

O *Joint Operating Agreement* sob a ótica dos contratos empresariais **Joint Operating Agreement from the perspective of business contracts**

Alberto Lopes da Rosa

RESUMO: A atividade empresarial requer dos agentes econômicos soluções práticas para a transposição dos riscos inerentes ao exercício da empresa. A engenhosidade dos homens de negócio tem visualizado nos denominados contratos associativos um importante mecanismo para o sucesso do empreendimento. Na indústria do petróleo, especificamente no setor do *upstream*, as parcerias empresariais mostram-se como importante meio para compartilhamento dos riscos geológico, financeiro e político inerentes a esta atividade. Neste sentido o trabalho desenvolvido busca efetuar uma análise das associações empresariais, especialmente aquelas consagradas na prática como *joint ventures*, especificando suas peculiaridades e destacando as principais características do *Joint Operating Agreement* (JOA).

PALAVRAS-CHAVES: JOINT VENTURES; AUTONOMIA PRIVADA; CONTRATOS; ATUAÇÃO EMPRESARIAL.

ABSTRACT: The business activity requires practical solutions for overleaping the risks inherent to the performance of the activity. The creativity of businessmen finds in the so-called associative contracts an important mechanism for a successful venture. In the oil industry, specifically in the upstream sector, joint ventures show up as an important means for sharing of geological risks, financial and political involved in this activity. In this regard, the dissertation then developed primarily seeks to analyze the concept and the legal nature of joint ventures, specifying its peculiarities and highlighting some important issues of the Joint Operating Agreement (JOA).

KEYWORDS: JOINT VENTURES; PRIVATE AUTONOMY; CONTRACTS; BUSINESS ACTIVITIES.

INTRODUÇÃO

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

Os meios de associação, especialmente as sociedades, entidades cujo conceito, conforme aponta Calixto Salomão Filho, é essencialmente integrado pela cooperação entre os sócios¹, surgiram de modo a concentrar recursos e esforços para compartilhar riscos e perseguir o lucro. Contudo, para determinados negócios, os meios de associação societários, muitas das vezes não atendem aos anseios pretendidos. Com isso, o costume mercantil sedimentou meios de cooperação que atendessem com maior flexibilidade os empresários, no qual as partes pudessem contribuir com recursos e/ou *savoir-faire*, para a consecução de um empreendimento em comum. Nestes meios consuetudinários de cooperação encontra-se a gênese das denominadas *joint ventures*.

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

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

Na indústria do petróleo, as atividades de exploração e produção (*upstream*) são um solo fértil para a formação de *joint ventures*, os altos riscos envolvidos propiciaram um natural movimento de associação entre sociedades empresárias na indústria do petróleo, que viram na união de esforços a saída para a consecução das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural.

A necessidade de diversificação do portfólio das companhias petrolíferas, que atuam em um mercado cuja dimensão é incontestavelmente internacional, exige um esforço de cooperação maior que o usualmente verificado em outros setores. Imaginar Coca-Cola e Pepsi formando *joint ventures* para a realização de um empreendimento é uma situação quase inimaginável, de modo diverso, no setor do *upstream*, a conjugação de esforços entre concorrentes acaba sendo bastante comum. A exploração e produção em ambientes exploratórios desfavoráveis, como, por exemplo, o alto mar, tendem a demandar vultosos investimentos, o que faz com que as parcerias formadas acabem não se reduzindo a um plano interno, mas internacional.

O JOA, ou acordo de operações conjuntas, é um instrumento contratual de grande relevância para a indústria do petróleo. Dele são partes sociedades empresárias, que firmaram contrato com um Estado hospedeiro para a exploração e produção de hidrocarbonetos em uma determinada área. O tema é analisado especialmente sobre a ótica dos contratos empresariais, pois embora a unificação do direito das obrigações feita pelo atual Código Civil possa indicar o suposto desaparecimento da dicotomia existente entre contratos civis e comerciais, isto não se deu, na medida em que a prática cada vez mais demonstra a especialidade dos contratos empresariais, que possuem uma lógica específica.

A dinâmica do JOA, especialmente o relacionamento entre as partes - operador e não operadores - é um importante objeto de estudo da lógica dos contratos associativos, tipicamente oriundos dos usos e práticas mercantis. As medidas relativas à limitação da responsabilidade de uma das partes, bem como a lógica econômica que perpassa a questão do inadimplemento e as medidas adotadas para com a parte inadimplente, são temas cuja relevância exige atenção do jurista, buscando inclusive verificar a aplicabilidade de medidas contra o inadimplemento à luz do ordenamento jurídico pátrio.

1. AS *JOINT VENTURES* NA INDÚSTRIA DO PETRÓLEO²

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

Apesar de verificar que a união de esforços foi imprescindível para a indústria do petróleo, é preciso ter em mente que nem sempre foi assim. No início da exploração comercial do petróleo os produtores tinham uma mentalidade bem diferente e que estava mais alinhada com a maneira que os mineradores costumavam utilizar para lavrar o ouro. Assim, cada produtor conduzia seu trabalho independentemente dos demais, em uma corrida desenfreada para produzir a maior quantidade possível de óleo. O professor Bernard Taverne consegue expressar muito bem o comportamento desses produtores quando afirma que: “*Although not having a clear idea about subsoil petroleum reservoir and the behaviour of petroleum therein, they were anyway convinced that any oil not produced by their wells would be produced by the wells drilled by their neighbours*³”.

Ocorre que tal mentalidade só pode prosperar em um mercado cujos agentes eram pequenos produtores que negociavam o óleo extraído com pequenas refinarias, consubstanciando quase que um mercado de concorrência perfeita. Tal cenário restou prejudicado na medida em que houve a consolidação das grandes companhias petrolíferas, detentoras de um grande poder de mercado, capazes de ditar os preços do óleo, na medida em que passaram a atuar em todos os segmentos da indústria.

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

² Destaca-se que, apesar da possibilidade de utilização das *joint ventures* em todos os segmentos da indústria, o presente estudo delimitar-se-á apenas a analisar as *joint ventures* para exploração e produção de petróleo e gás natural, setor denominado de *upstream*.

³ TAVERNE, Bernard. *Petroleum, Industry and Governments: an introduction to petroleum regulation, economics and government policies*. Londres: Kluwer Law International Ltd., 1999, p. 361.

Verificou-se que, mesmo adquirindo ou obtendo licença para a produção de petróleo sobre grandes áreas, ainda assim, muitas vezes, o tamanho dessas áreas era inferior ao tamanho das reservas contidas no subsolo, o que acabava por ensejar na mesma problemática na qual um mesmo reservatório era compartilhado entre dois ou mais produtores. Com o passar do tempo, o avanço das técnicas proporcionou um maior conhecimento sobre os reservatórios. Estes novos produtores que compartilhavam um reservatório comum puderam compreender que a cooperação seria a maneira mais viável para produzir, de maneira eficiente, o óleo contido em um reservatório comum⁴.

Success in the industry has always required cooperation with other parties, whether they be contractors, governments or competitors. Indeed, the upstream petroleum industry is unique in terms of how it deals with its competitors. Oil and gas producing companies frequently negotiate contracts between each other with a view to mutual benefit. Joint ventures, farmouts, unitizations and other such arrangements are common transactions. It is difficult to imagine Coke and Pepsi negotiating a joint venture, but international oil companies (IOCs) do so frequently. While these companies do compete in the traditional sense in many areas of the petroleum business, when it comes to upstream operations, they frequently find cooperation to be mutually beneficial⁵.

Assim, a formação de *joint ventures* na indústria do petróleo tem se mostrado como um importante mecanismo para superação das dificuldades da atividade petrolífera. Os altos riscos e a necessidade de vultosos investimentos demonstram que a formação de *joint ventures* entre concorrentes, diferentemente do que se daria em outros setores econômicos, é a maneira mais vantajosa, pois além do compartilhamento dos riscos e custos, os parceiros também se beneficiam mutuamente com a habilidade, conhecimento e experiência um do outro⁶.

