

## AS JOINT VENTURES E O PARADOXO ANTITRUSTE

Clarissa Brandão de Carvalho Cardoso Alves\*

1. Introdução; 2. *As joint ventures* no Direito Antitruste Norte-Americano; 3. O caso Penn-Olin; 4. *As joint ventures* da indústria petrolífera: casos; 5. *Joint ventures* da indústria do petróleo no Brasil; 6. Considerações finais; 7. Notas; 8. Referências Bibliográficas.

### 1. Introdução

O presente estudo abordará o Direito da Concorrência sob o prisma comparatista, destacando sua relevância na prática empresarial internacional, apresentando algumas questões antitruste enfrentadas pela indústria do petróleo na formação dos acordos de *joint ventures*.

Esta preocupação avulta na medida em que a globalização estreita as relações comerciais entre os países, acompanhando o desenvolvimento e as sofisticações que as relações negociam entre as empresas transnacionais.

A utilização indiscriminada dos contratos de *joint ventures* e o prolongamento de seus efeitos em territórios de diversos países colocaram os agentes econômicos em situações limites, onde a linha divisória que distingue as *joint ventures* de uma pura concentração empresarial é bastante tênue, resultando em verdadeiras operações de fusão ou aquisição.<sup>1</sup> Assim, sob o aspecto concorrencial, a estruturação de uma *joint venture* requer cautela.

A estrutura societária estabelecida nas *joint ventures* apenas retrata a sua formação econômica — se concentração ou cooperação —, não revelando o relacionamento entre as sociedades participantes da *joint venture*, que é, justamente, a informação mais importante para o direito concorrencial.<sup>2</sup> O que irá interessar ao Direito da Concorrência é “a relação entre as sociedades componentes da *joint venture*, já detentoras de uma posição no mercado, que pode ser potencializada através da união (indireta) de forças com a outra participante”.<sup>3</sup>

Calixto Salomão chama a atenção para a “influência relevante do ponto de

vista concorrencial", identificando situações nas quais a organização da estrutura societária de uma empresa esteja de tal forma elaborada, que não pudesse corresponder, no mínimo, a uma cooperação econômica entre outras empresas<sup>4</sup>.

É necessário, *a priori*, estabelecer qual o caráter da *joint venture*: se concentrativo ou cooperativo, uma vez que, para cada opção, os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência darão enfoques diferentes.

Para tanto, será necessário "focalizar os objetivos econômicos e a independência econômica das *joint ventures*"<sup>5</sup>; pois, quanto mais dependente for a *joint venture* das empresas que a integram, maior o seu caráter cooperativista, ao contrário do que ocorreria se a *joint venture* fosse mais independente das suas empresas integrantes, revelando uma possível concentração de empresas. Estas questões são cruciais quando analisados os efeitos concorrenciais destas *joint ventures* no cenário internacional.

## 2. As *joint ventures* no Direito Antitruste Norte-Americano

Nos Estados Unidos<sup>6</sup>, inicialmente, as análises antitruste das *joint ventures* eram legitimamente reconhecidas e facilmente aprovadas, uma vez que os tribunais ainda não possuíam um olhar crítico sobre os efeitos concentrativos das mesmas sobre o mercado, fixando-se somente na criação de eficiências e no estímulo competitivo que as *joint ventures* proporcionavam.<sup>7</sup>

Com o decurso do tempo, no entanto, as corporações cresceram de tamanho e aumentaram significativamente o número de parcerias, revelando certa incoerência: qual a necessidade de parcerias entre megacorporações, se as mesmas poderiam, em virtude das próprias dimensões, atuar separadamente. Os tribunais, então, passaram a levantar uma sobrancheia de dúvida sobre as chances de empresas, que eram parceiras em uma determinada área, competirem vigorosamente em outra área. No caso *Minnesota Mining*, o juiz entendeu que

*A associação íntima dos principais produtores americanos (de abrasivos) em operações industriais distintas, a permissão de licenças de patentes e pericia industriais, sua experiência comum em marketing e fixação de preços, investimentos, podem reduzir seu estímulo para competição entre si no mercado americano.*<sup>8</sup>

Esta idéia foi aventada por Paul Dixon, naquela época presidente da Comissão de Comércio Federal, em um artigo publicado em 1962, onde ele disse existir uma dúvida justificável sobre como os "estrategistas de negócios podem tratar um ao outro como adversários em um mercado quando eles forem aliados em outro".<sup>9</sup>

A partir de então, o governo norte-americano passou a analisar as *joint ventures* sob o prisma aritmético, pelo qual a reunião das empresas em uma única parceria implica menor número de competidores no mercado, importando na violação do parágrafo sétimo do Clayton Act.<sup>10</sup> Para comprovar esta teoria, o governo norte-americano ingressou com um processo contra a *joint venture* Penn-Olin Chemical Company<sup>11</sup>, caso de 1964, que ainda é o *leading case*<sup>12</sup> das análises antitruste sobre as *joint ventures*.<sup>13</sup>

## 3. O caso Penn-Olin

No caso Penn-Olin, o governo norte-americano acionou as empresas Pennsalt Chemical Corporation e a Olin-Mathieson Chemical Corporation com base em dois argumentos: violação da sétima seção do Clayton Act cumulada com a primeira seção do Sherman Act pela formação da *joint venture* Penn-Olin Co., cujos efeitos geraram inclusive a eliminação de um pequeno concorrente.<sup>14</sup>

Os argumentos do governo centravam-se no fato de que, se ambas as empresas poderiam atuar e investir individualmente no mercado, então a parceria criada pela *joint venture* era desnecessária, ou ainda injustificável, do ponto de vista econômico.<sup>15</sup> Sob este ângulo, a formação da *joint venture* Penn-Olin constituiu uma ilegalidade *per se*, configurando, na realidade, uma aquisição indireta por ambas as partes, do fundo de comércio pertencente a cada sociedade.<sup>16</sup>

