

## Aspectos jurídicos básicos da produção de petróleo nos EUA

Felipe Eluf Creazzo<sup>1</sup>  
Mark O'Donoghue<sup>2</sup>

### O sustentáculo jurídico

Podemos dizer que a produção de petróleo nos Estados Unidos e todo o panorama legislativo e regulatório que a cerca, se comparados à grande maioria dos outros países, são bastante incomuns. Como sabemos, em grande parte dos países produtores de petróleo, incluindo o Brasil, subsolo e recursos minerais são propriedades do Estado, que reserva a si os direitos de exploração e produção a eles relacionados. Nesses países, a transferência de tais direitos à iniciativa privada normalmente parte de uma esfera específica do poder político, ou de entidades a ela relacionadas com poderes regulatórios delegados, sempre com base em legislação especialmente confeccionada para tais fins. Muitas vezes estas atividades são previstas até mesmo em normas constitucionais, como é o caso do Brasil (Artigos 176 e 177, e Emendas 6 e 9 da Constituição Federal).

Nos Estados Unidos, em radical contraste, o sustentáculo jurídico do setor petrolífero é o direito privado. Mais especificamente, direito real de propriedade. E assim o é pois subsolo e recursos minerais podem perfeitamente pertencer ao particular que detém a propriedade da superfície.

Nos estágios iniciais da produção de petróleo americana não se tinha conhecimento de qualquer restrição legislativa ou governamental a tal atividade, e a decisão de explorar e produzir petróleo, bem como as negociações que dali se originavam, respeitavam tão somente ao dono da terra situada sobre o poço e à companhia exploradora. Esta última, basicamente, prometia ao dono da terra o pagamento de uma determinada quantia (*royalty*), a cada barril de petróleo que futuramente ali produziria, em troca do direito de exploração. E esta simples prática foi então se multiplicando e se tornando mais comum a cada dia, pelo que a legislação, com base no sistema do direito comum anglo-saxão (*common law*), foi obrigada a moldar-se a uma realidade caracterizada por transações puramente privadas.

---

<sup>1</sup> Advogado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1994, tendo obtido o título de especialista em Direito Tributário pela mesma Universidade em 1997. Em 2001 concluiu o curso de mestrado em Direito Internacional (LL.M) na *Georgetown University Law Center*. Suas áreas de atuação envolvem Direito Empresarial Internacional, Direito Societário, Regulatório e *Project Finance*. Representa interesses no Brasil, nos EUA e demais países da América Latina nos setores de energia, telecomunicações, transportes, indústria e comércio - seja durante processos de privatização, licitações públicas ou operações societárias privadas.

<sup>2</sup> Advogado pela *Harvard Law School* em 1976. Desde que ingressou no Curtis em 1977, acumulou enorme experiência na área de *Project Finance*, Direito da Energia, *joint ventures*, privatizações, contratos internacionais e contencioso internacional. Entre os projetos que trabalhou recentemente destacam-se o desenvolvimento de usinas energéticas, dutos e linhas de transmissão no México; criação de produtores independentes de energia e processos de privatização do setor elétrico no Oman; consultoria regulatória sobre exploração de gás natural e demais leis do setor elétrico no México; consultoria em investimentos internacionais e contencioso internacional.

A prevalência da livre iniciativa foi de extrema importância para o desenvolvimento dos aspectos hoje únicos da produção de petróleo norte-americana. O mais significativo deles é a participação ativa de milhares de pequenos produtores de petróleo sobre o solo continental dos Estados Unidos, explorando os chamados *stripper wells* (ou pequenos poços), com capacidade de produção inferior a 10 barris por dia. Os *stripper wells* continuam sendo enormemente explorados e, ainda que seus volumes baixem com o passar do tempo, espera-se que continuem em atividade por um bom tempo (i.e., porquanto o preço do petróleo cobrir os custos de produção). Os *stripper wells* representam hoje 75% de todos os poços de petróleo em atividade nos Estados Unidos, sendo responsáveis por uma produção de cerca de 900.000 barris por dia, ou 15% do total de petróleo bruto produzido no país.