⁴ TAVERNE, Bernard. *Op. cit.*, 1999, p. 363.

⁵ MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger* in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010, p. 4.

⁶ *Unlike many others industries, the international oil industry has a long history of cooperation. While competition between large IOCs can be fierce in some areas like the marketing of petroleum or the downstream operations, the exploration and production phase of the petroleum operations is marked by cooperation between competitors. This is done primarily to share and reduce risk (operation risk, political risk and so on) and partially to diversify the production portfolio of a single company. For example, an IOC with a \$1 billion exploration budget can allocate its resources among five different potential plays around the world risk one-fifth of a billion each, receiving a portion of production that is shared with other partners or it could dedicate all of its funds to one single project where it will participate in 100 per cent of any production. This desire to diversify risk and expand into multiple prospects has led to the common reality that IOCs frequently work together in joint ventures or in accordance with JOA to exploit a particular opportunity in a given Host Government Contract. (TALUS, Kim; LOOPER, Scoot e OTILLAR, Steven. *Lex Petrolea and the internationalization of petroleum agreements: focus on Host Government* in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 5, No. 3, London: Oxford University Press, 2012, p. 183).*

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

Independentemente da forma de associação escolhida pelos parceiros, o início de uma *joint venture* tem início com a negociação em que as partes acordam o percentual de participação de cada uma no negócio, a escolha de qual sociedade será o operador, a conduzir as operações e a opção por constituir ou não uma nova sociedade. A opção pela constituição de uma sociedade, uma nova entidade distinta dos parceiros, a denominado *joint venture* societária, enseja a criação de uma sociedade petrolífera na qual os parceiros serão sócios, cada um detendo o percentual de quotas ou ações proporcional a sua participação no empreendimento.

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

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

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

Assim, verifica-se que o direito ao próprio recurso produzido é um dos principais fatores que contribuem para que as companhias petrolíferas evitem a rigidez das vestes

societárias, que apesar de propiciar uma maior segurança não garante o que lhes é mais precioso – o óleo e/ou gás natural⁷.

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

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

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

2. O JOINT OPERATING AGREEMENT⁸ (JOA)

No âmbito da indústria do petróleo, o *JOA* é o principal instrumento utilizado para a concretização das associações entre os empresários, sendo o principal contrato a reger a relação entre os parceiros de uma *joint venture* e do qual podem ser partes tanto sociedades empresárias nacionais quanto internacionais, sejam elas estatais ou privadas. O *JOA* é um instrumento de grande importância para a indústria do petróleo, pois nele estará prevista a base para a partilha de direitos e responsabilidades entre as partes, inclusive no que se refere à divisão de uma eventual produção, além das previsões sobre a maneira pela qual se darão as operações, bem como a definição das matérias de competências do Comitê Operacional, dentre outras.

⁷ TAVERNE, Bernard. *Op. cit.*, 1999, p. 363.

⁸ Acordo de Operações Conjuntas.

O surgimento do *JOA* se deu nos Estados Unidos e no começo as parcerias firmadas através deste se davam apenas para o desenvolvimento de atividades no âmbito de exploração e produção em terra (*onshore*). Com o vertiginoso crescimento das atividades de exploração e produção de petróleo, inclusive com a exploração e produção no mar (*offshore*), não tardou para que, identificado o sucesso dos *JOAs* nos EUA, tais instrumentos passassem a ser utilizados pela indústria do petróleo em todo o mundo.

O *JOA* está diretamente relacionado ao contrato celebrado com o Estado para a concessão da área. Pode-se afirmar que este é um contrato acessório àquele. Enquanto o contrato de concessão prevê os direitos e obrigações do concessionário sobre a área, o *JOA* regula o relacionamento entre os parceiros, estabelecendo os respectivos direitos e obrigações de cada um deles com relação às operações e atividades em consonância com o previsto no contrato de concessão. No que se refere ao escopo destes acordos, vale salientar a valiosa lição de Marilda Rosado: “O *JOA* é um instrumento básico, que permite às partes associadas, em função de um contrato de exploração com o país hospedeiro ou seu representante, concretizar a união de recursos, a partilha de despesas e a minimização dos riscos em um empreendimento⁹”.

Por estar diretamente relacionado com um contrato de concessão, é comum que o *JOA* seja precedido de outros acordos nos quais as partes manifestam o interesse na união de esforços e assumem a obrigação de celebrar um *JOA*. Isso porque, tanto para adquirir a concessão quanto para transferir parcela dos direitos e obrigações oriundos daquele contrato, será necessário o cumprimento de requisitos que serão julgados pelo Estado hospedeiro ou o ente que o representa (empresa estatal, agência reguladora, dentre outros). Neste caso, como exemplo destes acordos prévios ao *JOA* tem-se o *Joint Bidding Agreement* e o Acordo de Cessão¹⁰.

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

Já o Acordo de Cessão poderá ser um instrumento que precede a celebração de um *JOA*, nas hipóteses em que o detentor de direitos sobre determinada área concedida cede a um terceiro uma parcela de sua participação indivisa da área, permanecendo ainda com algum

⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 197.

¹⁰ Em inglês os termos utilizados são *farm-in* e *farm-out*.

percentual de participação na área. Nesta hipótese o cessionário passará a ser parceiro do cedente, havendo a formação de uma *joint venture*. É comum verificar que, em regra, no próprio Acordo de Cessão haverá a previsão de que as partes se obrigam a celebrar um JOA para regular a relação destes nas operações que serão conduzidas.

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

A fase negocial requer dos parceiros um esforço para garantir a consolidação de uma sólida parceria, consubstanciada em um instrumento adequado e funcional – o JOA. Centrados em estabelecer regras para o alcance de objetivos comuns cabe às partes a celebração de um acordo cuja eficácia e operacionalidade perdure durante toda a vigência do contrato. Nesta esteira, é possível verificar que a fase de negociações é de extrema importância para garantir o sucesso das operações, pois são nas discussões que precedem a elaboração de um JOA que é possível definir os pontos mais sensíveis, especialmente no que se refere ao controle das operações, a definição dos percentuais de controle (participação), questões operacionais e fiscais, bem como a responsabilidade tributária¹¹.

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

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

¹¹ BOULOS, Alfred J. Conoco Polar Lights joint venture in the Russian Federation: a successful international startup experience, in KRONMAN, G.; FELIO, D.; O'CONNOR, T. *International oil and gas ventures: a business perspective*, Tulsa: AAPG, 2000, p. 359.

A dinâmica das operações acaba requerendo que algumas questões sejam decididas pelo operador, traçando um paralelo com o direito societário, especialmente em relação às companhias, poder-se-ia dizer que o operador seria o administrador, ao passo que o Comitê seria o Conselho de Administração. Embora o paralelo traçado seja útil para uma melhor compreensão da realidade, é preciso ressaltar que no caso das companhias apenas pessoas naturais podem exercer a administração¹².

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

Ao contrário dos contratos *descontínuos* ou *pontuais*, nos quais, em sua versão extrema, há apenas as partes diretamente envolvidas, os contratos *relacionais* ou *contínuos* costumam envolver amplas e intrincadas *redes* de agentes e **participantes com uma interação acentuadamente marcada pela solidariedade interorganizacional, pela cooperação recíproca e pela confiança mútua**. Como exemplos paradigmáticos dessas *redes*, cuja expansão em termos de estrutura operacional e raio de ação tem suscitado intrincados problemas tanto para o direito positivo quanto para a teoria jurídica, para a teoria social e para a ética, podem ser lembrados: [...] (c) as atividades de prospecção de petróleo, onde se relacionam de modo bastante dinâmico firmas especializadas em serviços de consultoria em geologia, transportes e plataformas marítimas, processamento, refinamento, comercialização e distribuição¹³. (grifos nossos)

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

Como bem salienta Marilda Rosado é possível verificar na doutrina e jurisprudência estrangeiras a preocupação das partes em definir a natureza jurídica do JOA, buscando sempre distingui-lo de outras formas associativas como a *partnership* e até mesmo da *joint venture*¹⁴. Neste sentido, importante transcrever a cláusula que trata do relacionamento entre as partes

¹² Cf. art. 146, *caput* da Lei n.º 6.404/76, *in verbis*: **Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais**, devendo os diretores ser residentes no País.