A *joint venture* foi criada em virtude do interesse das empresas "Pennsalt Chemical Corporation e a Olin-Mathieson Chemical Corporation em ingressar no mercado de produtos químicos da região sudeste dos Estados Unidos, tendo começado a funcionar em 1960, por meio de um acordo de cooperação entre as empresas-mãe para a construção de uma fábrica em Kentucky".<sup>18</sup>

O contrato de *joint venture* firmado estabelecia que cada empresa possuiria cinquenta por cento da produção, e ainda: que a diretoria da *joint venture* seria constituída metade por funcionários da Pennsalt e a outra metade por empregados da Olin. O restante do quadro de funcionários também obedeceria a esta divisão, resultando que a *joint venture* Penn-Olin Co. não tinha nenhum funcionário, gerente ou diretor que não fosse das empresas-mãe. Por meio de acordos adicionais ficou estabelecido ainda que a Pennsalt iria operar a fábrica e a Olin se encarregaria da venda da produção.

A Penn-Olin apresentou defesa argumentando que ambas não estavam interessadas na estrutura empresarial da outra parte, tampouco visavam compartilhar suas fontes de produção, nem unir seus respectivos estoques ou fundos de comércio.

O Tribunal Distrital não entrou no mérito desta questão, entendendo apenas que a parceria não teve os efeitos anticompetitivos vedados na seção sétima do Clayton Act, abstendo-se de decidir sobre a aplicabilidade do Clayton Act às *joint ventures*. Conseqüentemente, a questão levantada pelo governo sobre a aplicação do Sherman Act foi julgada prejudicada, já que a não aplicação da seção sétima do Clayton Act (norma mais ampla e genérica, quanto à descrição da conduta anticompetitiva), não justificaria a incidência do Sherman Act (norma mais específica).<sup>19</sup>

A questão a ser apreciada pelo Tribunal era verificar se as partes tinham capacidade financeira, experiência e recursos próprios para a construção de uma nova fábrica individualmente e se as partes rejeitavam esta possibilidade até a formulação da proposta da *joint venture*. Isto porque a parceria possibilitou às partes um meio de realizar seus investimentos com menores custos e riscos.<sup>20</sup>

Neste sentido, o governo questionava a legalidade de parcerias nestas condições, pois, para ele, as empresas envolvidas tinham condições de criar um ambiente de competição mais saudável se cada uma tivesse construído uma fábrica na região sudeste, em vez de se reunirem em *joint venture* para a criação de apenas um agente econômico.

O Tribunal entendeu, porém, que esta *joint venture* era inovadora e que produzia eficiência econômica, rejeitando a tese de que as empresas-mãe tinham condições de atuarem de modo independente. Por fim, o Tribunal entendeu que a criação da Penn-Olin Co. não revelava indícios dos casos de concentração, justamente por não consistir na típica situação de um competidor ameaçando aumentar o seu poder competitivo pela aquisição do outro competidor. Tratava-se tão-somente de uma parceria por meio da qual duas empresas reuniam forças para ingressar em um novo mercado, do qual nenhuma delas participava anteriormente.<sup>21</sup>

O governo argumentou ainda que a formação da *joint venture* eliminou um pequeno competidor que já se encontrava naquele mercado. O Tribunal entendeu, em relação a este ponto, que os benefícios competitivos gerados com a entrada da Penn-Olin no mercado superavam e excediam qualquer perda competitiva que resultaria com aquele provável competidor inicial.<sup>22</sup>

Trata-se, portanto, de sopesar os efeitos anticompetitivos e pró-competitivos, conforme resumiu Posner,

*Moreover, the fact that Pennoh and Olin Mathison chose to enter by means of a joint venture rather than individually complied with the district court's finding (accepted by the Supreme Court) that both firms would not have entered individually, is strong evidence that the pro-*

*petitive effect of the joint venture in injecting a third firm into the southeastern market outweighed its anticompetitive effect (a very tenuous one, as we have seen) in removing the potential competition of the firm that would not have entered individually once the other firm did so.<sup>23</sup>*

Pode-se concluir que, no caso Penn-Olin, as *joint ventures* estavam intrinsecamente ligadas às empresas-mãe, sem uma autonomia ou independência, afetando e concentrando o mercado relevante de produtos químicos da região sudeste, com a eliminação de um pequeno competidor. Contudo, a decisão, pela sua legalidade, demonstrou a preferência, naquela época, pela produção de eficiências econômicas, à manutenção do equilíbrio concorrencial do mercado.

#### 4. As *joint ventures* da indústria petrolífera: casos

A indústria petrolífera internacional responde por grande parte da importância das empresas transnacionais. A despeito dessa importância, criou-se uma ramificação da *lex mercatoria*, entendida como um conjunto de normas que regula o comércio internacional, conforme supramencionado. A *lex mercatoria* na indústria do petróleo passou a ser designada como *lex petroli*.<sup>24,25</sup> termo já utilizado, no Brasil, por Marilda Rosado.<sup>26</sup>

A *lex petroli*, portanto, estará aqui identificada como uma ramificação ou especialização da *lex mercatoria*, composta pelos mesmos elementos desta, porém restrita às atividades comerciais da indústria petrolífera internacional, funcionando como fonte de direito internacional, sendo aplicável à solução de controvérsias e à interpretação contratual.