A normatização do setor petrolífero norte-americano é proveniente, assim, de uma realidade econômico-jurídica bastante peculiar, onde relações comerciais em estágio sofisticado, se comparadas a outros países à época, já eram práticas comuns no setor. Como resultado desta evolução, verifica-se que desde 1970 não existe nos Estados Unidos qualquer restrição direta à produção de petróleo por parte de qualquer esfera de governo. São companhias privadas que permanecem hoje à frente das operações de exploração de gás e petróleo sobre poços continentais e oceânicos. Tais operações são regidas por contratos firmados com os proprietários dos recursos minerais, muitas vezes donos de terras particulares, cujos termos geralmente não sofrem qualquer interferência por parte do governo (com exceção da exploração em terras federais e plataformas oceânicas a mais de 3 milhas da costa, conforme comentado abaixo). O arcabouço normativo do setor, portanto, tem suas raízes no *common law* norte-americano relativo a contratos comerciais privados.

### **Regulamentação**

Apenas quando o Governo Federal Norte-Americano é o proprietário das terras sobre as quais a exploração se dará, ou em caso de terras indígenas ou plataformas oceânicas situadas a mais de 3 milhas da costa, é que este, então, envolve-se diretamente nos aspectos contratuais da exploração e produção de recursos minerais (permanecendo o refino, distribuição e comercialização em mãos exclusivas da iniciativa privada). Nestas hipóteses, os Estados Unidos dispõem, similarmente à maioria dos outros países, de um pacote de regras específicas em relação à licença para exploração destas atividades. Promove-se em tais casos um procedimento licitatório público, cujo vencedor é aquele que oferecer o maior valor (*cash bonus*) pela licença. O edital já dispõe do modelo do contrato a ser firmado e do valor do pagamento de *royalties* ao governo federal (normalmente estipulados entre 1/6 e 1/8 do valor do petróleo produzido), além da possibilidade de cessão do contrato – esta limitada a cessionários norte-americanos.

Mais especificamente, a produção petrolífera em terras continentais de propriedade federal e em terras indígenas, responsável por apenas 5% do total de petróleo bruto produzido no país, está sujeita à regulamentação do Departamento do Interior e suas divisões internas (Divisão de Gerenciamento de Terras, Serviço de Parques Nacionais e Divisão de Assuntos Indígenas), e do Departamento de Agricultura, através de sua divisão denominada Serviço de Florestas Nacionais. Já a produção petrolífera das plataformas oceânicas situadas a mais de 3 milhas da costa, responsável por substanciais 30% da produção de petróleo bruto nos Estados Unidos, obedece à regulamentação do Serviço de Gerenciamento de Minerais do Departamento do Interior. Finalmente, plataformas situadas até 3 milhas da costa são supervisionadas conjuntamente por governos estaduais e federais, com exceção dos estados do Texas e da Flórida, que supervisionam a produção petrolífera até 10 milhas de suas costas.

Por outro lado, isto não significa que todo o restante da atividade petrolífera, por estar sob a égide do direito privado, é pura e simplesmente desregulamentado ou auto-regulamentado. Pelo contrário. Ainda que, de fato, não exista uma agência reguladora do petróleo norte-americano, legislações especificamente direcionadas às diferentes etapas do processo de exploração e produção são volumosas e esparsas, em permanente estado de revisão e aperfeiçoamento. Inúmeras são as normas federais, estaduais e até mesmo municipais incidentes sobre perfuração, extração, refino, impacto ambiental, transporte local ou interestadual, oleodutos, licenças de construção, enfim, todo o processo industrial. Ou seja, inobstante o sustentáculo jurídico da atividade ser o *common law* relativo à propriedade – o qual nos Estados Unidos é matéria estadual, não federal – e serem puramente privados os instrumentos que regem a relação entre o proprietário dos recursos minerais e a companhia exploradora, as atividades de exploração e produção estão, por outro lado, sujeitas a intensa regulamentação por parte de legislação federal, estadual e municipal, além de autarquias e entes reguladores dos mais diversos.