¹³ FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, 2004, p. 209.

¹⁴ Cf. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 201.

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

14.1. Relacionamento das Partes

Os direitos, deveres, obrigações e responsabilidades das Partes sob este Acordo serão individuais, e não conjuntas ou coletivas. **Não é a intenção das Partes criar, nem este Acordo será considerado ou interpretado como criando, uma sociedade de mineração ou outra sociedade, joint venture ou associação ou (exceto conforme explicitamente estabelecido neste Acordo) um trust. Este Acordo não será considerado ou interpretado como autorizando qualquer Parte a agir como um agente**, funcionário ou empregado para qualquer outra Parte, para qualquer propósito que seja, exceto conforme explicitamente disposto neste Acordo. Em suas relações entre si sob este Acordo, as Partes não serão consideradas fiduciárias exceto conforme expressamente disposto neste Acordo¹⁵ (grifamos).

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

Neste sentido, é bastante interessante o apontamento elaborado por Ernest Smith quando afirma que, na ausência de cláusula específica ou mesmo de um JOA, se duas ou mais partes empreendem em conjunto atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural restaria ali caracterizado uma *joint venture*, cabendo a cada uma das partes deveres fiduciários em relação às outras, havendo a responsabilidade solidária e ilimitada destas perante terceiros. A solidariedade e responsabilidade ilimitada são os pontos nodais e a principal razão para que nos modelos padrões de JOA haja expressamente a negação de que tal acordo venha a configurar uma *joint venture*¹⁶.

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

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

¹⁵ Modelo Internacional de Acordo Operacional Conjunto 2012 da *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN), disponível em www.aipn.org, acessado em 20.03.2013.

¹⁶ SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*, p. 6.

de despesas e lucros e controle conjunto são os principais requisitos utilizados pelos Tribunais norte-americanos para que um negócio seja categorizado como uma *joint venture*¹⁷.

É justamente com base no último requisito supramencionado, qual seja, o controle conjunto sobre as operações, que as Cortes texanas firmaram o entendimento de que as partes que firmam um JOA não são *co-ventures*. A justificativa para tal posicionamento é em virtude da eventualidade das hipóteses em que não operadores tem algum meio de controle sobre as operações, pois a regra é que o operador tenha controle exclusivo sobre grande parte das questões relativas à operação¹⁸. Neste sentido, cabe a transcrição do item 4.2.A do modelo padrão de JOA da AIPN¹⁹:

4.2 Direitos e Deveres da Operadora

4.2.A Sujeito aos termos e condições deste Acordo, a Operadora terá todos os direitos, funções e deveres da Operadora nos termos do Contrato, **terá autoridade exclusiva sobre as Operações Conjuntas e conduzirá todas as Operações Conjuntas**. A Operadora poderá empregar agentes e contratadas independentes, incluindo Afiliadas da Operadora, Não Operadoras ou Afiliadas de uma Não Operadora, em tais Operações Conjuntas²⁰.

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

Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigências:

I - **comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas**;

II - **indicação da empresa líder**, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da **responsabilidade solidária** das demais consorciadas;

III - apresentação, por parte de cada uma das empresas consorciadas, dos documentos exigidos para efeito de avaliação da qualificação técnica e econômico-financeira do consórcio;

¹⁷ State v. Harrington, 467 S.W.2d 467 (Tex. 1966); Ayco Dev. Corp. v. G.E.T. Serv. Co., 616 S.W.2d 184, 186 (Tex.1981); Oklahoma Co. v. O'Neil, 440 P.2d 978 (Okla. 1968). *Apud* SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*, p. 6.

¹⁸ See, e.g., Youngstown Sheet & Tube Co. v. Penn, 355 S.W.2d 239 (Tex. Civ. App. – Austin 1962), modified 363 S.W.2d 230 (Tex. 1962); Hamilton v. Texas Oil & Gas Corp., 648 S.W.2d 316 (Tex. App. – El Paso 1982); Castle Tex. Prod. L.P. v. Long Trusts, 134 S.W.3d 267 (Tex. App. – Tyler 2003); In re Great Western Drilling, Ltd., 211 S.W.3d 828 (Tex. App. – Eastland 2006). *Apud* SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*, p. 6.

¹⁹ O modelo padrão de JOA AIPN 2012 encontra-se anexo ao presente trabalho.

²⁰ Modelo Internacional 2012 de Acordo Operacional Conjunto da AIPN, disponível em www.aipn.org.

IV - proibição de participação de uma mesma empresa em outro consórcio, ou isoladamente, na licitação de um mesmo bloco;

V - **outorga de concessão ao consórcio vencedor da licitação condicionada ao registro do instrumento constitutivo do consórcio, na forma do disposto no parágrafo único do art. 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.**

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

É possível verificar nas parcerias firmadas na indústria do petróleo através dos JOAs elementos que configuram um esforço conjunto, uma união de capital, *savoir-faire*, dentre outros elementos importantes para a consecução do empreendimento. Neste diapasão, cabe ao jurista identificar a disciplina jurídica aplicável a este tipo contratual. Esta identificação, nas palavras de Tullio Ascarelli, “não pode assentar em elementos formais ou no uso de palavras ou fórmulas sacramentais: pode assentar apenas na função econômica de cada contrato²¹”. Ou seja, perquirir a racionalidade econômica de um contrato é identificar a própria operação econômica que o contrato enceta.

Entre os autores mais recentes, Paula Andrea Forgioni, ao tratar dos contratos empresariais, explicita que, ao se vincularem, os empresários têm em vista determinado escopo, o qual se confunde com a função do que esperam do negócio, tendo, portanto, todo o negócio uma função econômica²². Pensar a função econômica de um contrato é debruçar-se sobre a razão da existência de um negócio, buscando entender qual a necessidade que cada uma das partes visa satisfazer com a celebração de dado acordo.

A função econômica do JOA é a produção conjunta de hidrocarbonetos. Para isso, o principal escopo do referido instrumento é regular o relacionamento entre as partes, no qual constam os direitos e obrigações de uma para com a outra, correspondendo a uma verdadeira *joint venture* na modalidade contratual. Tendo em vista o caráter colaborativo, verifica-se que tais instrumentos estão compreendidos entre aqueles contratos denominados associativos ou relacionais, os quais pressupõem esforços conjugados, a despeito da manutenção da autonomia patrimonial das partes que embora interdependentes, mantêm áleas distintas.

²¹ ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 62-63.

²² FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58.

A lógica dos contratos relacionais difere-se daquela dos contratos de trato imediato, pois é função destes, dentre outras, estabelecer regras para a manutenção de um proveitoso e duradouro relacionamento entre as partes que perseguem o mesmo objetivo, que no caso do JOA é a produção de petróleo e gás natural. Relacionamento pressupõe dinâmica, neste passo os contratos relacionais comportam uma racionalidade distinta daquela aplicável aos contratos de trato imediato, também denominado de contrato de intercâmbio:

Enquanto nestes contratos o interesse da restituição tende a ser o mais preponderante, nos contratos *relacionais* ou *contínuos*, dada a importância das expectativas recíprocas, a confiabilidade das partes umas com relação às outras, o risco conjuntamente por elas assumido e sua integração numa *rede* ou cadeia produtiva competitiva passam a ter maior peso, já que, muitas vezes, é extremamente difícil e até impossível preestabelecer o montante das perdas e danos materiais. E a eventual ruptura do compromisso de cooperação de uma das partes, aqui, tem como sanção a recusa das demais em voltar a contratar e em aceitar a continuidade de sua presença na cadeia produtiva²³.