No caso da indústria do petróleo, a formação das *joint ventures* assume, geralmente, o caráter cooperativo, sendo a grande maioria formada para atuação na área de exploração e produção. Nesta área, o objetivo das *joint ventures* consiste na cooperação entre as empresas para diminuir os prejuízos, reduzir os custos de tal atividade e compartilhar ganhos.<sup>27</sup>

Marilda Rosado, ao tratar dos contratos da indústria de petróleo, identifica as seguintes características nas *joint ventures* petrolíferas:

*modalidade de associação respaldada pelas IOC's [internacional oil companies] de suas associações internas para permitir também à estatal do país hospedeiro a participação nos riscos e nos resultados da operação petrolífera; convergência de interesses dos sócios. A participação do sócio estatal impõe à JV [joint venture] certas condições de fundo, notadamente sobre o regime da propriedade e do controle, duração, política financeira e funcionamento; negociação caso a caso sobre participação da estatal na*

*administração e decisões; treinamento de mão-de-obra local; transferência de tecnologia e outros; traços desta forma associativa foram exportados para outras modalidades híbridas, tendo servido como fonte de inspiração para países socialistas que editaram leis específicas.<sup>32</sup>*

As *joint ventures* funcionam na indústria petrolífera como uma forma de realização de negócios que resulta em progresso econômico, permitindo que as partes possam realizar em conjunto um negócio que, sozinhas, não teriam capacidade. Na seara petrolífera, as *joint ventures* reduzem o investimento de capital que seria exigido de cada parte individualmente, e podem realizar com maior eficiência suas operações. As parcerias também permitem o desenvolvimento de pesquisa ou patentes, ou ainda de compartilhamento tecnológico, de equipamentos, de habilidades e experiência administrativa em produção e marketing.<sup>33</sup>

*Parcerias na indústria de petróleo não são raras. Elas são freqüentemente achadas, por exemplo, em exploração, particularmente offshore, são encontradas em construção de oleoduto e na criação de fábricas petroquímicas. A parceria freqüentemente toma a forma da criação de uma nova entidade de negócios com dois ou mais corporações como parceiros ou acionistas.<sup>34</sup>*

A utilização das *joint ventures*, para permitir redução dos custos e dos riscos dos projetos, torna-a viáveis, possibilitando também a concorrência pela expansão, produção e redução dos custos. Portanto, diante de tais fatos, a análise antitruste deve incentivar a continuidade das *joint ventures*.<sup>35</sup>

A cooperação entre companhias de petróleo sempre coexistiu com uma acentuada rivalidade, especialmente em virtude dos altos custos inerentes às atividades econômicas desenvolvidas neste setor que encoraja as companhias a formar parcerias para compartilhar o custo e o risco de tais explorações. Esta cooperação entre as empresas não gera restrições ao mercado, mas, ao contrário, promove a competição ao ampliar as áreas de atuação dos participantes no mercado de óleo e gás, tendo ainda uma longa história de aceitação das leis antitruste.<sup>36</sup>

Uma das primeiras parcerias neste formato ocorreu em 1940, na Arábia Saudita, onde a Chevron e a Texaco se reuniram para criar a California Arabian Standard Oil Company, mais tarde chamada de ARAMCO, cuja finalidade era localizar e produzir petróleo na Arábia Saudita. Os geólogos da Chevron levaram cinco anos para localizar um poço comercialmente relevante e a partir daí foram descobertos outros.<sup>37</sup>

Entre 1945 e 1948, a Chevron descobriu o Campo de Ghawar, um pouco mais distante da localização dos primeiros poços. Esta enorme bacia petrolífera, somada às grandes descobertas realizadas anteriormente, criou dúvidas para

a Chevron e para a Texaco quanto à capacidade da ARAMCO, sozinha, produzir e comercializar o óleo descoberto e satisfazer a crescente demanda do rei saudita para aumentar as divisas do governo. Diante desta situação, a Chevron e a Texaco decidiram vender participações da ARAMCO para a Exxon e a Mobil, que estavam mais bem estruturadas para comercializar grandes quantidades daquele óleo excedente. Assim, em 1978, ou seja, quarenta anos depois da descoberta dos primeiros poços comerciais, a produção cumulativa da ARAMCO excedeu trinta bilhões de barris, tornando-se, na época, a maior empresa privada de produção de petróleo no mundo.<sup>38</sup>

A operação da ARAMCO e de seus acionistas — a Chevron, Texaco, Exxon e Mobil — foi aprovada pelo Departamento de Justiça, apesar do caso judicial envolvendo a formação de um cartel internacional de petróleo, movido contra a Exxon, a Gulf e a Texaco. Depois disso, as empresas cercaram-se de cuidados para que a atuação e a participação dos acionistas na ARAMCO não gerassem efeitos sobre as demais atividades competitivas envolvendo o mercado nos EUA.<sup>39</sup>

Atualmente, as maiores descobertas de bacias petrolíferas são encontradas em alto-mar (*offshore*), o que demanda enormes investimentos para uma atividade que comporta grande risco de fracasso. Um exemplo de *joint venture* formada para exploração e produção de petróleo foi o Hibernia,<sup>40</sup> cuja exploração era ainda mais difícil devido ao fato de a bacia petrolífera estar situada numa área de *icebergs*. As dificuldades geológicas e físicas não impediram a exploração em alto-mar, apesar do longo prazo de recuperação do capital investido.

O projeto Hibernia foi uma *joint venture* formada entre a Chevron, Mobil, Gulf e a Petro-Canadá (controlada pelo governo canadense) para desenvolver e produzir petróleo no campo Hibernia, localizado a trezentos e quinze quilômetros da costa sudeste do Canadá. O projeto não envolvia a colaboração das empresas na comercialização do produto.

Durante a década de 1970, a Mobil perfurou cerca de quarenta poços exploratórios naquela área com pouco sucesso. Em 1979, a Chevron perfurou um poço em uma área arrendada para a Mobil e descobriu um campo com estimativa de produção de 525-650 milhões de barris por dia. Contudo, havia enormes problemas de operação, devido à sua localização, no meio de uma rota de *icebergs*, no Atlântico Norte.<sup>41</sup> Neste local, passam continuamente os *icebergs* advindos das geleiras da Groenlândia, levados pela corrente marítima de Labrador.

Essas condições inóspitas exigiram um investimento estimado de 5,2 bilhões de dólares somente para iniciar produção, que não era esperada para antes de 1997. Depois do início da produção, os investimentos adicionais para o tempo de vida do projeto são estimados em 3,4 bilhões.<sup>42</sup>

O projeto de Hibernia não envolveu a comercialização do óleo. Cada sócio-

proprietário receberá sua parte de produção para disposição unilateral. Estima-se que grande parte do óleo produzida seja exportada para os Estados Unidos.<sup>39</sup>

Os riscos de exploração *offshore*, porém, não se limitam a incertezas físicas. Mesmo com os riscos contornados e se petróleo for descoberto, a produção e o ressarcimento do investimento podem ser adiados por anos em decorrência de questões ambientais. O Campo Point Arguello ilustra esta situação.<sup>40</sup>

Nos anos 80, a exploração de três blocos na costa da Califórnia, conhecido como Campo Point Arguello, resultou na maior descoberta nos EUA desde a descoberta na Baía do Alasca (Alaska's Prudhoe Bay). A capacidade de produção do Point Arguello foi estimada em 200 a 300 milhões de barris de petróleo e 500 a 600 milhões de metros cúbicos de gás natural. Mais de 405 milhões de dólares foram pagos para a exploração e produção de cada bloco. Em 1987, a Chevron e outras doze companhias petrolíferas investiram em Point Arguello cerca de 2,5 bilhões de dólares, pelas três áreas de exploração e produção, dois grandes oleodutos (cada um com aproximadamente 42 quilômetros, parte na terra, parte no mar), além de um terminal marítimo.<sup>41</sup>

O óleo produzido pelo Point Arguello era pesado e viscoso, propício para as refinarias especializadas neste tipo de óleo de Los Angeles. O transporte do produto da costa da Califórnia até Los Angeles seria realizado pelo mar, por navios-petroleiros, sendo este o percurso logisticamente mais eficiente. Porém, as autoridades locais insistiram, por motivos ambientais, que a produção fosse escoada somente através de dutos.<sup>42</sup>

O único duto disponível, porém, destinava-se ao Texas, onde não havia refinarias capazes de processar aquele tipo de óleo. A outra alternativa seria enviar o óleo para Los Angeles por meio de um duto desativado, sendo ainda necessário adicionar um diluente ao óleo para torná-lo menos viscoso, mas tornando-o mais caro para o refino.<sup>43</sup>

A Chevron fez uma proposta à Comissão Costeira da Califórnia (California Coastal Commission), referendada pelo Departamento de Energia dos Estados Unidos, para transportar por um navio-petroleiro maior, enquanto durasse a construção de um oleoduto ligando diretamente a plataforma na Califórnia à cidade de Los Angeles. A Comissão Costeira da Califórnia, porém, negou esta proposta.<sup>44</sup> Então, os participantes da *joint venture* decidiram criar diversas rotas para escoar a produção: vinte mil barris seriam enviados por oleoduto para o norte da Califórnia; trinta mil barris seriam encaminhados por oleoduto para a área da baía da Califórnia e seguiriam de lá para Los Angeles, via navios-petroleiros; e ainda cinco mil barris seriam mandados para o Texas.<sup>45</sup> Esta estratégia aumentou o custo do transporte em 2,5 dólares por barril, além de aumentar o

risco ambiental por acidentes marítimos. O atraso gerou um acréscimo de oitocentos milhões de dólares no investimento de 2,5 bilhões de dólares já realizado pelos integrantes da *joint venture*. Isto demonstra a grandeza dos investimentos da indústria petrolífera que moviram a criação das *joint ventures*.<sup>46</sup>

A combinação do controle de produção com objetivo de fixação de preços representa uma ilegalidade *per se*, de acordo com a primeira seção do Sherman Act. Mas os limites de produção reconhecidos pelos princípios da engenharia do petróleo, objetivando maximizar a produção e a conservação de um poço, sempre foram aceitos pelo Departamento de Justiça.<sup>47</sup> Esta questão foi levantada no caso *United States v. Standard Oil Co. Of California*, em que, apesar de os réus terem sido condenados pela realização de acordo limitando a produção de óleo cru, com o objetivo de fixação de preço, a decisão reconheceu expressamente que a limitação de produção por motivos técnicos não afetava a concorrência.

As *joint ventures* também são encontradas no segmento de refino, apresentando-se de forma integrada verticalmente. Dois exemplos recentes ilustram as possibilidades de *joint ventures* na área do refino. Em 1986, a companhia nacional petrolífera da Venezuela, PDVSA, adquiriu 50% da participação da empresa Cingo Petroleum Corporation, então controlada pela empresa Southland Corp. Em 1990, a PDVSA adquiriu os outros 50% restantes. A empresa Cingo possuía uma ampla refinaria, extensos oleodutos, excelente infra-estrutura e um grande número de postos de serviço. Em 1988, a Arábia Saudita adquiriu metade dos negócios de refinaria, distribuição e operação de postos de serviço da Texaco, em 23 estados do Leste da Costa do Golfo e do distrito da Colúmbia, por meio de uma *joint venture* que foi denominada Star Enterprise. Nenhum questionamento antitruste foi feito, apesar de oposições congressistas e de reclamações dos produtores independentes de petróleo.<sup>48</sup> No segmento de transporte, o caso *Northern Natural Gas Co. contra Federal Power Commission*<sup>49</sup> demonstra mais um questionamento antitruste perante uma *joint venture* da indústria petrolífera. Neste caso, a empresa Great Lakes Gas Transmission Company recebeu uma autorização para construção de um gasoduto na fronteira canadense, ao norte de Minnesota, Michigan e Wisconsin, terminando na cidade de Sarra, em Ontário, no Canadá. Este gasoduto foi criado pela *joint venture* formada com a empresa Trans-Canada Pipe Lines Limited e a American Natural Gas Company, um grande distribuidor de gás em Michigan e Wisconsin. Embora o propósito inicial da linha fosse transportar o gás da região ocidental do Canadá para o mercado da região oriental, o gasoduto possibilitava a comercialização deste gás nos Estados Unidos. A empresa Northern Natural Gas Company, que também pleiteava uma autorização para atuar na mesma área, acionou o tribunal local competente para revisar a autorização concedida à empresa Great Lakes

Co., argumentando principalmente que a *joint venture* autorizada poderia reduzir substancialmente a competição naquele mercado, não tendo a Comissão atentado para esta questão quando emitiu a autorização.<sup>50</sup>

O Tribunal decidiu que a empresa Trans-Canada teria entrado no mercado Michigan-Wisconsin independentemente da *joint venture*, e que este fato teria representado um aumento na competição naquele mercado. O tribunal acolheu o argumento de que se tratava de uma situação na qual uma *joint venture* representava uma redução da competição, uma vez que a empresa American Natural Co., proprietária de metade da *joint venture*, já era uma força dominante no mercado. O tribunal também assinalou que, além do efeito no mercado de distribuição de gás para consumidores e nas empresas de distribuição entre Michigan e Wisconsin, a *joint venture* parecia ter eliminado a competição entre Trans-Canada, a única fonte do leste de gás canadense das Montanhas Rochosas, e as demais fontes dos Estados Unidos de abastecimento, por ter concedido à Trans-Canada uma oportunidade de vendas adicionais de cento e setenta mil metros cúbicos de gás por dia, sem a competição das fontes dos Estados Unidos. Então, depois de discutir e avaliar o elemento de competição em uma indústria regulada e assinalando que as forças competitivas são um fator que gera preços mais favoráveis para os consumidores, o tribunal concluiu que:

*A menos que a Comissão encontre outras considerações importantes que militem a favor da joint venture e que estas considerações sejam mais proveitosas para a população do que o aumento da competição, as políticas antitruste devem ser respeitadas e a parceria deve ser evitada.<sup>51</sup>*

Em réplica, a Comissão enfatizou que a razão que levou à autorização da *joint venture* foi pautada nas vantagens públicas da parceria, que superariam quaisquer efeitos anticompetitivos que pudessem ter gerado, diante da grande necessidade da população local em relação ao gás. Além disso, segundo a Comissão, o gás canadense completa o abastecimento e a distribuição do gás oriundo do sudoeste dos Estados Unidos, não sendo, portanto, mercados competitivos entre si, mas sim complementares.<sup>52</sup>

Dentre os diversos tipos de contratos de *joint ventures*, os contratos *joint operating agreements (JOAs)* e os *joint seismic exploration agreements* são os menos vulneráveis aos questionamentos antitruste, uma vez que os propósitos das parcerias não envolvem a comercialização da produção, nem a partilha de lucros.

Esses contratos regem a produção em determinadas regiões nas quais a extração de óleo e gás depende da parceria entre distintos proprietários ou concessionários limitrofes, onde quase sempre acontece desperdício de óleo e gás, se os operadores produzirem em competição. Isto porque, sob a antiga regra da captura (*rule of capture*), cada produtor tenta conseguir tanto óleo ou gás de sua área

quanto ele consiga extrair o mais rapidamente possível. Esta prática ultrapasada da indústria pode resultar na infiltração de água no depósito, diminuindo, deste modo, a quantidade de óleo que poderia ser extraída e produzida, podendo ainda gerar uma produção excessiva de gás com uma redução conseqüente na pressão de gás subterrâneo, diminuindo drasticamente a produção do poço. Por outro lado, se as áreas limitrofes forem operadas em conjunto, os operadores podem conseguir a produção e recuperação máxima de petróleo e gás dos reservatórios depósitos. As leis de conservação de óleo e gás em vigor na maior parte dos estados ocidentais norte-americanos oferecem uma medida de alívio contra desperdício em situações deste tipo. Além disso, incluem uma provisão para que as partes sejam isentas de um processo antitruste onde tais acordos são aprovados pela Comissão estadual de óleo e gás. Tais dispositivos não oferecem proteção contra acusações de violação do Sherman ou Clayton Act, mas refletem a intenção do legislativo de proteger as *joint ventures* de acusações antitruste.<sup>53</sup>

Há alguns cuidados que devem ser tomados na elaboração de um *joint operation agreement* para evitar restrições que poderiam ter implicações antitruste. Uma questão comumente encontrada no *joint operating agreement*, e pode envolver algumas implicações antitruste, é um acordo em que cada uma das partes terá a oportunidade para compartilhar a aquisição de quaisquer novos arrendamentos em uma área designada próxima aos arrendamentos que são cobertos pelo *joint operating agreement*. Tal provisão evita um processo antitruste.<sup>54</sup>

Um acordo operacional pode também tratar sobre parcerias para o desenvolvimento de exploração geológica ou geofísica ou ainda de pesquisas sísmicas. As partes suportam os custos do desenvolvimento do projeto em troca do acesso aos dados e às interpretações geológicas disponíveis, de forma que o intercâmbio geológico destas informações constitui requisito essencial para o desenvolvimento de uma parceria de sucesso. Tais acordos, em virtude da natureza dos objetivos envolvidos, não justificam questionamentos antitrustes.<sup>55</sup>

Só a redução de custos não é justificativa suficiente para uma parceria. O que pode ser economizado pode representar uma perda de novas práticas e de novos empreendimentos (eficiências tecnológicas) que as operações teriam proporcionado ao mercado caso fossem realizadas individualmente sob o regime da competição.<sup>56</sup>

A motivação para a formação das *joint ventures* deve comprovar a incapacidade de atuação das partes individualmente. Por outro lado, se uma das partes apresentar condições para a atuação individual, então devem ser averiguadas as razões que levaram as empresas a se reunirem em parceria. Além disso, deve sempre ser analisado se a parceria diminuiu ou aumentou a competição daquele mercado.

Nos casos onde a *joint venture* apresentar risco de ser entendida como um instrumento anticompetição, devem ser exploradas outras alternativas antes de se iniciar a parceria.<sup>57</sup> Todavia, independentemente da exposição antitruste, as parcerias e as *joint ventures* são um importante elemento para a economia, não devendo a legislação antitruste constituir uma barreira à sua realização.

### 5. *Joint ventures* da indústria do petróleo no Brasil

No ordenamento jurídico brasileiro, os consórcios são largamente utilizados. O seu maior benefício é permitir a reunião de estruturas econômicas anteriormente organizadas na execução de atividades que gerem elevados custos ou que sejam de grande risco, inviabilizando a atuação isolada de cada unidade.<sup>58</sup> Contudo, não há, no Brasil, previsão legal para o instituto da *joint venture*. A doutrina é unânime em equiparar a *joint venture* internacional ao nosso consórcio. Para Marilda Rosado, "o consórcio é a figura contratual que melhor acolhida teve pelo legislador pátrio para disciplinar a atuação conjunta das empresas".<sup>59</sup>

Esta foi a posição adotada pela Lei do Petróleo, que permite a formação de consórcios para a exploração e produção dos contratos de concessão.<sup>60</sup> Marilda Rosado entende que *joint ventures* "são as sociedades, já investidas de personalidade jurídica, que buscam associar-se, para enfrentar os riscos da vida empresarial contemporânea"<sup>61</sup>, ou seja, as *joint ventures* possuem os mesmos objetivos dos consórcios: têm um objeto limitado e o controle pode ser exercido em conjunto. Podem se formar tanto pela forma contratual (*non-equity joint venture*) ou pela criação de uma nova sociedade dita, ou ainda, pela admissão em sociedade existente (*equity joint venture*).

As *joint ventures* na exploração e produção, no Brasil, são recentes, uma vez que elas passaram a ocorrer após a quebra do monopólio. Neste sentido, não existe ainda uma riqueza de casos, na jurisprudência concorrencial brasileira, ao contrário do cenário norte-americano. No entanto, existe um caso analisado pelo CADE, o Ato de Concentração nº 08012.001489/2000-18, envolvendo a Chevron e a Petrobrás<sup>62</sup>, que revela um conhecimento deficiente da autoridade concorrencial brasileira em relação à indústria petrolífera.

A questão que se apresentava no referido Ato de Concentração cuidava da celebração de consórcio entre a Petrobras, já detentora dos direitos de exploração de dois blocos anteriormente licitados, com a Chevron, para a transferência, a estes direitos (cessão de direitos) sobre os referidos blocos. Após tal operação, a Chevron passaria a deter 50% dos direitos de exploração em cada um dos blocos.

O caso foi julgado com acerto, tendo sido aprovada a operação sem restrições, conforme o despacho nº 213/2001, proferido pelo Presidente do CADE.

João Grandino Rodas.<sup>63</sup> Contudo, o fundamento que ensejou a aprovação da operação não correspondeu ao sucesso deste resultado.

De acordo com a Nota Técnica CAD/CADE nº 54/2001, que fundamentou o citado despacho, o motivo que levou à aprovação da operação foi o fato de que "direitos de exploração de petróleo e gás natural no Brasil não podem ser considerados um mercado relevante". Tal análise não atentou as minúcias e nuances da indústria do petróleo, e, por conseguinte, não encontrou o melhor fundamento para a aprovação da operação em questão.

Os direitos de exploração<sup>64</sup> consistem em uma das fases integrantes de um contrato de concessão que tem duração de dois a oito anos, durante os quais as empresas realizam trabalhos de aquisição de dados geofísicos e perfuração de poços. Posteriormente, se houver descoberta comercial, inicia-se a fase de produção para o desenvolvimento dos campos descobertos.<sup>65</sup>

A exploração é um procedimento preparatório para a produção e comercialização do petróleo e do gás natural, ou um pré-requisito para as atividades de produção petrolífera. Tais procedimentos, apesar de nitidamente divisíveis, não podem ser analisados de maneira fracionada, sob pena de minimizar sua importância, seus resultados e consequências; além de ser juridicamente impossível, pois o contrato de concessão abrange, de forma una, as fases de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural.

Melhor solução seria se a operação envolvendo a Chevron e a Petrobras fosse aprovada com base na própria Lei Antitruste, Lei nº 8.884/94, de acordo com o seu artigo 54, § 1º, inciso I, letras "a" e "c", que permitem ao CADE autorizar operações que visem o aumento da produtividade e propiciem eficiência e desenvolvimento econômico<sup>66</sup>, justamente o melhor fundamento legal a respaldar uma *joint venture* cooperativa. Outros argumentos poderiam ser levantados<sup>67</sup> para demonstrar a legalidade da operação, sendo desnecessário desqualificar a exploração petrolífera como um mercado relevante. De toda forma, conforme bem argumentado

<sup>57</sup> As *joint ventures*, especificamente as da área do petróleo, representam a viabilidade de um paradigma que pode ser adotado nos países em desenvolvimento com o devido equilíbrio de todos os interesses envolvidos. De um lado está o próprio relacionamento entre as empresas privadas que optam por uma aliança estratégica, ao invés da competição predatória. De outro, estão os Estados, que adotam mecanismos para viabilizar estas associações e monitorar o desenvolvimento das eventuais questões que envolvem o interesse público e o dos consumidores.<sup>68</sup>

## 6. Considerações finais

Diante do exposto, podemos, sucintamente, concluir que:

- I Em algumas atividades econômicas, a formação de *joint venture* por agentes econômicos pode representar uma violação concorrencial.
- II A violação concorrencial deverá ser analisada caso a caso, uma vez que não há critérios objetivos para identificar uma violação nesta situação.
- III Alguns dos critérios que podem ser analisados para aferir legalidade das *joint ventures* são: o grau de independência entre a *joint venture* e as empresas-mãe, a existência de riscos a serem repartidos; as eficiências econômicas produzidas e o grau de concentração do mercado relevante com a criação da *joint venture*.
- IV No âmbito da indústria petrolífera, onde os riscos e os altos custos operacionais são inerentes à atividade econômica desenvolvida, as *joint ventures* são frequentes, não importando em atos de concentração.
- V No Brasil, existe um caso envolvendo consórcio entre empresas petrolíferas que foi submetido à autoridade antitruste para avaliar a viabilidade concorrencial do contrato firmado entre as empresas, tendo o mesmo sido aprovado.
- VI Entende-se que a aprovação foi correta, discutindo-se apenas dos fundamentos da referida decisão que desconsiderou como merca-do relevante a exploração de petróleo.
- VII Defendeu-se que uma melhor fundamentação seria com base no artigo 54, § 1º, inciso I, letras "a" e "c", da Lei nº 8.884/94, que autoriza operações que propiciem eficiência e desenvolvimento econômico.

\* Advogada, Doutoranda e Mestre em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Especialista em Direito do Petróleo pela Faculdade de Direito da UERJ.

## 7. Notas

- 1 BAPTISTA, Luiz O. et BARTHEZ-DURAND, Pascal. *Les associations d'entreprises* (joint ventures) dans le commerce international. France, Paris: FEDUCI, 1991, 2ème Edition, p. 207.
- 2 *Ibid.*, p. 227.
- 3 *Ibid.*, p. 228.
- 4 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito...*, pp. 222-223.
- 5 SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito...*, p. 228.
- 6 Cabe anotar que a legislação antitruste norte-americana é integrada basicamente pelos seguintes estatutos: Sherman Act, Clayton Act, Robinson-Parman Act e Federal Trade Commission Act.
- 7 SMITH, Arthur Thad. Antitrust aspects of joint operations. In: *Annual Institutes*, 16, Rocky Mt. Min. L. Inst. 311-347, (1971), p. 313.
- 8 United States v. Minnesota Mining & Mfg. Co., 92 F. Supp. 947 (D. Mass. 1950). In: SMITH, Arthur Thad. Antitrust aspects of joint operations. In: *Annual Institutes*, 16, Rocky Mt. Min. L. Inst. 311-347, (1971), p. 316.
- 9 7 Antitrust Bull. at 407 (1962). In: SMITH, Arthur Thad. Antitrust aspects of joint operations. In: *Annual Institutes*, 16, Rocky Mt. Min. L. Inst. 311-347, (1971), p. 316.
- 10 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 317.
- 11 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 317.
- 12 Caso Penn-Olin v. United States v. Penn-Olin Chem. Co., 378 U.S. 158 (1964).
- 13 PIRONON, Valérie. *Les joint ventures...*, p. 417, notas.
- 14 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 318.
- 15 *Ibid.*
- 16 *Ibid.*
- 17 Estas empresas eram fabricantes de produtos químicos (mais especificamente, o clorato de sódio, utilizado na produção de jornal) e sediadas na região oeste dos Estados Unidos. SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 318.
- 18 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 318.
- 19 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 319.
- 20 *Ibid.*
- 21 *Ibid.*, p. 321.
- 22 LASKY, Moses. *Antitrust considerations in...*, p. 291.
- 23 POSNER, Richard A. *Antitrust Law - an economic perspective*. United State, Chicago: University of Chicago Press, 1976, pp. 117-118.
- 24 Assim como já se cogita da criação de uma *lex informatica* que se ocuparia das regras transnacionais de comportamento de um código de conduta da internet e das leis aplicáveis a litígios envolvendo o tema. JAYME, Erik. O Novo Direito Internacional. In: MARQUES, Gláudia Lima e ARAÚJO, Nádia (orgs.). *O novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.
- 25 A origem do termo encontra-se no laudo arbitral do caso ARAMCO versus Arábia Saudita, de 1958, no qual o tribunal arbitral entendeu que seria aplicável ao caso a lei da Arábia Saudita, mas sendo esta "interpretada e complementada pelos princípios gerais do direito, os costumes e a prática da indústria do petróleo". DOLINGER et TRIBURCIO. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 104.
- 26 Ver RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo...*, p. 165.
- 27 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo...*, p. 166.

- 28 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução. In: CASSELLA, Paulo Borba (coord). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: Editora LIT 1996, p. 703.
- 29 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 312.
- 30 LASKY, Moses. *Antitrust considerations in...*, p. 287.
- 31 RENNREW, Charles B. Intercompetitor Cooperation in the Petroleum Industry. In: *Antitrust Law Journal*, v.61, issue 2, Winter 1993, pp. 559-577.
- 32 RENNREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation...*, p. 559.
- 33 RENNREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation in...*, p. 559.
- 34 *Ibid.*, p. 560.
- 35 *Ibid.*
- 36 JOA entre Chevron, Mobil, Gulf Canada e Petro-Canada Hibernia para desenvolver, produzir e transportar, para vários mercados, o petróleo do campo Hibernia. (RENNREW, Charles B. Intercompetitor Cooperation in the Petroleum Industry. In: *Antitrust Law Journal*, v.61, issue 2, Winter 1993, p. 559-577).
- 37 RENNREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation in...*, p. 561.
- 38 A construção da plataforma foi feita com alta tecnologia, utilizando-se setenta mil toneladas de aço e 185 mil metros cúbicos de concreto para firmar sua estrutura e com uma proteção em forma de "dentes" ao redor da plataforma, integrada à sua parede exterior para impedir que os *icebergs* atingissem a plataforma. Os *icebergs* e o local tornaram impraticável o transporte por meio de dutos, sendo necessário que o escoamento da produção ocorra através de navios-tanque. RENNREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation in...*, p. 562.
- 39 RENNREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation in...*, p. 561.
- 40 *Ibid.*, p. 562.
- 41 *Id.*
- 42 *Id.*
- 43 *Id.*
- 44 *Id.*
- 45 *Id.*
- 46 *Ibid.*, p. 563.
- 47 *Ibid.*, p. 566.
- 48 RENNREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation...*, p. 571.
- 49 399 F2d 953 (D.C. Cir. 1968), *apud Annual Institutes*, 16, Rocky Mt. Min. L. Inst. 311-347, (1971), p. 324.
- 50 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 324.
- 51 *Ibid.*, p. 325.
- 52 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects of joint operations*. In: *Annual Institutes*, 16, Rocky Mt. Min. L. Inst. 311-347, (1971), p. 326.
- 53 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 327.
- 54 *Ibid.*, p. 328.
- 55 SMITH, Arthur Thad. *Antitrust aspects...*, p. 327.
- 56 *Ibid.*, p. 328.
- 57 *Ibid.*, p. 345.
- 58 Para Arnoldo Wald "as empresas concorrentes associam-se, hoje, sob a forma de consórcio ou de *joint ventures*, algumas vezes até criando sociedades específicas (*special purpose companies*), com a finalidade de juntar esforços na produção, na distribuição ou até na pesquisa e na exportação". (WALD, Arnoldo *et al.* *O Direito de parceria...*, p. 31-32).
- 59 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *As Joint Ventures...*, p. 11.
- 60 Nos termos dos artigos 38 e 39 da Lei do Petróleo:
- "Art. 38. Quando permitida a participação de

empresas em consórcio, o edital conterá as seguintes exigências: I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas; II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas; III - apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio; IV - proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco; V - outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976."

"Art. 39. O edital conterá a exigência de que a empresa estrangeira que concorrer isoladamente ou em consórcio deverá apresentar, juntamente com sua proposta e em envelope separado: I - prova de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal, nos termos da regulamentação a ser editada pela ANP; II - inteiro teor dos atos constitutivos e prova de encontrar-se organizada e em funcionamento regular, conforme a lei de seu país; III - designação de um representante legal junto à ANP, com poderes especiais para a prática de atos e assunção de responsabilidades relativamente à licitação e à proposta apresentada; IV - compromisso de, caso vencedora, constituir empresa segundo as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil.

Parágrafo único. A assinatura do contrato de concessão ficará condicionada ao efetivo cumprimento do compromisso assumido de acordo com o inciso IV deste artigo."

61 *Ibid.*, p. 72.

62 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo...*, p. 425.

63 Publicado no DOU em 14.12.2001. *Apud* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo...*, p. 425.

64 Importante ressaltar o significado técnico da expressão "exploração" para a indústria do petróleo. Explicando o funcionamento da indústria do petróleo, Luiz Augusto Miliani Martins ensina que "as etapas iniciais (*upstream*) da indústria de petróleo são a exploração (ou pesquisa), o desenvolvimento e a produção (ou lavra) de petróleo. As etapas seguintes (*downstream*) são o transporte, o refino e a distribuição de derivados. O fascínio da indústria de petróleo está no *upstream*, com suas incertezas e prêmios. A exploração e o desenvolvimento são etapas de alto custo e risco, cujos componentes são de natureza geológica, econômica, tecnológica e política". MARTINS, Luiz Augusto Miliani. *Política e Administração da Exploração e Produção de Petróleo*. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1997, p. 03.

65 Disponível em [http://www.brazilrounds.gov.br/geral/historico\\_das\\_rodadas.asp](http://www.brazilrounds.gov.br/geral/historico_das_rodadas.asp). Acesso em 24.02.04.

66 "Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos à que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico (...)."

67 Como, por exemplo, o princípio da liberdade de contratar, prevista no Código Civil.

68 RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Joint Ventures Internacionais...*, p. 430.

venturas na indústria do petróleo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

8. Referências Bibliográficas

BAPTISTA, Luiz. O et BARTHEZ -

DURAND, Pascal. *Les associations d'entreprise (joint ventures) dans le commerce international*. France. Paris: FEDUCCI, 1991, 2ème. Edition.

CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: Editora LTR 1996.

DOLINGER, Jacob et TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

JAYME, Erik. O Novo direito Internacional. In: MARQUES, Claudia Lima e ARAÚJO, Nádia (orgs.). *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

LASKY, Moses. *Antitrust considerations in acquisitions and mergers in the petroleum industry*. In: 9, Rocky Mountain Mineral Law Institute, 257-295 (1964).

MARTINS, Luiz Augusto Miliani. *Política e Administração da Exploração e Produção de Petróleo*. Rio de Janeiro: CETEM/CNPq, 1997.

PIRONON, Valérie. *Les joint ventures - contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*. France. Paris: Edition Dalloz, 2004.

POSNER, Richard. *Antitrust Law - an economic perspective*. United State, Chicago: University of Chicago Press, 1976.

RENFREW, Charles B. *Intercompetitor Cooperation in the Petroleum Industry*. In: *Antitrust Law Journal*, vol. 51, issue 2, Winter 1993.

RIBEIRO, Mariana. *Resumo de SA, as joint ventures na indústria do petróleo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Joint Ventures Internacionais. Janeiro: Renovar, 2003.

In: MARQUES, Claudia Lima e ARAÚJO, Nádia (orgs.). *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 423-460.

Os contratos de exploração petrolífera: uma introdução. In CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. São Paulo: Editora LTR 1996, pp. 702-706.