A propósito, a agência reguladora de energia dos Estados Unidos (*Federal Energy Regulatory Commission – FERC*), ao contrário do que inicialmente possa parecer, não é agência reguladora de petróleo. Suas atividades relacionadas ao setor petrolífero limitam-se (i) à regulamentação do transporte interestadual por meio de oleodutos de petróleo bruto, refinado (gasolina, diesel, querosene etc.) ou liquêfeito (butano, propano etc.), e (ii) à regulamentação da parcela local de oleodutos internacionais que tenham origem ou destino nos Estados Unidos. Sequer a construção de tais oleodutos ou a adequação dos mesmos a critérios de segurança é regulamentada pela FERC, as quais estão sujeitas, respectivamente, a regulamentações estaduais e municipais, e ao Departamento Nacional de Transporte – este último sendo responsável pelo programa nacional de segurança ambiental relativo ao transporte de petróleo por meio de oleodutos.

Podemos dizer, deste modo, que apenas o transporte interestadual de petróleo nos Estados Unidos é a parcela da atividade petrolífera que está sujeita a

uma agência reguladora (FERC) e, por conseqüência, a um conjunto de normas metodologicamente disposto. O restante da cadeia industrial, seja em *upstream* (pesquisa e exploração) ou *downstream* (refino e comércio), sujeita-se a um verdadeiro emaranhado de normas esparsas, provenientes das mais diversas áreas do direito – direito de propriedade, do comércio, ambiental, tributário, entre tantos outros – em esferas local, estadual e federal.

Assim é que a ciência jurídica dedicada a estudar as relações de direitos e obrigações do setor petrolífero nos Estados Unidos enfrenta a espinhosa tarefa de tentar encontrar metodologia jurídica para aquilo que há quase um século constitui um verdadeiro sem fim de normas dispersas. Por tal motivo é que se tornou há muito cadeira específica nos cursos de direito, tendo juristas norte-americanos dedicado anos e anos de trabalho no ensino e na confecção de obras literárias relativas ao assim denominado *Oil and Gas Law*. Mais ainda, em alguns estados com intensa atividade petrolífera, como o Texas, existem até mesmo bancas com centenas de advogados dedicados exclusivamente à prática de tal área do direito.

### **Contratos – Oil Leases e Farmouts**

As relações jurídicas que resultam nos contratos de produção de petróleo nos Estados Unidos têm histórica e geograficamente acompanhado a evolução industrial e tecnológica do setor. A propósito, a região com maior produção petrolífera dos Estados Unidos é costa do Golfo do México, sendo o maior estado produtor o do Texas. Nesta região estão localizadas duas das mais importantes províncias produtoras de petróleo nos Estados Unidos, a Bacia de *Permian*, localizada na área centro-oeste continental do Texas e ao leste continental do Estado do Novo México, e a região oceânica do Golfo do México.

Desde a década de 20, o Texas vem sendo o maior produtor norte-americano, quando então superou em produtividade o Estado da Califórnia. Por um curto período ao final da década de 80 o Estado do Alasca chegou a igualar-se ao Texas em função dos campos de petróleo mais antigos deste último terem levemente declinado seus níveis de produção e, ao mesmo tempo, ter o nível de produção dos campos ao norte do Alasca entrado em seu pico máximo – cerca de 2 milhões de barris por dia. Daí por diante, a produção dos campos do Alasca declinou rapidamente, tendo o Texas seguido como líder absoluto.

A propósito, os estados produtores de petróleo dos Estados Unidos reconhecem de maneiras distintas os direitos de propriedade e exploração mineral por parte de particulares. Há aqueles estados que atribuem ao proprietário da superfície um direito imediato de propriedade privada do gás e petróleo situados sob tal área, assim como todos os minerais sólidos ali existentes, e aqueles outros estados onde tal direito não é imediato, detendo o particular, diferentemente, um direito exclusivo à exploração dos minerais, e por conseqüência à futura aquisição dos mesmos por processo produtivo.

Desta forma, dependendo do estado, o dono das terras tem (i) direito real de propriedade dos minerais, ou (ii) direito exclusivo de exploração dos mesmos. De qualquer forma, e em função dos elevados custos e tecnologia necessários à produção petrolífera, o particular invariavelmente concede por instrumento particular, conhecido por *Oil Lease*, os direitos de exploração dos minerais a uma empresa petrolífera. Neste instrumento as partes estipulam suas obrigações durante as fases de pesquisa, exploração e produção, e seus direitos aos futuros benefícios do empreendimento.

Os *oil leases* norte-americanos enquadram-se na categoria dos contratos que necessitam, em função da legislação conhecida por *Statute of Frauds*, estarem em forma escrita para terem valor executivo. Em praticamente todos os estados norte-americanos a regra é aplicável não só aos *oil leases*, mas também a todo e qualquer contrato relativo ao processo produtivo de petróleo, além de eventuais instrumentos de transferência ou cessão dos direitos neles estabelecidos.

Os primeiros *oil leases* firmados nos Estados Unidos eram da categoria “*drill or pay*”, que favorecia de maneira desproporcional o dono das terras, o qual gozava do direito de receber mensalidades por parte do explorador ainda que este último, após a fase inicial de prospecção, optasse por não dar início às perfurações. Fruto de ajustes à realidade, hoje a modalidade mais utilizada é a do “*unless*” lease, pelo qual o dono das terras assume uma parcela do risco do empreendimento. De acordo com esta modalidade, fica a critério do explorador pagar pelo uso das terras durante a fase inicial e então decidir dar prosseguimento à perfuração e produção, mantendo o contrato pelo tempo que for economicamente viável, ou simplesmente o rescindir sob pena, unicamente, de perder seu direito sobre as instalações ali desenvolvidas.

Os *oil leases* geralmente abarcam uma gama variada de direitos, como por exemplo *mineral rights*, direitos sobre todo o desenvolvimento do empreendimento, incluindo a possibilidade de terceirização ou sub-contratação de exploradores; *operating rights*, direitos restritos à exploração e produção mineral, (e.g., direitos para pesquisa e implantação de unidade produtora de gás e petróleo); *surface rights*, direitos sobre o espaço remanescente do empreendimento após a produção do mineral; e finalmente *royalty interests*, o mais comum dos interesses governados pelos *oil leases*, que é basicamente o direito de participação líquida no valor da produção petrolífera. O objetivo inicial da companhia exploradora é, via de regra, obter o direito de explorar sem a obrigação de produzir; uma vez já obtida produção, seu interesse passa a ser então o de manter a exploração na localidade até que se esgote a viabilidade econômica do projeto.

As cláusulas essenciais de um *oil lease* são basicamente três: a *granting clause*, a *habendum clause* e a *drilling-delay rental clause*. A primeira delas especifica quais são os direitos, conforme acima, que serão concedidos pelo proprietário dos recursos minerais à companhia exploradora. O propósito desta

cláusula é normalmente conceder à companhia exploradora o direito (e o risco ali envolvido) de pesquisar, desenvolver e produzir petróleo, gás ou outros minerais em determinada propriedade particular. Já a segunda cláusula, também conhecida por *term clause*, tem o condão de determinar o prazo pelo qual a *granting clause* estará em vigor. Esta cláusula normalmente divide o prazo do contrato em um período primário, qual seja, um número de anos fixo durante o qual a companhia exploradora tem direito de empreender quaisquer esforços de prospecção e perfuração sem que tenha a obrigação de produzir, e um período secundário, cobrindo a fase de produção (durante a qual o proprietário da terra finalmente recebe sua parcela dos frutos do empreendimento). Por fim, a *drilling-delay rental clause* é aquela que garante ao explorador o direito de se abster de perfurar durante todo o período inicial, ou seja, o direito de não seguir adiante com o empreendimento, com base em sua própria análise de risco.

Em função da complexidade técnica e riscos envolvidos nos *oil leases*, não raros são os casos de transferência dos direitos e obrigações ali abarcados, ou cessão integral destes contratos. Na maior parte das vezes, os *oil leases* impõem poucas restrições a transferências e cessões, o que permite às companhias exploradoras estruturarem das mais diversas formas sub-contratações, terceirizações e delegações de etapas do processo produtivo. Cessões integrais dos contratos, tanto por parte do proprietário dos recursos minerais quanto da companhia exploradora, ainda que menos freqüentes, também acontecem com certa regularidade neste meio.

A forma mais comum de transferência de direitos e obrigações previstos em *oil leases* dá-se através dos chamados *Farmout Agreements*. Um *Farmout Agreement*, em termos simplificados, é um contrato de transferência de parte dos direitos obtidos pela companhia exploradora a um terceiro, em troca de prospecção ou perfuração durante o período primário. As utilidades para o cedente são inúmeras, já que transfere grande parte do processo inicial de pesquisa e exploração a um terceiro, para fins de cumprimento dos prazos impostos pelo *oil lease*. Um *Farmout*, portanto, difere-se da mera sub-contratação, já que naquele uma parte dos direitos sobre o empreendimento é efetivamente transferida ao prospectador. Este último assume, portanto, parte do risco do projeto e empenha enorme força de trabalho, sempre em troca de variados interesses no empreendimento, ou até mesmo em função de enormes benefícios tributários geralmente concedidos pelo governo através de dedução de custos de prospecção e perfuração.

O mercado dos *Farmout Agreements* é extremamente dinâmico, já que direitos e obrigações sob sua égide podem ser estruturados de diversas maneiras. Muitas vezes, os *Farmouts Agreements* reproduzem riscos e prazos existentes nos próprios *oil leases*, pelo que suas formas e conteúdo podem variar sensivelmente caso a caso, com fins a uma perfeita adequação àquele. Por exemplo, a perfuração pode ser obrigatória ou opcional após a fase de prospecção, dependendo do arranjo originalmente estabelecido entre o proprietário dos recursos minerais e explorador; outras vezes, a recompensa do

prospectador e perfurador não está diretamente relacionada ao interesse detido pelo explorador sobre todo o projeto, mas apenas a benefícios mais específicos do processo de produção; ainda, o prospectador e perfurador pode ter a si concedido, ou não, o direito sobre outros minerais que, além do petróleo, porventura sejam encontrados quando da perfuração; e assim percebe-se que os dispositivos podem ser dos mais variados, tudo em busca de uma ideal equação entre custo, risco e benefício.

### **Conclusão**

Como se vê, os contratos de produção de petróleo nos Estados Unidos são instrumentos complexos, com disposições variáveis cuja finalidade é acomodar interesses privados, distintos em cada situação. A dinamicidade transacional existente em tais arranjos é fruto de um sistema jurídico diferente daquele existente na maioria dos países produtores de petróleo. Pelo fato de o mineral subterrâneo continental nos Estados Unidos ser na maior parte das vezes propriedade privada, os contratos que regulam interesses sobre o mesmo enquadram-se conseqüentemente sob a égide do direito privado, unicamente. Relações comerciais que deste setor se originam têm, portanto, se adaptado à realidade intrínseca do mundo privado dos negócios, e não a interesses econômicos da massa estatal diretamente detidos pelo governo.

No entanto, não nos cabe aqui avaliar se o sistema norte-americano é mais ou menos eficiente que dos demais países, já que isto é assunto para os industriais do setor. Nos limitamos a tecer breves comentários sobre o contexto jurídico que o cerca, um exercício que reconhecemos ser bastante mais simples, porém necessário e interessante ao jurista e ao advogado do setor.