Neste sentido, a incompletude é uma característica inerente aos contratos relacionais, dos quais o JOA corresponde a uma das várias espécies existentes. Como são contratos que se estenderão durante um longo período, não é possível no momento de sua celebração prever todos os problemas que poderão ocorrer durante o curso do negócio. “No momento da celebração é impossível deter todas as informações sobre o negócio e sobre o seu contexto, inclusive futuro. Podem ser realizadas previsões, cálculos considerando probabilidades, mas jamais haverá o controle do porvir²⁴”.

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

A adaptação do negócio, diante da ocorrência de hipótese não prevista em contrato, é uma prerrogativa dos contratantes no exercício de sua autonomia privada. Afinal, pela racionalidade dos contratos relacionais quando mudadas circunstâncias, cabe às partes buscar, através de negociação, alcançar um novo equilíbrio dentro da nova dinâmica, ao invés de tentar resgatar o *status quo* anterior.

²³ FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, 2004, p. 211.

²⁴ FORGIONI, Paula A. *Op.cit.*, 2009, p. 186.

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

18.2.B Negociações. As Partes da Controvérsia buscarão resolver qualquer Controvérsia através de negociação entre Executivos Seniores. Um “Executivo Sênior” significa qualquer indivíduo que tenha autoridade para negociar a liquidação da Controvérsia para uma Parte. Dentro de 30 (trinta) Dias após a data do recebimento por cada Parte da Controvérsia da Notificação de Controvérsia (notificação esta que solicitará negociações entre Executivos Seniores), os Executivos Seniores representando as Partes da Controvérsia se reunirão em uma hora e local mutuamente aceitáveis para trocar informações relevantes em uma tentativa de resolver a Controvérsia. Se um Executivo Sênior quiser ser acompanhado na reunião por um advogado, o Executivo Sênior de cada uma das Partes receberá notificação escrita de tal intenção pelo menos 3 (três) Dias antes e também poderá ser acompanhado na reunião por um advogado. Apesar do exposto acima, qualquer Parte poderá iniciar o procedimento de arbitragem sob o Artigo 18.2.D ou mediante procedimentos sob Artigo 18.2.C referente a tal Controvérsia dentro de 30 (trinta) Dias após a data de recebimento da Notificação de Controvérsia²⁵.

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

Neste sentido, garantir maior eficácia às cláusulas de melhores esforços (*best efforts*), a impor às partes o dever de renegociar, tem se mostrado como um importante mecanismo para a efetiva consecução do negócio, pois, por meio de uma composição interna de divergências, as partes buscam, sem arcar com os altos custos de uma interferência externa – seja do judiciário ou de tribunal arbitral²⁶ -, soluções para contornar os eventuais problemas surgidos no curso da vigência do contrato.

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

De toda sorte, é preciso destacar que para um contrato cuja duração é de aproximadamente trinta anos, os JOAs costumam conter menos aditivos do que o esperado, isso ocorre principalmente em razão dos esforços empreendidos no sentido de padronização

²⁵ Modelo Internacional 2012 de Acordo Operacional Conjunto da AIPN, disponível em www.aipn.org.

²⁶ FARIA, José Eduardo. *Op. Cit.*, 2004, p. 210.

dos modelos e a iniciativa de elaborar uma minuta básica do JOA internacional, como será visto a seguir.

2.1. Esforços de Padronização

Ainda na década de 1950 é possível verificar o trabalho desenvolvido pela AAPL (*American Association of Petroleum Landmen*), uma das primeiras entidades a desenvolver modelos padrões de contratos da indústria. O primeiro modelo padrão de JOA disponibilizado pela referida entidade em 1956, e suas respectivas atualizações ainda é um dos mais utilizados pela indústria, todavia são mais específicos à produção em terra²⁷.

O sucesso do modelo da AAPL resultou no desenvolvimento de um acordo relativamente uniforme. Com isso o JOA tem evoluído como um documento imprescindível para toda a indústria. Com o aumento do número e da complexidade das operações, como é o caso de exploração e produção no mar e também internacional, foram necessárias alterações no padrão originário²⁸.

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

Sobre as iniciativas de padronização de modelos, Marilda Rosado salienta que “a necessidade de tornar ágil a fase preparatória, e até o processo negocial, fez crescer a preferência pela uniformização, estimulando dois grupos de advogados norte-americanos a tomar, a partir de 1988, a iniciativa de preparar uma minuta básica do JOA internacional²⁹”.

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

²⁷ KRAMER, Bruce M. *Joint development and operations in International Petroleum Transactions*, 3rd Edition, Rocky Mountain Mineral Foundation, 2010, p. 538.

²⁸ *Idem*.

²⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. cit.*, 2003, p. 202.

Sobre os esforços de padronização dos modelos contratuais utilizados na indústria do petróleo em todo o mundo é importante destacar o papel da Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN, sigla da denominação em inglês *Association of International Petroleum Negotiators*, entidade criada em 1982, com sede em Houston, Estado do Texas – EUA. Composta por aproximadamente 2700 (dois mil e setecentos) membros de mais de 85 (oitenta e cinco) nacionalidades, a AIPN disponibiliza aos seus associados modelos padrões de diferentes contratos utilizados na indústria do petróleo, especificamente no *upstream* e no *midstream*, elaborados com a colaboração de profissionais de diferentes países³⁰.

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

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

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

3. ANÁLISE DE ALGUMAS CLÁUSULAS RELEVANTES DO JOA À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Deve-se destacar que, ao tratar a possibilidade de participação de sociedades empresárias em consórcio, a Lei do Petróleo previu a solidariedade³¹ no inciso II do artigo

³⁰ MARTIN, A. Timothy; PARK, J. Jay. *Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger* in *Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 3, N.º 1, London: Oxford University Press, 2010, p. 21.

³¹ Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

38³², estabelecendo que, neste caso, cabe ao instrumento indicar a empresa líder do consórcio e a responsável pela condução das operações, no caso o Operador.

Antes de se adentrar no tema em questão, é preciso ter em mente que a estrutura da relação obrigacional possui duas vertentes, e engloba as **relações internas e externas**. A relação interna diz respeito à situação jurídica existente entre as partes que ocupam a mesma posição na estrutura obrigacional, que, na solidariedade passiva, é a relação dos devedores entre si, e na ativa, é o tipo de ligação existente entre todos os credores. Já a relação externa traduz o elo entre os dois pólos diversos, e consiste nas relações havidas entre os dois pólos constituídos pelos credores e devedores.

Ao instituir a solidariedade, a Lei do Petróleo tratou especificamente da denominada relação externa, ou seja, aquela existente entre a ANP e as Consorciadas, ao passo que a disciplina da relação interna ficou delegada à autonomia privada das partes. No Direito Brasileiro o JOA pode ser situado dentro da vertente interna da relação obrigacional existente entre as concessionárias e a ANP.

Nesse sentido, advindo a solidariedade de expressa disposição legal, os limites acordados no JOA para fins de responsabilidade contratual de cada consorciado só pode ser oponível entre eles. Logo, é importante verificar a luz do direito brasileiro, algumas questões importantes contidas no modelo de JOA AIPN 2012.

3.1 Operador

Como já ressaltado, o JOA é composto pelo binômio operador e não-operadores. Sendo àquele o responsável pela condução das operações conjuntas³³ em benefício das demais partes.

A escolha do operador é uma das primeiras preocupações quando do estabelecimento de parcerias. A decisão sobre qual das partes irá exercer tal função deve se basear principalmente na capacidade técnica e financeira, bem como na experiência e conhecimento necessário para o tipo de operação a ser conduzida. Além disso, fatores como uma boa

³² Art. 38. Quando permitida a participação de empresas em consórcio, o edital conterà as seguintes exigências: I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio, subscrito pelas consorciadas II - indicação da empresa líder, responsável pelo consórcio e pela condução das operações, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas;

³³ Cf. Cláusula 1^a do Modelo de JOA AIPN 2012: **Joint Operations** means the **operations and activities within the scope of this Agreement** (or whose purpose at the time undertaken was within the scope of this Agreement) **conducted by Operator on behalf of all Parties**, including Exploration Operations, Appraisal Operations, Development Operations, Production Operations, and operations and activities for the purposes of Decommissioning. (grifos nossos)

reputação, caracterizada pela probidade, honestidade e diligência na condução das operações, bem como uma boa reputação junto à ANP são também pontos positivos na escolha do operador.

4.2.A Subject to the terms and conditions of this Agreement, Operator shall have all of the rights, functions, and duties of Operator under the Contract, shall have exclusive charge of Joint Operations, and shall conduct all Joint Operations. Operator may employ independent contractors and agents, including Affiliates of Operator, Non-Operators, or Affiliates of a Non-Operator, in such Joint Operations. (grifos nossos)

O operador não recebe qualquer contrapartida financeira pelo exercício de sua função e os valores despendidos com as operações são debitados da conta conjunta dos consorciados (fundo consórtil). Assim, o operador não suporta perdas nem obtém ganhos em razão de sua função³⁴. Justamente por carregar o ônus do exercício de uma função em benefício das demais partes sem ganhar nada além da parcela do óleo produzido referente à sua participação é que faz com que uma das maiores preocupações da parte que será operadora seja com relação às responsabilidades que o JOA lhe imputa.

Assim, o operador deve verificar se as disposições do JOA são ou não muito restritivas, pois a atribuição de uma série de deveres que não sejam aqueles estritamente necessários para uma eficiente condução das atividades pode tornar as operações mais difíceis do que o necessário. Neste sentido, é preciso destacar que na revisão de 2012 do modelo da AIPN esse grau de exigência em relação ao operador foi aumentado, expandindo os deveres do operador para implementação de Programa de Trabalho e Orçamento³⁵, Plano de Segurança, Saúde e Meio Ambiente³⁶, sendo exigida para ambos a aprovação pelo Comitê Operacional.

No modelo padrão de JOA AIPN 2012 é imputado ao Operador o dever de conduzir as operações conjuntas de uma maneira diligente, segura e eficiente de acordo com os bons e prudentes princípios de conservação de campo e as práticas normalmente seguidas pela

³⁴ Cf. *Modelo Padrão de JOA AIPN 2012: 4.2.B.5. Subject to Article 4.6 and the Accounting Procedure, neither gain a profit nor suffer a loss as a result of being the Operator, provided that Operator may rely upon Operating Committee approval of specific accounting practices not in conflict with the Accounting Procedure;*

³⁵ Cf. *Modelo Padrão de JOA AIPN 2012: 4.2.B.6 Perform the duties for the Operating Committee set out in Article 5, and prepare and submit to the Operating Committee in a timely manner proposed Work Programs and Budgets (and if applicable AFEs), as provided in Article 6;*

³⁶ Cf. *Modelo Padrão de JOA AIPN 2012: 4.2.B.15 Establish and implement under Article 6.6 an HSE Plan, which complies with the Contract, Laws relating to HSE, this Agreement, generally accepted practices of the international petroleum industry and decisions of the Operating Committee;*

indústria internacional de petróleo sob circunstâncias similares³⁷. A redação disposta no JOA se alinha com a definição de Melhores Práticas da Indústria do Petróleo, contida no Contrato de Concessão:

1.3.28 Melhores Práticas da Indústria do Petróleo: práticas e procedimentos geralmente empregados na Indústria de Petróleo em todo o mundo, por Operadores prudentes e diligentes, sob condições e circunstâncias semelhantes às aquelas experimentadas relativamente a aspecto ou aspectos relevantes das Operações, visando principalmente à garantia de: (a) aplicação das melhores técnicas e procedimentos mundialmente vigentes nas atividades de Exploração e Produção; (b) conservação de recursos petrolíferos e gasíferos, o que implica a utilização de métodos e processos adequados à maximização da recuperação de hidrocarbonetos de forma técnica, econômica e ambientalmente sustentável, com o correspondente controle do declínio de reservas, e à minimização das perdas na superfície; (c) segurança operacional, o que impõe o emprego de métodos e processos que assegurem a segurança das Operações, contribuindo para a prevenção de incidentes; (d) preservação do meio ambiente e respeito às populações, o que determina a adoção de tecnologias e procedimentos associados à prevenção e à mitigação de danos ambientais, bem como ao controle e ao monitoramento ambiental das Operações de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural³⁸.

Assim, o padrão de conduta do Operador deve estar alinhado às Melhores Práticas, e com isso, a próxima questão que surge se relaciona com o aspecto da responsabilidade do operador à luz do direito brasileiro.

É preciso destacar que as questões aqui discutidas estão no âmbito da responsabilidade contratual estabelecida no JOA, ou seja, as discussões se referem a responsabilidade de um parceiro perante o outro e não em relação à ANP ou terceiros.

A atividade de exploração e produção de hidrocarbonetos é uma atividade de risco, e parece não haver dúvidas que, em relação a terceiros, é aplicável a responsabilidade objetiva, enquadrada na hipótese do parágrafo único do art. 927 do *Codex*: *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

³⁷ 4.2.B In the conduct of Joint Operations Operator shall:

4.2.B.1 Perform Joint Operations in accordance with the Contract, the Laws, and this Agreement, and consistent with approved Work Programs and Budgets (and if applicable approved AFEs), and the decisions of the Operating Committee not in conflict with this Agreement;

4.2.B.2 Conduct Joint Operations in a diligent, safe, and efficient manner in accordance with good and prudent petroleum industry practices and field conservation principles generally followed by the international petroleum industry under similar circumstances; (grifos nossos)

³⁸ Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, Minuta de Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural, disponível em: <http://www.brasil-rounds.gov.br/index.asp#>, acessado em 20.07.2013.

Com o intuito de não deixar desamparada a vítima, desenvolveram paulatinamente o novo sistema de responsabilização com base na teoria do risco, segundo a qual quem exerce determinadas atividades deve ser responsável também pelos seus riscos, independentemente de quaisquer considerações em torno do seu comportamento pessoal. **A esta nova espécie de responsabilidade, fundada no risco, convencionou-se chamar responsabilidade objetiva, porque desvinculada da valorção da conduta do sujeito**³⁹.

Ocorre que, o campo em que se situa a questão é o empresarial, pois o que se discute é a relação entre as partes em uma *joint venture*. Como leciona Paula Andrea Forgioni, com base na obra do Visconde de Cairu, para viabilizar a celeridade do fluxo de relações econômicas é preciso proteger a aparência, de modo a atender às necessidades daquilo que Cairu denomina “gyro mercantil” (adequada fluência de relações no mercado)⁴⁰.

O negócio empresarial é, em regra, uno e seu regramento se consolida pelas práticas e costumes dos agentes econômicos ao longo dos anos. Para interpretar o negócio deve o jurista se pautar em sua unidade, pois do contrário, corre-se o risco de subverter a boa-fé e a confiança, valores tão preciosos ao tráfico mercantil.

No plano do direito empresarial a autonomia privada e a liberdade de contratar, seguem a lógica do mercado, e, por isso, não estão apenas baseadas na vontade individual, mas conectadas à realidade econômica. O negócio jurídico empresarial, nascido da autonomia privada, apresenta-se como fonte criadora de relações jurídicas, cuja ótica deve estar atenta também à lógica do mercado. Não é à toa que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça assim posicionou-se:

RECURSO ESPECIAL. **DIREITO EMPRESARIAL**. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EXPANSÃO DE SHOPPING CENTER. REVISÃO DO CONTRATO. QUANTIFICAÇÃO DOS PRÊMIOS DE PRODUTIVIDADE CONSIDERANDO A SITUAÇÃO DOS FATORES DE CÁLCULO EM ÉPOCA DIVERSA DA PACTUADA. INADMISSIBILIDADE. **CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS.**

[...]

Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa. Reconhecimento da contrariedade aos princípios da obrigatoriedade do contrato (art. 1056 do CC/16) e da relatividade dos efeitos dos pactos, especialmente relevantes no plano do Direito Empresarial,

³⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 805.

⁴⁰ Cf. FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233-234.

com a determinação de que o cálculo dos prêmios considere a realidade existente na data em que deveriam ser pagos. VIII - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, PROVIDO, RESTABELECENDO-SE O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APELAÇÃO⁴¹.

Também no mesmo sentido, a Quarta Turma, em voto da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão:

DIREITO EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. APURAÇÃO DE HAVERES. FORMA DE PAGAMENTO.

1. A apuração de haveres - levantamento dos valores referentes à participação do sócio que se retira ou que é excluído da sociedade - **se processa da forma prevista no contrato social, uma vez que, nessa seara, prevalece o princípio da força obrigatória dos contratos, cujo fundamento é a autonomia da vontade, desde que observados os limites legais e os princípios gerais do direito.** Precedentes. 2. No caso sob exame, o contrato social previu o pagamento dos haveres parcelados em 48 (quarenta e oito) prestações mensais e sucessivas, tendo o Tribunal estadual determinado o vencimento da primeira por ocasião do trânsito em julgado da decisão. 3. Em ação que versa sobre o inadimplemento dos haveres oriundos da retirada de sócio, a sociedade é constituída em mora com a citação válida, que passa então a ser considerada como termo inicial para o pagamento das parcelas, sendo certo que aquelas que venceram no curso do processo devem ser pagas de imediato, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, enquanto as remanescentes serão adimplidas consoante determinado no contrato social. (Precedentes). 4. Recurso especial parcialmente provido⁴².

As disposições contidas no JOA sobre a responsabilidade contratual dos *co-ventures*, está conectada com a realidade do setor de exploração e produção de petróleo e gás natural, ou seja, é sedimentada com base na experiência dos agentes econômicos que atuam no setor. Vale lembrar que o arranjo da parceria se dá com uma parte que assume o ônus da condução das operações em benefício das demais partes, sem receber quaisquer valores adicionais pelo exercício de sua função. De outra sorte, aqueles que não conduzem as operações despendem vultosas quantias e assumem o risco, no Brasil, de uma responsabilidade solidária que, como já visto, decorre de disposição expressa da Lei do Petróleo.

Deste modo, cabe agora analisar a questão da limitação da responsabilidade do operador perante os demais consorciados prevista no modelo de JOA da AIPN 2012:

4.6 Limitation on Liability of Operator

4.6.A Except as set out in Article 4.6.D, if applicable, and Article 20.1.C, neither Operator nor any other Operator Indemnitee shall bear (except as a Party to the extent of its Participating Interest share) any damage, loss, cost, or liability resulting from performing (or failing to perform) the duties and functions of

⁴¹ STJ, REsp 1158815/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012.

⁴² STJ, REsp 1239754/RS, Quarta Turma, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 15/05/2012, DJe 22/05/2012.

Operator, and the Operator Indemnitees are hereby released from liability to Non-Operators for any and all damages, losses, costs, and liabilities arising out of, incident to, or resulting from such performance or failure to perform, **even though caused in whole or in part by a pre-existing defect, or the negligence (whether sole, joint or concurrent), gross negligence, willful misconduct, strict liability or other legal fault of Operator (or any other Operator Indemnitee).**

4.6.B Except as set out in Article 4.6.D, if applicable, and Article 20.1.C, the Parties shall (in proportion to their Participating Interests) defend and indemnify Operator Indemnitees from any damages, losses, costs (including reasonable legal costs and attorneys' fees), and liabilities incident to claims, demands, or causes of action brought by or for any person or entity, which claims, demands or causes of action **arise out of, are incident to or result from Joint Operations, even though caused in whole or in part by a pre-existing defect, or the negligence (whether sole, joint or concurrent), gross negligence, willful misconduct, strict liability or other legal fault of Operator (or any other Operator Indemnitee).**

4.6.C Nothing in this Article 4.6 shall be deemed to relieve Operator from its obligation to perform its duties and functions under this Agreement, or from its Participating Interest share of any damage, loss, cost, or liability arising out of, incident to, or resulting from Joint Operations. (grifos nossos)

Neste sentido, é possível verificar que no modelo da AIPN o parâmetro da responsabilidade assumida pelo operador é apenas pela parcela correspondente à sua participação indivisa no dano ou perdas resultantes da performance (ou falha de performance) de seus deveres e obrigações, seja ou não intencional a sua ação e/ou omissão. Assim, em uma primeira análise, nota-se que o parâmetro de limitação da responsabilidade do operador no modelo da AIPN se diferencia do modelo da AAPL, cujo posicionamento da jurisprudência dos tribunais norte-americanos foi exposto no capítulo anterior.

Contudo, é preciso ressaltar a existência de disposição opcional prevista no modelo da AIPN, a qual prevê a responsabilidade exclusiva do operador nas hipóteses em que haja a comprovação de dolo e/ou culpa grave. De toda sorte, esta é uma disposição que comporta algumas peculiaridades, como se pode depreender do trecho abaixo:

4.6.D Despite Article 4.6.A or 4.6.B, if any Senior Supervisory Personnel of Operator or its Affiliates engage in Gross Negligence / Willful Misconduct that proximately causes the Parties to incur damage, loss, cost, or liability for claims, demands or causes of action referred to in Article 4.6.A or 4.6.B, then, in addition to its Participating Interest share:

ALTERNATIVE PROVISION, CHOOSE ONE

ALTERNATIVE #1 - NO LIMITATION

Operator shall bear all such damages, losses, costs, and liabilities.

ALTERNATIVE #2 - JOINT PROPERTY LIMITATION

Operator shall bear only the actual damage, loss, cost, and liability to repair, replace and/or remove Joint Property so damaged or lost, if any.

ALTERNATIVE #3 – FINANCIAL LIMITATION

Operator shall bear only the first [_____ U.S. dollars] of such damages, losses, costs, and liabilities.

Despite the foregoing, under no circumstances shall Operator (except as a Party to the extent of its Participating Interest) or any other Operator Indemnitee bear any Consequential Loss or Environmental Loss.

De início é preciso observar que há três alternativas e que, portanto, as conseqüências para o operador irão variar de acordo com a alternativa que restar acordada entre as partes, podendo o operador responder perante os demais sem qualquer limitação (alternativa n.º 1) ou com determinada limitação (alternativas n.º 2 e n.º 3).

Da inteligêcia da cláusula nota-se que a responsabilidade só será exclusivamente do operador nas hipóteses em que a conduta que venha a causar perdas ou danos às demais partes seja praticada pelo supervisor sênior do operador com dolo ou culpa grave.

Com isso, as partes empresárias, no exercício de sua autonomia privada, acordam uma modulação da responsabilidade do operador em relação ao previsto no art. 932 do Código Civil⁴³. Ora, se o operador já assume os riscos da condução das operações, não seria justo ou mesmo economicamente viável que apenas ele assumisse os riscos em relação aos atos necessários à condução das operações.

Não há vedação legal para este tipo de cláusula e as restrições que a doutrina e jurisprudência tem sobre cláusulas limitativas de responsabilidade se referem a contratos bilaterais de serviços, em especial aqueles que estabelecem uma relação de consumo.

Tais restrições não são aplicáveis a contratos de natureza associativa, como é o caso do JOA, no âmbito do qual o Operador não é remunerado para correr um risco desproporcional aos que correm os demais consorciados. Neste diapasão, verifica-se que a fixação de regras no JOA modulando a responsabilidade do operador é perfeitamente possível no Direito Brasileiro. Ressalva-se apenas que, em decorrência da solidariedade, qualquer dos consorciados pode ser acionado a efetuar o pagamento por inteiro.

Com isso, poder-se-ia concluir que, embora perante terceiros não seja possível afastar a responsabilidade objetiva imposta pelo art. 932 do *Codex*, na relação entre as partes, é possível afastar a responsabilidade objetiva e, com base no disposto no JOA, invocar a necessidade de que seja comprovada a responsabilidade subjetiva do empregador. Neste caso, sendo a conduta praticada pelo supervisor sênior do operador haverá hipótese de culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, a depender do que as partes convencionarem como supervisor sênior.

⁴³ **Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:**

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (grifos nossos)

3.2. Inadimplemento

Não se pode falar sobre inadimplemento sem antes identificar o vínculo obrigacional existente entre as partes. Como contrato associativo, o JOA tem por finalidade atingir um objetivo comum, qual seja, o sucesso do empreendimento e a conseqüente produção de hidrocarbonetos. Para isso, a lógica do instrumento contratual é de que “todas as partes tem direitos e obrigações, mas não ‘para com a outra’ e sim ‘para com todas as outras’⁴⁴”.

Hodiernamente, a dinâmica das relações obrigacionais impõe as partes deveres de conduta, especialmente construídos sob a ótica da funcionalização e da boa-fé a impor que o exercício seja dirigido à satisfação dos interesses de todas as partes. Tal lógica é ainda mais evidente nos contratos associativos, nos quais as prestações das partes convergem em um mesmo sentido objetivando a consecução de um empreendimento em comum⁴⁵.

No JOA estão previstos os direitos e deveres de cada uma das partes, sendo a assunção da obrigação de cada parte contribuir financeiramente, de acordo com o percentual de sua participação indivisa, para viabilizar a condução das operações, uma das obrigações mais importantes.

Neste passo, quando uma das partes deixa de pagar, quando devido, a sua respectiva parcela nas despesas do consórcio se dá a hipótese de inadimplemento da obrigação contratual⁴⁶.

As dificuldades decorrentes da crise na indústria do petróleo aumentaram a atenção em torno da cláusula de inadimplemento (*default*). A falta de suprimento de fundos necessários à condução das operações é o principal fato gerador do inadimplemento, quando o aperto financeiro impede o atendimento dos pedidos de fundos (*cash calls*)⁴⁷.

A parcela inadimplida por uma das partes além de prejudicar a própria operação prejudica também as próprias parceiras, pois para que não haja maiores prejuízos às

⁴⁴ Cf. FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 191.

⁴⁵ Por meio da boa-fé objetiva, tornou-se possível impor às partes deveres de conduta dirigidos à perfeita realização dos interesses envolvidos na relação obrigacional complexa. Trata-se de exigência do sistema, em face da concreta relação jurídica, sua função econômica e social. Sob essas luzes a relação obrigacional se afirma como ordem de cooperação. E é justamente a fim de enfatizar não apenas o direito de crédito – como se fora mecanismo de submissão do devedor ao credor -, mas também os direitos e deveres recíprocos, dirigidos à realização dos interesses das partes, que se passa a utilizar a expressão relação obrigacional, em vez de obrigação (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 38).

⁴⁶ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

⁴⁷ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Op. Cit.*, 2003, p. 215.

operações, as demais partes acabam por suportar a falta da inadimplente⁴⁸. Não é à toa que muitas das horas de negociações são dedicadas a discussão das cláusulas que dispõem sobre as conseqüências do inadimplemento. Em sua revisão de 2012, o comitê responsável pela elaboração do JOA AIPN teve uma especial atenção a esta questão.

The most significant changes in the 2012 JOA concern the remedies available in the event of a default. The new model form preserves the existing remedies from the 2002 JOA—namely forfeiture, buy-out and enforcement of security—but also introduces a new remedy, the so-called “withering option.” Rather than forcing the defaulting party to forfeit its entire participating interest (which in some jurisdictions may be considered unenforceable), the withering option gives the non-defaulting parties the right, during an approved development plan, to acquire a part of the participating interest in the actual exploitation area to which the default relates. This “withering interest” is calculated by reference to a detailed contractual formula⁴⁹.

Embora a nova redação seja mais complexa, o que provavelmente exigirá maior atenção e horas de trabalho das partes nas negociações do JOA, a opção de apreensão de parcela da participação (*withering option*) parece oferecer certas vantagens, pois como medida contra o inadimplemento é mais proporcional do que uma perda completa porque é medido em relação a extensão do prejuízo.

Portanto, acredita-se que no direito brasileiro, a aplicação da opção de apreensão de parcela da participação, calculada de acordo com fórmula prevista no JOA, encontra aplicabilidade no direito brasileiro. Pois, diferentemente das hipóteses de transferência compulsória da participação, quando a medida pode se mostrar extremamente desproporcional, a caracterizar um enriquecimento sem causa das partes não inadimplentes, e, portanto, ser inaplicável, por contrariar expressamente o disposto no art. 884 do Código Civil, *in verbis*: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

⁸ Modelo Padrão JOA AIPN 2012: 8.3.A The Party providing the Default Notice under Article 8.1 shall include in the Default Notice to each non-defaulting Party a statement of:

8.3.A.1 *The amount that the non-defaulting Party shall pay as its portion of the Amount in Default; and*

8.3.A.2 *If the Defaulting Party has failed to obtain or maintain any Security required of such Party in order to maintain the Contract in full force and effect, the type and amount of the Security the non-defaulting Parties shall post or the funds they shall pay in order to allow Operator, or (if Operator is in default) the notifying Party, to post and maintain such Security.*

Unless otherwise agreed, the non-defaulting Parties shall satisfy the obligations for which the Defaulting Party is in default in proportion to the ratio that each non-defaulting Party's Participating Interest bears to the Participating Interests of all non-defaulting Parties.

⁴⁹ WEBSTER, Sam. *The new AIPN 2012 model form joint operating agreement—what's new?* disponível em: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>, acesso em 21.07.2013.

Neste sentido, a nova opção parece estar mais adequada, inclusive com a lógica dos contratos associativos, pois o espírito de cooperação pressupõe inclusive a possibilidade de buscar alternativas viáveis para superação dos obstáculos do exercício da empresa, possibilitando a continuidade do negócio, ao permitir que a parte inadimplente possa permanecer no restante do projeto.

CONCLUSÃO

Os mecanismos de colaboração têm sido amplamente utilizados na prática empresarial. A crescente utilização das denominadas *joint ventures*, impôs uma especial atenção a tal fenômeno, cuja natureza jurídica é eminentemente contratual, visto que o vínculo existente entre as partes não é imperativo - *ex re*, mas voluntariamente assumido. A relação entre as partes nasce do consenso - *ex contractu*.

Verificada a presença do caráter de colaboração existente, na medida em que se expressa pelo esforço conjunto das partes (*co-ventures*), forçoso é concluir que, no campo dos contratos, as *joint ventures* tendem mais para uma sociedade do que para um simples contrato de intercâmbio.

O arranjo dos agentes econômicos para a consecução das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, com a formação das *joint ventures* na indústria do petróleo, é tema que mereceu reflexão, tendo em vista ampla utilização de mecanismos de cooperação como uma importante maneira para superação das dificuldades da atividade petrolífera. Os altos riscos e a necessidade de vultosos investimentos demonstram que a formação de *joint ventures* entre concorrentes, diferentemente do que se daria em outros setores econômicos, é a maneira mais vantajosa. Além do compartilhamento dos riscos e custos, os parceiros também se beneficiam mutuamente com a habilidade, conhecimento e experiência um do outro.

Embora possam assumir diferentes formas, a depender da maneira em que o vínculo entre as partes será estabelecido, podendo se dar de modo estritamente contratual, por meio da celebração de um acordo de operações conjuntas, o JOA (*Joint Operating Agreement*), ou por meio da criação de uma sociedade empresária, cujo controle será compartilhado entre os parceiros, no caso de haver o interesse em uma maior comunhão entre os parceiros, a regra na indústria do petróleo costuma ser a *joint venture* contratual.

Com uma estrutura mais flexível se comparada às formas societárias, há outros atrativos que conduzem os atores à opção pela forma contratual. Certamente, um dos

principais atrativos é que nesta modalidade cada uma das partes detém direitos diretamente sobre o que é produzido, assegurando o que lhes é mais precioso – o óleo e/ou gás natural.

Além disso, verificou-se que a veste societária implica uma maior rigidez, com a formação de uma estrutura mais engessada, que pode ensejar em maiores dificuldades por não se adequar da melhor forma à dinâmica do negócio de exploração e produção. De outro turno, a estrutura mais flexível propiciada pela forma contratual possibilita também que as sociedades diversifiquem seus investimentos, detendo participação em um maior número de áreas, na medida em que há o compartilhamento dos riscos e a alternância de posição – operador e não-operador - nas diferentes áreas concedidas.

Dado que a instrumentalização da modalidade contratual se dá pelo Acordo de Operações Conjuntas, a análise das disposições contidas em modelos padrões disponibilizados por entidades internacionais, especialmente a Associação Internacional dos Negociadores de Petróleo – AIPN e a conseqüente aplicabilidade destas no direito brasileiro demonstraram-se como uma das mais importantes tarefas do presente trabalho.

O *JOA* costuma atribuir ao operador uma ampla autoridade para condução das operações, e a regra costuma ser de que este deve conduzir, gerenciar e ter total controle de todas as operações levadas a cabo sob a área concedida.

Os conflitos entre operadores e não operadores trouxeram à baila discussões sobre temas como a limitação da responsabilidade do operador, bem como questões relativas ao inadimplemento, que mereceram uma análise à luz do direito brasileiro.

De acordo com a Lei do Petróleo, todos os consorciados são solidariamente responsáveis pelos danos e prejuízos decorrentes das operações. Isso significa que a União, a ANP, a sociedade ou qualquer terceiro que sofra um prejuízo decorrente das operações poderá escolher cobrar o valor total do dano de um, algum ou de todos os consorciados. A regra da solidariedade estabelecida pela lei não pode ser afastada pelas partes, pois a *ratio* do legislador foi resguardar ao máximo o direito daqueles que porventura sofram danos decorrentes das operações.

Embora haja a solidariedade, a limitação da responsabilidade contratual interna, ou seja, no âmbito do consórcio, não encontra vedação legal. As restrições a cláusulas de limitação de responsabilidade encontram amparo na doutrina e jurisprudência quando aplicáveis à contratos bilaterais de serviços, em especial os de consumo. Todavia, a lógica da atividade empresarial é diferente e, portanto, tais restrições não são aplicáveis a contratos de natureza associativa, cuja disciplina pelo direito comercial é inegável e a disciplina jurídica aplicável deve estar atenta aos anseios pretendidos:

É preciso observar a racionalidade econômica do contrato, especialmente se celebrado entre partes empresárias. No caso do JOA, esse requer sempre a ponderação no sentido de que o operador não é remunerado para correr um risco desproporcional aos que correm os demais consorciados. Ele não atua como um prestador de serviço, mas como representante e mandatário de todos os consorciados. O operador conduz as operações em benefício de todos, cumprindo as orientações do Comitê Operacional e sem receber qualquer remuneração por esta atuação.

A prática da indústria em todo o mundo é que os consorciados que se beneficiam da atuação do operador devem ratear com ele os eventuais danos decorrentes da sua atuação. Neste sentido, a previsão de cláusula contratual cujo escopo seja eximir a eventual responsabilidade contratual do operador, exigindo que a responsabilidade exclusiva deste por perdas e danos decorrentes da operação só ocorra em hipóteses de culpa grave ou dolo, mostra-se válida e aplicável no direito brasileiro. Tal ocorre porque a lógica a ser empreendida na interpretação é a lógica dos contratos empresariais.

Assim, sem qualquer prejuízo da solidariedade, a regra geral deverá ser a de que os consorciados, entre si, deverão dividir os prejuízos conforme as suas participações no consórcio e somente no caso de danos diretos decorrentes de dolo ou culpa grave do operador, é que este responderá integralmente pelos prejuízos.

No tocante ao inadimplemento das obrigações previstas no JOA, inicialmente identificou-se que a lógica do instrumento contratual é de que todas as partes têm direitos e obrigações, mas não para com a outra e sim para com todas as outras e que, portanto, o vínculo obrigacional correspondia à hipótese de contrato associativo, no qual as prestações das partes convergem em um mesmo sentido objetivando a consecução de um empreendimento em comum. No caso vertente é o sucesso da fase exploratória, almejando a descoberta comercial e a conseqüente produção de hidrocarbonetos.

Neste passo, a parcela inadimplida por uma das partes, além de prejudicar a própria operação, prejudica também as próprias parceiras, pois para que não haja maiores prejuízos às operações, as demais acabam por suportar a falta da inadimplente. As medidas previstas no JOA contra o inadimplemento foram analisadas à luz do direito brasileiro, no qual foi possível verificar que a especial atenção dada pelo comitê responsável pela elaboração do JOA AIPN 2012 logrou êxito em propiciar uma opção de medida, cuja aplicabilidade é mais consentânea aos sistemas da *Civil Law*.

Isso porque, a opção de apreensão de parcela da participação (*whitering option*) como medida contra o inadimplemento, em detrimento da aplicação da cláusula de confisco

(*forfeiture*), observa o princípio da proporcionalidade, eis que é medida em relação à extensão do prejuízo causado.

Com isso, acredita-se que, diferentemente das hipóteses de transferência compulsória de toda a participação, quando a medida pode se mostrar extremamente desproporcional e restar caracterizado o enriquecimento sem causa das partes não inadimplentes, a aplicação da opção de apreensão de parcela da participação, calculada de acordo com fórmula prevista no JOA, encontra aplicabilidade no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira (coord.). *Temas de direito civil-empresarial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1947.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, *A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XX, 42, abr/jun 81.
- BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). *Novos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- KRONMAN, G.; FELIO, D.; O'CONNOR, T. *International oil and gas ventures: a business perspective*. Tulsa: AAPG, 2000.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 05 out. 1988.
- BRASIL. Lei nº. 9.478/97, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 07 ago. 1997.
- BRASIL. Lei nº. 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.
- COLMENTER, Ricardo; ENRÍQUEZ, David. *International oil and gas transactions in Latin America*, Cidade do México: Editorial Porrúa, 2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense. 1981.
- EIZIRIK, Nelson. *A lei das S/A Comentada, vol. I – Arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Astrea, 1999.
- FORGIONI, Paula A. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Teoria geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Direito empresarial I: o empresário e seus auxiliares, o estabelecimento empresarial, as sociedades*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GAMBARO, Carlos Maria. *O contrato internacional de joint venture in Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n.º 146, abr./jun. de 2000.
- GOLVALA, Charez. *Upstream joint ventures – bidding and operating agreements. In Oil and Gas: A Practical Handbook*. London: Globe Law and Business, 2009.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2012.
- LOWE, John S.; ANDERSON, Owen L.; SMITH, Ernest E.; PIERCE, David E. *Cases and materials on oil and gas law*. St. Paul: West Publishing Co., 2007.
- PINTO, Gabriela Engler. *Upstream Oil and Gas Legal Frameworks: Brazil and the United States Compared in 115 W. Va. L. Rev.* 975, 2013.
- QUINTANS, Luiz Cezar (coord.). *Contratos de Petróleo: Concessão & