

5º CONGRESSO BRASILEIRO DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO EM PETRÓLEO E GÁS



TÍTULO DO TRABALHO:

As Joint Ventures e a Defesa da Concorrência no Direito do Petróleo

AUTOR:

Emília Lana de Freitas Castro

INSTITUIÇÃO:

Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Faculdade de Direito

Este Trabalho foi preparado para apresentação no 5º Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Petróleo e Gás- 5º PDPETRO, realizado pela a Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás-ABPG, no período de 15 a 22 de outubro de 2009, em Fortaleza-CE. Esse Trabalho foi selecionado pelo Comitê Científico do evento para apresentação, seguindo as informações contidas no documento submetido pelo(s) autor(es). O conteúdo do Trabalho, como apresentado, não foi revisado pela ABPG. Os organizadores não irão traduzir ou corrigir os textos recebidos. O material conforme, apresentado, não necessariamente reflete as opiniões da Associação Brasileira de P&D em Petróleo e Gás. O(s) autor(es) tem conhecimento e aprovação de que este Trabalho seja publicado nos Anais do 5ºPDPETRO.

As Joint Ventures e a Defesa da Concorrência no Direito do Petróleo

Abstract

Our main motivation is the seemingly disharmony between the necessity of the enforcement of an antitrust legislation and the importance of an interaction among the oil producing companies aiming a possible join work on the market (referring mostly to the upstream stage). Should the Competition Law impose limits to the formation of joint ventures in the oil industry so as to promote the free competition and the economic free enterprise? From such inquiry, we try to show that the State operates in order to control the economy, balancing the economical strengths of those who take part in the competitive market, even taking into account that at first glance the joint ventures – due to their oil producing nature - might be considered as a setback to market economy. Such demonstration is done by means of the two main kinds of public interventions which operate complementarily: the regulatory agencies ANP (Agência Nacional do Petróleo) and CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência), the latter being a State organism of competition support. The CADE is considered to be a regulatory agency even though it does not bear the name “agency”.

Introdução

Tem-se como principal motivação, no presente trabalho, o aparente descompasso entre a necessidade da aplicação da legislação antitruste e a importância da atuação em conjunto das companhias petrolíferas (mormente no que tange à exploração e produção de petróleo e gás – fase do *upstream*) para que seja possível atuar no mercado. O Direito da Concorrência deveria impor limites à formação das joint ventures na indústria petrolífera, de forma a promover a livre concorrência e a liberdade de iniciativa econômica? A partir de tal indagação, procura-se demonstrar que o Estado atua de forma a regular a economia, equilibrando as forças econômicas daqueles que participam do mercado concorrencial, por mais que, em função da natureza das atividades petrolíferas, as *joint ventures* constituam, à primeira vista, uma barreira à livre concorrência. Tal demonstração é feita pelas duas principais espécies de intervenção pública que temos nesse sentido, que atuam complementarmente, quais sejam: as agências reguladoras ANP (Agência Nacional do Petróleo) e CADE (Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência) – órgão estatal de defesa da concorrência, que, apesar de não ter a expressão “agência” em seu nome, é considerado uma agência reguladora pela doutrina.

Metodologia

De início, nos debruçaremos sobre as denominadas *joint ventures*, sua estrutura, natureza jurídica e suas origens. Como objeto do presente estudo, esta figura do Direito Empresarial deve restar bem compreendida para que não só o seu papel na economia brasileira (e mundial) seja avaliado, mas também para que uma análise jurídica da sua compatibilidade com o Direito Econômico pátrio seja realizada.

Em seguida, passando pelo estudo a respeito do novo papel do Estado Brasileiro na Carta Magna de 1988, enfrentaremos o instituto da regulação no Direito Administrativo moderno, com enfoque sobre a regulação na atividade petrolífera.

Derradeiramente, serão expostos os motivos pelos quais deve-se entender as *joint ventures* como uma prática lícita, tendo em vista que a partilha dos riscos é inerente à atividade petrolífera, que demanda vultosos investimentos.

Resultados e Discussão

A expressão *joint venture* pode ser compreendida como um gênero, que se divide em duas espécies. Em sentido amplo, podemos definir *joint venture* como uma reunião de empresas (*co-ventures*) que, mediante a firmação de um negócio jurídico transitório, unem-se para proteger o capital investido da álea empresarial na realização de uma atividade comum. Divide-se em *corporate joint ventures* e *non-corporate joint ventures*. As *non-corporate joint ventures* são meros contratos de comunhão de escopos, que não fazem surgir uma nova sociedade (v. g., contrato de transferência de tecnologias). Por sua vez, as *corporate joint ventures* implicam na formação de uma nova sociedade (chamada *equity joint venture*) pelas sociedades parceiras, com o fito de conquistar novos mercados.

Eros Grau chega a afirmar que não se pode cogitar de um conceito jurídico de *joint venture*, até por força da não positivação de sua definição, muito embora reconheça sua importância na economia moderna (GRAU, 1987, p. 6). Não obstante, nos parece que é possível considerar a *joint venture* como um instituto jurídico, desde que respeitando suas particularidades. Neste sentido, José Edwaldo Tavares Borba anota que, em uma primeira análise, percebe-se nas *joint ventures* a forma de uma sociedade de capitais, até porque são reservadas para atividades que demandam altos investimentos; por outro lado, todavia, os sócios ou acionistas não são meros prestadores de capital, pois o *know-how* específico de cada um, sua competência gerencial e suas habilidades em diferentes setores da atividade desenvolvida são combinados de forma a alargar as possibilidades de êxito do empreendimento, disso derivando o caráter *intuito personae* que marca este tipo de negócio (BORBA, 2004, pp. 521-522).

Uma das formas contratuais de *joint ventures* é o consórcio, que é altamente flexível, não tolhendo a autonomia decisória das sociedades consorciadas, evitando os diversos custos que podem advir da criação de uma nova sociedade, e funcionando como um grupo de coordenação, não como grupo de subordinação (COMPARATO, 1972, pp. 145-146). O art. 278 da lei 6.404 (lei das sociedades anônimas) trata do consórcio de empresas. Na área petrolífera, a lei 9.478/97, no art. 38, trata do tema.

A lei 9.478/97 criou a Agência Nacional do Petróleo, obedecendo ao mandamento constitucional insculpido no art. 177, § 2º, III, da Carta Magna. É que o mesmo artigo da Constituição estabelece como monopólio da União a exploração do petróleo e seus derivados, sendo esta uma atividade econômica *stricto sensu*, ou seja, uma atuação econômica que sofre a intervenção estatal não por força de sua essencialidade para os cidadãos individualmente considerados, mas sim, nas palavras de Gaspar Ariño Ortiz, com uma finalidade de ordenação econômica, de promoção econômico-social da nação (*apud* ARAGÃO, 2002, p. 36) – não se trata, portanto, de serviço público. A própria Lei Maior, entretanto, prevê que particulares e empresas estatais podem realizar atividades no campo do petróleo (art. 177, § 1º, CR/88), segundo o art. 5º da lei 9.478/97 por meio de concessões (sendo este instrumento cabível apenas para a exploração e produção, que envolvem o uso de bem público dominical, que é o petróleo) ou autorizações (atos administrativos, utilizados para as operações de refino, transporte, importação e exportação). Outras atividades da indústria do petróleo não constituem monopólios da União, e por isso se submetem à livre iniciativa, sendo sempre possível a regulação estatal (art. 174 da CR/88) – são exemplos a distribuição, a revenda e o transporte, salvo por dutos ou marítimo (cf. ARAGÃO, 2002, p. 37).

Estas disposições constitucionais dão o tom do que se tem definido como o novo Estado Gerencial Brasileiro. É que antes da nova ordem constitucional o Estado tinha o papel de gestor, exercendo

diretamente atividades tipicamente econômicas, sob a escusa de promover satisfatoriamente o desenvolvimento nacional. A mudança de paradigma do Estado brasileiro, que saiu do Estado intervencionista, do bem-estar social, para o Estado Neoliberal, gerencial, subsidiário, ou mínimo, pode ser enxergada da análise de três artigos da nossa Constituição (arts. 170, 173 e 174), principalmente quando proclama, no art. 170, parágrafo único, ser “*assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos*”. A função do Estado é radicalmente modificada: deixa de ser gestor e passa a ser regulador, e isto está expresso no art. 174. Na lição de Michel Gentot, a função regulatória abrange três prerrogativas, quais sejam, editar a regra, assegurar sua aplicação e reprimir as infrações (ARAGÃO, 2002, p. 52).

No bojo da ordem econômica, podemos falar, na esteira da doutrina de Carlos Ari Sundfeld, de uma regulação para a competição, visando conceber uma estrutura de mercado economicamente viável, inclusive impedindo que concorrentes se aliem ilicitamente, protegendo a existência das quatro liberdades inerentes às atividades competitivas: liberdade de entrada no mercado para os que preencham os requisitos mínimos; livre acesso às infra-estruturas do mercado, suas instalações essenciais (art. 58 da Lei 9.478/97); liberdade de contratação; e liberdade de investimentos e taxas de retorno (SOUTO, 2005, p. 113).

A regulação para a competição no campo das atividades petrolíferas é uma tendência mundial. Nos Estados Unidos é realizada pela agência reguladora *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC). Para exercer este mister, previsto nos arts. 1º, IX, e 72, p. u., III, da Lei do Petróleo, a ANP, através da portaria ANP nº 60, de 05/04/2000, criou a Comissão de Defesa da Concorrência (CDC), com a finalidade de dar cumprimento às obrigações assumidas pela ANP no Convênio de Cooperação Técnica e Operacional, celebrado com o CADE e a SDE, publicado no DOU em 24 de março de 2000, seção 3, página 1 (MENEZELLO, 2000, p.90). O art. 10 da Lei 9.478/97 determina que a ANP, ao tomar conhecimento de fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis. A ANP, portanto, não pode impor sanções diretamente aos agentes econômicos no campo das infrações de que trata a lei antitruste (lei 8.884/94), sendo seu dever comunicar aos órgãos de defesa da concorrência os atos ilícitos que vier a conhecer neste sentido.

Devemos dividir o mercado do petróleo em três campos, para a análise dos mecanismos de defesa da concorrência em cada um deles.

O primeiro deles é o chamado *upstream*, que abrange a produção, desenvolvimento e a exploração do petróleo. Como dito acima, a iniciativa privada ingressa neste setor por meio de contratos administrativos de concessão de uso de bem público, em um âmbito territorial devidamente limitado, que representa o bloco de exploração petrolífera (art. 23 da lei 9.478/97). Como todo contrato administrativo, deve ser precedido de licitação, estando esta regulada nos artigos 36 e seguintes do mesmo diploma legal. O art. 38 admite expressamente a participação de empresas em consórcio, cabendo indagar se a atuação destas *joint ventures* na fase do *upstream* pode gerar violações às regras do Direito Concorrencial. Neste ponto, cabe ressaltar que o retorno dos investimentos feitos nesta etapa é altamente incerto – mais de 80% dos poços pioneiros não resultam, em qualquer lugar do mundo, em descobertas aproveitáveis (RIBEIRO, 2003, p. 426). Sendo assim, não se imagina como poderia um consórcio de empresas planejar o domínio de um mercado do qual é impossível mensurar a capacidade lucrativa – não se pode abusar do poder econômico quando não se sabe sequer a margem para a configuração de um abuso. Foi assim que decidiu o CADE, no despacho 213/2001. Além disso, a própria licitação tem como uma de suas finalidades, ao lado da escolha da melhor oferta para a Administração Pública e da garantia de igualdade entre os licitantes, a de regular o mercado.

Concluímos, desta forma, que as *joint ventures* formadas para atuação na fase do *upstream* não constituem modalidade de prática anti-concorrencial.

A fase de *midstream* abrange o transporte e o refino do petróleo; já a etapa do *downstream* corresponde à distribuição e revenda do produto. A autorização é o instrumento jurídico hábil para a atuação da iniciativa privada nestes setores (art. 53, § 2º, da lei 9.478/97). O *caput* deste art. 53 também prevê a possibilidade de consórcios de empresas para execução de projetos na área. Apesar de inexistir licitação prévia, a ANP deve analisar previamente a “*proposta, acompanhada do respectivo projeto, para a construção e operação de refinarias e de unidades de processamento, de liquefação, de regaseificação e de estocagem de gás natural, bem como para a ampliação de sua capacidade*”. Segundo o § 1º do art. 53 da mesma Lei: “*A ANP estabelecerá os requisitos técnicos, econômicos e jurídicos a serem atendidos pelos proponentes e as exigências de projeto quanto à proteção ambiental e à segurança industrial e das populações*”. Assim, a referida agência promove uma regulação para a competição por meio de seu poder normativo e de fiscalização preventiva. Estas duas últimas etapas citadas, ao contrário do *upstream*, têm um mercado com contornos facilmente identificáveis, com grau de risco mais atenuado. Por certo, este é um âmbito econômico com todos os caracteres para que se possa observar a prática dos ilícitos previstos nos artigos 20 e 21 da Lei Antitruste. No entanto, a simples constituição de uma *joint venture*, por si só, não enseja desde logo uma manobra anti-concorrencial. É preciso que fique patente a intenção ou possibilidade de dominação do mercado, em desfavor das demais empresas do ramo do petróleo e dos consumidores.

Conclusões

Determina-se, então, que a utilização do mecanismo das *joint ventures* (mormente no que tange aos consórcios), em seu escopo cooperativo, não concentrativo, constitui uma prática lícita, recebendo um enfoque diferente em relação à defesa da concorrência. Com sua existência e legalidade garantidas pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6404/76), artigos 278 e 279, e também pela Lei do Petróleo (Lei nº 9478/97), a figura do consórcio constitui um amparo importante, principalmente para as atividades de *upstream*. A figura das *joint ventures* ajuda as empresas petrolíferas a se manterem no mercado. O risco, os prejuízos e a incerteza que elas enfrentam ao investir em um bloco são muito altos e, ao se unirem com intuito de cooperação, podem vir a diminuir tais riscos, de forma a dividi-los, principalmente aqueles envolvidos na exploração e produção de petróleo e gás. Muitas vezes, as companhias somente conseguem investir em novas tecnologias de extração e produção e em pesquisas nesse ramo se estiverem juntas, arcando solidariamente com os altos custos exigidos pela indústria. É essencial ao desenvolvimento tecnológico e econômico que as companhias atuem conjuntamente, fornecendo mais idéias, fomentos e tecnologias de alta monta para a ascensão da indústria. Assim, procuramos demonstrar a necessidade e o crescimento da figura contratual das *joint ventures* na indústria do petróleo, notadamente em relação ao desenvolvimento de novas tecnologias, uma vez que somente partilhando os riscos torna-se possível a realização de atividades de grande empreendimento.

Agradecimentos

Agradeço à Faculdade de Direito da UERJ, centro de excelência e motivo de orgulho de seus alunos, ao Programa de Recursos Humanos 33 (PRH-33) e à ANP, assim como a todos que estão envolvidos nesse projeto, em especial à pesquisadora visitante, Clarissa Brandão e aos meus colegas bolsistas.

À Profª Marilda Rosado de Sá Ribeiro, apoiadora dos nossos diversos projetos e ambições, devo os meus mais sinceros agradecimentos.

Aos meus pais e ao Bruno, fiéis fomentadores de minhas expressões acadêmicas.

Referências Bibliográficas

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, *Direito do Petróleo: As Joint Ventures na Indústria do Petróleo*. 2ª Edição atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GRAU, Eros Roberto. Joint Venture e Consórcios de Tecnologia e a Lei de Informática. *in* Cadernos de Direito Econômico e Empresarial. Nº 83, 1987.

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. Simpósio sobre fusões e incorporações. Rio de Janeiro: Mestre Jou, 1972.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o Poder Normativo da ANP. *In* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. *Comentários à Lei do Petróleo: lei federal n. 9.478, de 6-8-1997*. São Paulo: Ed. Atlas, 2000.