
- c) a lei aplicável aos procedimentos de arbitragem (*lex arbitri*);
- d) a lei material aplicável à disputa em si (*lex causae*) (normalmente escolhida pelas partes; em caso negativo, as Regras de Arbitragem Internacional da CIC geralmente a definem)
- e) a lei aplicável à eventual execução da sentença arbitral (normalmente a lei do local de cumprimento da obrigação)

A título comparativo, observe-se a redação das seguintes cláusulas de modelos contratuais estrangeiros sobre o tema da resolução de controvérsias, notadamente o instituto da arbitragem:

29.2.1. Qualquer controvérsia que exsurja entre as Partes será resolvida por arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL atualmente em vigor, por três (3) árbitros que serão designados de acordo com o Artigo 7 do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. Para os fins do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, a autoridade investida do poder de nomeação será o Presidente do Tribunal Internacional de Justiça de Haia.<sup>113</sup>

<sup>113</sup> TURQUEMENISTÃO. **Model production sharing agreement for petroleum exploration and production in Turkmenistan (part 1)**. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/texts/tuk81989E.doc>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “Any dispute arising between the Parties shall be finally settled by

22.1. Na hipótese de qualquer disputa entre a República e o Contratado no que tange à interpretação ou execução de quaisquer disposições deste Contrato, as Partes deverão emendar seus melhores esforços para solucionar a controvérsia amigavelmente, através de consulta.

22.2. Se, dentro de três (3) meses a partir da data de notificação da referida disputa, as Partes não tiverem chegado a acordo amigável, a controvérsia será submetida, a pedido da Parte mais diligente, ao Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID), com o fito de ser solucionada através de arbitragem, de acordo com as regras estabelecidas pela Convenção de Resolução de Controvérsias sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados.<sup>114</sup>

#### 4.10 As cláusulas de vigência e extinção

Dentre as cláusulas essenciais do PSC nacional, o inciso XIX do art. 29 da Lei 12.351/2010 elenca “o prazo de vigência do contrato, limitado a 35 (trinta e cinco) anos, e as condições para a sua extinção”<sup>115</sup>.

É importante ter em mente que os PSAs são, em sua essência, um misto de dois tipos contratuais: exploração e produção. Nesse diapasão, estipula-se um período exploratório mínimo (com possibilidade de prorrogação) e, ao final dessa fase, a companhia petrolífera normalmente abre mão de uma certa porcentagem da área contratada total (aquela sem potencial econômico). A partir desse momento, é feita a declaração formal de descoberta de hidrocarbonetos rentáveis e, aprovado o cronograma de trabalhos, dá-se início à fase de prospecção. Assim, exsurtem duas possibilidades: ou os prazos de vigência dessas duas fases são fixados independentemente (com hipóteses de extensão também independentes), ou prevê-se um único prazo para a duração total de todas as fases contratuais.

---

arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules as at present in force by three (3) arbitrators who shall be appointed in accordance with Article 7 of the UNCITRAL Arbitration Rules. For the purposes of the UNCITRAL Arbitration Rules, the appointing authority shall be the President of the International Court of Justice at The Hague”.

<sup>114</sup> CHIPRE. **Model production sharing contract.** Disponível em: [http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/\\$file/Model\\_PS\\_C\\_1LR.pdf](http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/$file/Model_PS_C_1LR.pdf). Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “22.1. In the event of any dispute between the Republic and the Contractor regarding the interpretation or performance of any provisions of this Contract, the Parties shall make their best efforts to settle such dispute amicably through consultation. 22.2. If, within three (3) months from the date of notice of such dispute, the Parties have not reached amicable settlement, the dispute shall be submitted, upon request of the most diligent Party, to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) in order to be settled by arbitration in accordance with the rules set forth by the Convention on the Settlement of Investment disputes between States and Nationals of other States”.

<sup>115</sup> BRASIL. **Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

Em se tratando dos casos de extinção do pacto de partilha, um dos efeitos mais curiosos na seara brasileira é a reversão de bens, prevista mais recente na cláusula 23.10 da minuta contratual aplicável à 5ª Rodada de partilha de produção petrolífera brasileira. *In verbis*:

23.10. Nos termos dos arts. 29, XV, e 32, §§ 1º e 2º, da Lei nº 12.351/2010, todos e quaisquer bens móveis e imóveis, principais e acessórios, integrantes da Área do Contrato e que, a critério exclusivo da Contratante, ouvida a ANP, sejam necessários para permitir a continuidade das Operações ou cuja utilização seja considerada de interesse público reverterão à posse e propriedade da Contratante e à administração da ANP no caso de extinção deste Contrato ou de devolução de parcelas da Área do Contrato.

Ao discorrer sobre os contratos de concessão (aos quais, como já se visto, se aplica a mesma lógica dos pactos de partilha), Humberto Lima de Lucena Filho esclarece que a cláusula de reversão tem como escopo garantir a “transferência dos bens afetos às atividades sob concessão que são indispensáveis para a continuidade da produção, caso a ANP venha a promover nova concessão sobre a mesma área”<sup>116</sup>. Trata-se, assim, de um instrumento de salvaguarda do interesse público, segundo o entendimento do autor.

Em atenção ao inciso XIX do art. 29 da Lei 12.351/2010, a minuta contratual retromencionada, divulgada pela ANP, prevê as seguintes cláusulas:

4.1. Este Contrato terá duração de 35 (trinta e cinco) anos, com vigência e eficácia a partir da data de sua assinatura.

32.1. Este Contrato extingue-se, de pleno direito:

- a) pelo decurso do prazo de vigência previsto na Cláusula Quarta;
- b) pelo término da Fase de Exploração sem que o Programa Exploratório Mínimo tenha sido cumprido;
- c) ao término da Fase de Exploração caso não tenha ocorrida qualquer Descoberta Comercial;
- d) caso o Contratado devolva integralmente a Área do Contrato;
- e) caso o Contratado exerça seu direito de desistência durante a Fase de Exploração;
- f) pela não entrega do Plano de Desenvolvimento no prazo fixado pela ANP;
- g) pela não aprovação do Plano de Desenvolvimento pela ANP previsto na Cláusula Décima Quinta;
- h) total ou parcialmente, pela recusa dos Consorciados em firmar o acordo de Individualização da Produção, após decisão da ANP;
- i) pela decretação de falência ou a não aprovação de requerimento de recuperação judicial de qualquer Contratado por parte do juízo competente, ressalvado o disposto no parágrafo 32.4.2.

<sup>116</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A extinção de concessões de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. **Revista Brasileiro de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, n. 34, p. 173-194, 2011.

32.2. Este Contrato poderá ser resiliado a qualquer momento, por comum acordo entre as Partes, sem prejuízo do cumprimento das obrigações dispostas na Cláusula Décima.

32.4. Este Contrato será resolvido nos seguintes casos:

- a) descumprimento pelos Consorciados das obrigações contratuais, em não se tratando de hipótese de extinção de pleno direito;
- b) recuperação judicial ou extrajudicial, sem a apresentação de um plano de recuperação aprovado e capaz de demonstrar à ANP capacidade econômica e financeira para integral cumprimento de todas as obrigações contratuais e regulatórias.<sup>117</sup>

A título comparativo, observe-se a redação da seguinte cláusula, presente no modelo contratual indiano:

30.3. Este Contrato poderá, de acordo com as disposições abaixo e com o Artigo 31, ser rescindido pelo Governo mediante notificação por escrito às partes da sua intenção de fazê-lo com noventa (90) dias de antecedência, nas seguintes circunstâncias, quando o Contratado ou uma Parte que compreenda o Contratado (“a Parte Inadimplente”)

- (a) intencionalmente apresente qualquer declaração falsa ao Governo, que de qualquer maneira seja materialmente levada em consideração na execução deste Contrato; ou
- (b) extraia ou autorize a extração de hidrocarbonetos de extração proibida pelo Contrato ou sem autorização do Governo, exceto aquelas extrações inevitáveis, resultantes de operações conduzidas de acordo com as práticas modernas e largamente aceitas da indústria petrolífera e que, quando realizadas, forem imediatamente notificadas ao Governo; ou
- (c) tenha sua falência decretada por um tribunal competente ou entre em processo de recuperação judicial; ou
- (d) aprove uma resolução que preveja a submissão a um tribunal competente para liquidação da Empresa, a menos que a liquidação seja para fins de fusão ou reconstrução e que o Governo, tendo sido notificado, esteja convencido de que o desempenho da Companhia sob este Contrato não será negativamente afetado e tenha dado sua aprovação para o ato; ou
- (e) designe qualquer interesse no Contrato sem o consentimento prévio do Governo, conforme previsto no Artigo 28; ou
- (f) não realize qualquer pagamento pecuniário exigido por lei ou por este Contrato até a data de vencimento ou dentro do período adicional após a data de vencimento estipulado pelo Governo; ou
- (g) não cumpra ou infrinja as disposições do presente Contrato em um material particular; ou
- (h) não cumpra qualquer determinação final ou sentença proferida por um perito ou corpo de árbitros, na forma do Artigo 33; ou

---

<sup>117</sup> ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural.** Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

(i) não cumpra ou deixe de observar qualquer dos termos e condições da Licença ou Arrendamento ou as disposições dos Atos ou Regras vinculados, na forma do Artigo 31;

j) Em caso de denúncia, conforme previsto no artigo 29.5.<sup>118</sup>

Perceba-se como cada PSA valora, em maior ou menor grau, certos acontecimentos fáticos como causas de extinção contratual – cabendo à FOC contratada evitar previsões excessivamente desarrazoadas e que representem insegurança jurídica à relação contratual entabulada.

#### **4.10.1 Caso prático: *joint venture* norte-americana versus Estado W – Caso Confidencial nº 14.108, da Câmara Internacional do Comércio<sup>119</sup>**

Nesta controvérsia confidencial, certo Estado (denominado “W”) concedeu a uma *joint venture* norte-americana os direitos exploratórios sobre uma bacia petrolífera pelo prazo de 20 (vinte) anos, com possibilidade de prorrogação mediante comum acordo.

Um ano antes do término do pacto, o Poder Executivo do Estado W firmou com a *joint venture* um Acordo de Renovação e Prorrogação, garantindo em diversas ocasiões que a companhia poderia permanecer no exercício de suas atividades exploratórias. A despeito

<sup>118</sup> ÍNDIA. **Model production sharing contract.** Disponível em: <http://petroleum.nic.in/sites/default/files/MPSC%20NELP-V.pdf>. Acesso em: 12/12/2018. Tradução livre. No original: “This Contract may, subject to the provisions herein below and Article 31, be terminated by the Government upon giving ninety (90) days written notice to the other Parties of its intention to do so in the following circumstances, namely, that the Contractor or a Party comprising the Contractor (“the Defaulting Party”) (a) has knowingly submitted any false statement to the Government in any manner which was a material consideration in the execution of this Contract; or (b) has intentionally and knowingly extracted or authorised the extraction of hydrocarbon not authorized to be extracted by the Contract or without the authority of the Government except such extractions as may be unavoidable as a result of operations conducted hereunder in accordance with generally accepted modern oilfield and petroleum industry practices which, when so extracted, were immediately notified to the Government or (c) is adjudged bankrupt by a competent court or enters into or scheme of composition with its creditors or takes advantage of any law for the benefit of debtors; or (d) has passed a resolution to apply to a competent court for liquidation of the Company unless the liquidation is for the purpose of amalgamation or reconstruction of which the Government has been given notice and the Government is satisfied that the Company's performance under this Contract would not be adversely affected thereby and has given its approval thereto; or (e) has assigned any interest in the Contract without the prior consent of the Government as provided in Article 28; or (f) has failed to make any monetary payment required by law or under this Contract by the due date or within such further period after the due date as may thereafter be specified by the Government; or (g) has failed to comply with or has contravened the provisions of this Contract in a material particular; or (h) has failed to comply with any final determination or award made by a sole expert or arbitrators subject to Article 33; or (i) has failed to carry out or observe any of the terms and conditions of the License or Lease or the provisions of the Acts or Rules in force thereunder, subject however, to Article 31. (j) on notice of termination as provided in Article 29.5”.

<sup>119</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 597-598.

disso, o referido pacto não foi aprovado pelo Parlamento do Estado W, que decidiu por expulsar a *joint venture* da área em questão.

Os árbitros da ICC entenderam que, como as regras de direito interno do Estado W previam a necessidade de ratificação do Acordo de Prorrogação pelo Poder Legislativo, a decisão do Parlamento deveria ser respeitada e o PSC não poderia ser renovado. Nada obstante, reconheceram que o comportamento do Executivo do Estado W foi ambíguo e contraditório, violando o dever de boa-fé contratual contemplado dentre os princípios do UNIDROIT (Artigo 1.7), na medida em que gerou uma expectativa de direito infundada na empresa contratada. Assim, a ICC condenou o Estado W a ressarcir a *joint venture* nos custos das operações que foram iniciadas por força da expectativa de prorrogação do PSC.

Esse caso ilustra uma das controvérsias mais comuns no tocante à prorrogação dos PSCs: quando um acordo de prorrogação encontra obstáculos legislativos, não relacionados com as operações petrolíferas em si. Outras manifestações dessa problemática incluem situações nas quais a prorrogação do contrato é condicionada a critérios ambíguos ou é deixada inteiramente à discricionariedade do Estado nacional (tendência que tem sido observada nos PSCs mais recentes, como forma de barganha das empresas com os entes governamentais). O norte para solução dessas disputas deve ser, via de regra, o princípio da boa-fé contratual, informador das relações jurídicas privadas internacionais.

#### 4.11 A cláusula de estabilização

A cláusula de estabilização é um instrumento de proteção jurídica do qual as partes frequentemente lançam mão durante a elaboração de um PSC; entretanto, em vez de tutelar tão-somente a soberania estatal,

[...] a cláusula de estabilização cria um mecanismo que garante igualitariamente o ressarcimento de danos pela violação posterior das obrigações contratuais – numa virada da perspectiva predominantemente de direito público para aquela baseada principalmente no direito contratual comercial.<sup>120</sup>

---

<sup>120</sup> NDI, George; WAELDE, Thomas W. Stabilizing international investment commitments: international law versus contract interpretation. *Texas International Law Journal*. Austin, n. 31, p. 215-267, 1996.

Tal cláusula busca resguardar a FOC contratada dos riscos políticos do país hospedeiro. Nesse diapasão, tradicionalmente, previa que o Estado contratante não poderia alterar a legislação concernente ao pacto de partilha de produção petrolífera unilateralmente.

Grande parte da doutrina especializada, contudo, enxergou nesse modelo clássico de cláusula de estabilização uma ingerência ilegítima do ente privado na soberania legislativa governamental<sup>121</sup>, o que deu azo a duras críticas por parte de organizações da sociedade civil. Com isso, a redação tradicional caiu em desuso, dando lugar à previsão de que quaisquer mudanças legislativas que afetem os termos do PSC não serão aplicadas tão-somente àquele contrato específico.

#### **4.11.1 Caso prático: AGIP *versus* República do Congo – Caso nº ARB/77/1, do Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos<sup>122</sup>**

As partes fundaram uma companhia petrolífera, estabelecida sob “as leis congoleesas suplementadas pelos princípios do direito internacional”, e firmaram em 02 de janeiro de 1974 um “Protocolo de Acordo” entre si – anteriormente, portanto, ao movimento de nacionalização do setor de hidrocarbonetos que viria a se operar no Congo.

Nos termos do acordo, a República do Congo seria proprietária de 50% (cinquenta por cento) da companhia, e eventuais controvérsias seriam dirimidas pela via arbitral, junto ao Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID), adotando-se como lei aplicável à relação jurídica a legislação congoleesa. O acordo ainda possuía uma cláusula de estabilização segundo a qual o governo se comprometia a não alterar unilateralmente os atos constitutivos da empresa, ainda que houvessem mudanças legislativas supervenientes. Nada obstante, em 12 de abril de 1975, a República do Congo decidiu nacionalizar a companhia.

A AGIP instaurou o devido procedimento arbitral perante o ICSID e os julgadores decidiram em 30 de novembro de 1979 que, sob o prisma da legislação congoleesa (ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto), a cláusula contratual de estabilização era

---

<sup>121</sup> Cf. KAKEMBO, Dennis. **Stabilisation clauses in international petroleum contracts: illusion or safeguard?** Disponível em: [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ug/Documents/tax/tax\\_StabilisationClauses\\_2014.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ug/Documents/tax/tax_StabilisationClauses_2014.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

<sup>122</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 601-602.

válida e havia sido violada pelo Governo do Congo, condenando-o a ressarcir a AGIP pelos danos decorrentes do processo de estatização.

#### 4.12 As cláusulas ambientais

As cláusulas ambientais nos PSCs podem fazer referência ao direito ambiental nacional, internacional, ou a ambos (com ou sem hierarquia entre si). Algumas são mais ambíguas e fazem referência a termos genéricos como “padrões usualmente aceitos”, “boas práticas petrolíferas” (conceito já pormenorizado no presente estudo) ou “boas práticas de produção”, enquanto outras são mais precisas.

##### 4.12.1 Caso prático: a disputa do campo de Kashagan<sup>123</sup>

Kashagan é um campo de petróleo de águas profundas localizado no Cazaquistão, na região norte do Mar Cáspio, e considerado o segundo maior campo petrolífero do mundo, atrás apenas da Bahia de Prudhoe (norte do Alaska). É explorado pela North Caspian Operating Company (NCOC), empresa cujos acionistas são grandes companhias do ramo, em regime de partilha de produção com a estatal cazaquistã Agip KCO.

Em 24 de setembro de 2013, um cano rompido na plataforma de refinaria de Kashagan ocasionou um vazamento de sulfureto de hidrogênio, gás residual altamente tóxico e presente em larga escala nas profundezas do Mar Cáspio. Como forma de solucionar o incidente, todos os gases residuais da plataforma foram redirecionados para os dispositivos de *flaring*, o que, segundo um relatório de inspeção posterior, ocasionou a emissão excessiva de 2.8 milhões de metros cúbicos de gás carbônico poluente.

Tanto a NCOC quanto a Agip KCO foram multadas em US\$ 737 milhões pelas autoridades ambientais cazaquistãs, pela prática excessiva de *flaring*<sup>124</sup> durante o incidente em Kashagan. A multa foi aplicada pelo Departamento Ecológico da Província de Atyrau Oblast, e baseou-se no entendimento de que tanto a empresa operadora quanto a contratante possuem responsabilidade solidária em casos de danos ambientais decorrentes da execução do PSC.

<sup>123</sup> Cf. FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. *Op. cit.*, p. 600-601.

<sup>124</sup> Prática que consiste na queima de gases ou de outros materiais residuais a céu aberto.



## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação jurídica do setor energético é, tradicionalmente, assunto de profunda delicadeza e complexidade, uma vez que envolve, muito além da soberania estatal, uma série de outros interesses difusos e igualmente relevantes.

No caso específico da indústria de hidrocarbonetos, com a crescente demanda por combustíveis fósseis característica da Idade Contemporânea, os países detentores de reservas petrolíferas passaram a experimentar empiricamente as vicissitudes da atividade ao longo dos anos e a acumular um intrincado arcabouço normativo relativo ao tema, servindo como verdadeiros “laboratórios” para os mais diversos modelos exploratórios – dentre eles, o sistema de partilha de produção, cuja expressão jurídica mais concreta são os PSAs.

Os pactos de partilha de produção representam no plano transnacional uma expressão da “nova nova” faceta da *lex mercatoria*, a chamada *lex petrolea*, na medida em que tipificam os princípios basilares das “boas práticas” do setor petrolífero e dão margem ao diálogo negocial entre Estado e empresa exploradora, facultando, inclusive, a submissão do Poder Público a instâncias alternativas de solução de controvérsias, como o Juízo arbitral – característica clássica da *lex mercatoria*.

Como qualquer instrumento contratual, o PSC comporta inúmeras variações, tanto estruturais quanto materiais. Nada obstante, há alguns desses elementos materiais cuja presença é, se não obrigatória, extremamente recorrente em um contrato de partilha: as partes, a produção bruta e o óleo-custo, o bônus de assinatura e os royalties, o óleo-lucro e as parcelas das partes. Buscamos identificar tais pilares como forma de nortear a elaboração inicial de um PSA, uma vez que a variação dos parâmetros desses elementos é a principal estratégia de maximização de lucros contratuais, quer seja por parte do Estado contratante, quer seja por parte da FOC contratada.

Superada essa visão geral, passamos à identificação de cláusulas típicas e ao cotejo daquelas presentes no modelo contratual brasileiro com aquelas encontradas em minutas estrangeiras.

O preâmbulo merece destaque inicial na medida em que, para além de sedimentar definições de termos utilizados ao longo do instrumento contratual, também se presta como ferramenta hermenêutica em casos de lacunas, contradições ou incongruências – auxiliando o intérprete na busca pelas verdadeiras intenções das partes ao estabelecerem determinado

negócio jurídico (o “espírito do contrato” referido pela doutrina clássica). Assim, é recomendável que as partes não negligenciem a elaboração do preâmbulo contratual. Pelo contrário, devem dedicar especial atenção às tratativas em torno desse texto preliminar e à sua redação.

Vislumbramos uma importante interdependência entre as cláusulas de riscos e a cláusula de estabilização, uma vez que ambas visam a mitigar a imprevisibilidade da indústria de hidrocarbonetos (marcada pelos vultosos investimentos iniciais, pelo longo lapso temporal de retorno, pela sensibilidade às mudanças político-regulatórias, pelo risco de intempéries geológicas e pela flutuação cambial), conferindo maior segurança jurídica às partes. Nesse contexto, a eficiência contratual serve como contraponto ao compartilhamento de riscos, inerente à própria natureza dos contratos de partilha de produção, não devendo se perder de vista que o PSA é, antes de tudo, um acordo de parceria.

Ainda na seara da manutenção do equilíbrio contratual, verificamos que a prática internacional normalmente lança mão de duas ferramentas para prevenir e regulamentar a eventual inexecução do pacto, por motivos alheios às vontades das partes: as cláusulas de força maior e de *hardship*. Ambas se apresentam como uma alternativa à solução do impasse contratual pela via dos sistemas jurídicos internos (nacionais) das partes, ordenamentos estes usualmente engessados pelo princípio do *pacta sunt servanda* e dotados de arcabouços normativos muitas vezes incompatíveis.

Especificamente no âmbito da indústria de hidrocarbonetos e dos PSCs, a cláusula de *hardship* interessa de modo especial à companhia internacional contratada, que assume a maior parcela dos riscos do empreendimento (e, conseqüentemente, está mais vulnerável ao desequilíbrio contratual proporcionado por fatos futuros imprevisíveis). A experiência prática de elaboração dos PSAs, contudo, ensina que a maioria dos países com tradição na exploração petrolífera através do modelo de partilha de produção possuem minutas contratuais pré-elaboradas, com disposições, via de regra, mais vantajosas ao Poder Público – razão pela qual não costumam contemplar em seu bojo uma cláusula de *hardship*. Nossa opinião é no sentido de que tal cláusula seja inserida nos modelos contratuais do mercado de hidrocarbonetos, especialmente em se tratando dos PSCs, como forma de atração do capital estrangeiro, fomento da concorrência e atribuição de segurança às operações da companhia exploradora estrangeira.

As cláusulas de garantia, por sua vez, se mostraram uma importante ferramenta de maximização da segurança contratual estatal, pois permite ao Poder Público fazer concessões

com maior facilidade em outros aspectos do pacto (como as cláusulas de óleo-custo, as cláusulas de repartição de lucros e as demais cláusulas técnicas), potencializando o poder de barganha governamental.

A minuta-modelo do PSA brasileiro é exemplar no que tange aos mecanismos de resolução de controvérsias, uma vez que prevê quatro institutos autônomos com essa finalidade: conciliação, mediação, perícia independente e arbitragem. Notadamente, a utilização da arbitragem na indústria do petróleo e do gás natural tem sido recorrente nos últimos anos, de modo que as regras da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) têm sido adaptadas e aplicadas com frequência exponencial nessa seara, razão pela qual a elaboração da cláusula arbitral deve ser levada a cabo com extrema diligência pelas partes signatárias do PSC.

Por fim, dentre as cláusulas de extinção do modelo contratual brasileiro, merece destaque o peculiar instituto da reversão de bens, cláusula esta que, no nosso entender, configura ônus desarrazoado à FOC contratada e, conseqüentemente, representa um ponto de repulsão à iniciativa privada.

## REFERÊNCIAS

AHMADOV, Ingilab; ASLANLY, Kenan; ARTEMYEV, Anton; RZAEV, Ibragim; SHABAN, Ilkham. **How to scrutinise a production sharing agreement**. Disponível em: <http://pubs.iied.org/pdfs/16031IIED.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

ALVIK, Ivar. **Contracting with sovereignty: state contracts and international arbitration**. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2011.

AMUI, Sandoval. **Petróleo e gás natural para advogados e negociadores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ANDRADE, Alix Aguirre; FERNÁNDEZ, Nelly Manasia. Los principios UNIDROIT en las relaciones comerciales internacionales. **Revista de Derecho de la Universidad del Norte**. Barranquilla, n. 25, p. 47-79, 2006.

ANP. **Contrato de partilha de produção para exploração e produção de petróleo e gás natural**. Disponível em: [http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round\\_P5/Edital/modelo\\_contrato\\_lp5\\_sem\\_operacao\\_petrobbras\\_sudoeste\\_tartaruga.pdf](http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round_P5/Edital/modelo_contrato_lp5_sem_operacao_petrobbras_sudoeste_tartaruga.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As boas práticas da indústria do petróleo como o eixo da regulação do setor. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 07, p. 09-27, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os *Joint Operating Agreements* – JOAs no direito do petróleo brasileiro e na *lex mercatoria*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 100, n. 910, p. 105-134, 2011.

ARAÚJO, Nádia. Contratos internacionais e a cláusula de *hardship*: a transposição de sua conceituação, segundo a *lex mercatoria*, para o plano interno nos contratos de longa duração. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (org.). **Estudos e pareceres – direito do petróleo e gás**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAKR, M.; EL-MENYAWY, M.; SHAHEEN, S. E.; **Engineering and economical concerns on cost recovery treatment for sharing production facilities**. Houston: Society of Petroleum Engineers, 1999.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Empresa transnacional e direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

BARR, Nicholas. **Economics of the welfare state**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 4, n.15, p. 11-47, 2001.

BARTELSON, Jens. **The concept of sovereignty revisited**. The European Journal of International Law. 2006, Firenze, v. 17, n. 2, p. 463-474.

BASTOS, Ricardo Fagundes; SENA, Richard Almeida de. **Uma análise comparativa entre os modelos de concessão e de partilha do setor petrolífero**. Disponível em: <http://www.monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10001516.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

BEHRMAN, Jack N. **National interests and the multinational enterprises: tensions among the North Atlantic countries**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice Hal, 1970.

BELIZE. **Belize model production sharing agreement**. Disponível em: <http://med.gov.bz/wp-content/uploads/2017/01/Belize-Model-Production-Sharing-Agreement.pdf>. Acesso em: 12/12/2018.

BERGER, Klaus Peter. **The creeping codification of the lex mercatoria**. Hague: Kluwer Law International, 1999.

BINDEMANN, Kirsten. **Production-sharing agreements: an economic analysis**. Oxford: Oxford Institute for Energy Studies, 1999.

BNDES. **Relatório I – Regimes jurídico-regulatórios e contratuais de E&P de petróleo**. São Paulo: Bain & Company, 2009.

BONELL, Michael Joachim. Model clauses for use of the UNIDROIT principles of international commercial contracts in transnational contract and dispute resolution practice. **Uniform Law Review**. Oxford, n. 18, p. 472-429, 2013.

BRANCO, Miguel Soares. **Product sharing agreements - legal blessing or curse for developing countries?** *International Energy Law Review*. 2012, London, n. 04, p. 147-150.

BRASIL. **Decreto 40.845, de 28 de Janeiro de 1957**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-40845-28-janeiro-1957-379766-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 21/08/2018.

BRASIL. **Lei 12.351, de 22 de dezembro de 2010**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm). Acesso em: 21/08/2018.

BRASIL. **Lei 13.365, de 29 de novembro de 2016**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13365.htm). Acesso em: 21/08/2018.

BRASIL. **Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9478.htm). Acesso em: 21/08/2018.

BUCHÉB, José Alberto. **A arbitragem internacional nos contratos da indústria do petróleo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BUCHÉB, José Alberto. A arbitragem na indústria do petróleo. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, n. 15, p. 19-45, 2006.

CARVALHO FILHO, José Carlos de. O Brasil e as empresas transnacionais: os novos rumos para a transnacionalização das empresas nacionais. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 15, n. 1, p. 89-104, 2011.

CHIPRE. **Model production sharing contract**. Disponível em: [http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/\\$file/Model\\_PSC\\_1LR.pdf](http://www.mcit.gov.cy/mcit/hydrocarbon.nsf/All/9E627A7ABDE91ACFC2257F5A0030C736/$file/Model_PSC_1LR.pdf). Acesso em: 12/12/2018

CISG. **Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

CUNHA, Heloisa Valença. Contrato de partilha de produção: um novo marco regulatório no cenário petrolífero brasileiro. **Revista Direito E-nergia**. Natal, vol. 08, p. 79-108, 2014.

CURDISTÃO. **Model production sharing contract for exploration and production in Kurdistan**. Disponível em: [http://gov.krd/pdf/MODEL\\_PRODUCTION\\_SHARING\\_AND\\_EXPLORATION\\_PRODUCTION\\_IN\\_KURDISTAN.pdf](http://gov.krd/pdf/MODEL_PRODUCTION_SHARING_AND_EXPLORATION_PRODUCTION_IN_KURDISTAN.pdf). Acesso em: 12/12/2018.

DE LY, Filip; FONTAINE, Marcel. **Droit des contrats internationaux**. 2. ed. Bruxelas: FECBruylant, 2003.

DUNHAM, Philip. Balancing sovereignty and the contractor's rights in international construction arbitrations involving state entities. **The International Construction Law Review**. London, n. 130, p. 129-151, 2006.

FLAMBOURAS, Dionysios P. The doctrine of impossibility of performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the principles of european contract law – a comparative analysis. **Pace International Law Review**. New York, n. 261, p. 262-293, 2001.

FORJAZ, Maria Cecília Spina. Globalização e crise do estado nacional. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 40, n. 02, p. 38-50, 2000.

FORTIER, Louis Yves. **The new, new *lex mercatoria*, or, back to the future**. Oxford: Arbitration International 17 (2001).

FRASER, Francesca; LANDICHO, Robert Reys; LOFTIS, James Lloyd. Complexity and commercial disputes in production sharing contracts. In: GAITIS, James M. (org.). **The leading practitioners' guide to international oil & gas arbitration**. Huntington: Juris Publishing, 2015.

GÂMBIA. **Model petroleum, exploration, development and production license.** Disponível em: [http://www.mop.gov.gm/sites/default/files/Model-Petroleum-EDP-Licence\\_Gambia-2014.pdf](http://www.mop.gov.gm/sites/default/files/Model-Petroleum-EDP-Licence_Gambia-2014.pdf). Acesso em: 12/12/2018.

GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI. **Anales de Derecho (Universidad de Murcia)**. Murcia, n. 22, p. 17-58, 2004.

GUINÉ EQUATORIAL. **Production sharing contract.** Disponível em: <http://www.eisourcebook.org/cms/files/attachments/other/Equatorial%20Guinea%20Model%20Production%20Sharing%20Contract.pdf>. Acesso em: 12/12/2018.

IETO-GILLIES, Grazia. **Transnational corporations and international production: concepts, theories and effects.** Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2005.

ÍNDIA. **Model production sharing contract.** Disponível em: <http://petroleum.nic.in/sites/default/files/MPSC%20NELP-V.pdf>. Acesso em: 12/12/2018.

INDONÉSIA. **Gross split production sharing contract.** Disponível em: [http://www.ipa.or.id/assets/images/news/20170119%20IPA%20-%20Permen%2008%202017%20Original\\_ENG%20FINAL.pdf](http://www.ipa.or.id/assets/images/news/20170119%20IPA%20-%20Permen%2008%202017%20Original_ENG%20FINAL.pdf). Acesso em: 12/12/2018.

JOHNSTON, Daniel. **International petroleum fiscal systems and production sharing contracts.** Tulsa: PennWell Publishing Company, 1994.

KABWE, Zitto. **Oil and gas: fiscal challenges of Tanzania's production sharing agreements.** Disponível em: <https://zittokabwe.wordpress.com/2014/09/03/oil-and-gas-fiscal-challenges-of-tanzanias-production-sharing-agreements-psas-tanzania-statoil-deal-statoilasa-exxonmobil-noradno/>. Acesso em: 21/08/2018.

KAKEMBO, Dennis. **Stabilisation clauses in international petroleum contracts: illusion or safeguard?** Disponível em: [https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ug/Documents/tax/tax\\_StabilisationClauses\\_2014.pdf](https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/ug/Documents/tax/tax_StabilisationClauses_2014.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. **O arranjo institucional da indústria do petróleo no âmbito dos contratos de partilha de produção.** Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. 2013, Belo Horizonte, n. 41, p. 203-241.



LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A extinção de concessões de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. **Revista Brasileiro de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, n. 34, p. 173-194, 2011.

MACHADO, Alexandre Ricardo; SALEME, Edson Ricardo. Arbitragem nos contratos de concessão e partilha de produção no *upstream* brasileiro. In: BERGAMASCHINE, Jamile; MAILLART, Adriana Silva (coord.). **Justiça mediática e preventiva**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MADDAH, Bacel; YASSINE, Ali; YOUNES, Najat. On structuring offshore hydrocarbon production sharing contracts: Lebanon's case. **The Journal of World Energy Law & Business**. Oxford, n. 06, p. 83-106, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. Global petroleum industry model contracts revisited: higher, faster, stronger. **Journal of World Energy Law & Business**. London, vol. 3, n. 1, p. 04-43, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Felipe Macieira de. **Regime de concessões vs. regime de partilha de produção: impactos para exploração de petróleo**. Disponível em: [http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/FELIPE\\_MACIEIRA\\_DE\\_MELLO.pdf](http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/FELIPE_MACIEIRA_DE_MELLO.pdf). Acesso em: 21/08/2018.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. **Comentários à lei do petróleo**. São Paulo: Atlas, 2000.

MICHAELS, Ralf. The true *lex mercatoria*: law beyond the state. **Indiana Journal of Global Legal Studies**. Bloomington, v. 14, n. 02, p. 447-468, 2008.

NAKHLE, Carole. **Petroleum taxation sharing the oil wealth: a study of petroleum taxation yesterday, today and tomorrow**. London: Routledge, 2008.

NDI, George; WAELDE, Thomas W. Stabilizing international investment commitments: international law versus contract interpretation. **Texas International Law Journal**. Austin, n. 31, p. 215-267, 1996.

NETO, José Cretella. Da importância do preâmbulo nos contratos internacionais do comércio. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n. 57, p. 211-240, 2010.

NEVES, Flávia Bittar. A arbitragem no setor público – utilização pelos agentes econômicos ligados ao Estado. **Gazeta Mercantil**, Caderno Legal & Jurisprudência, 30 jul. 2002.

NJERU, Karembu Antony. **Kenya oil & gas fiscal regime: an economic analysis on attainment of the government objectives**. Disponível em: <http://www.eisourcebook.org/cms/February%202016/Kenya%20oil%20and%20gas%20fiscal%20regime%20stud%20work%20ch7.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.

NOTE. The effect of recitals in contracts. **Columbia Law Review**. New York, vol. 35, n. 4, p. 565-578, 1935.

PAMPOUKIS, Haris. The concept and function of usages in the United Nations Convention on the International Sale of Goods. **Journal of Law and Commerce**. Pittsburgh, n. 25, p. 107-131, 2006.

PIGNATTA, Francisco Augusto. A uniformização das regras do contrato de compra e venda internacional de mercadorias: suas vantagens, seus desafios. In: PEREIRA, César A. Guimarães; SCHWENZER, Ingeborg; TRIPODI, Leandro (org.). **A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.

QUÊNIA. **Model production sharing contract**. Disponível em: <https://www.resourcecontracts.org/contract/ocds-591adf-5507758701/download/pdf>. Acesso em: 12/12/2018.

SCHMITTHOFF, Clive. The unification of the law of international trade. **The Journal of Business Law**. London, n. 05, p. 105-119, 1968.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2003.

TALUS, Kim. **Research handbook on international energy law**. UK: Edward Elgar Publishing, 2014.

TANZÂNIA. **Model production sharing contract**. Disponível em: <http://www.eisourcebook.org/cms/Nov%202013/Tanzania%20Production%20Sharing%20Agreement%202013.pdf>. Acesso em: 12/12/2018.

TIMOR LESTE. **Model production sharing contract under the petroleum act**. Disponível em: <http://www.laohamutuk.org/Oil/PetRegime/PSC%20model%20270805.pdf>. Acesso em: 12/12/2018.

TRINDADE E TOBAGO. **Production sharing contract**. Disponível em: [http://www.energy.gov.tt/wp-content/uploads/2013/11/Deepwater\\_Model\\_PSC\\_CBO\\_2013.pdf](http://www.energy.gov.tt/wp-content/uploads/2013/11/Deepwater_Model_PSC_CBO_2013.pdf). Acesso em: 12/12/2018.

TURQUEMENISTÃO. **Model production sharing agreement for petroleum exploration and production in Turkmenistan (part 1)**. Disponível em: <http://extwprlegs1.fao.org/docs/texts/tuk81989E.doc>. Acesso em: 12/12/2018.

UNIDROIT. **Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2010**. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 21/08/2018.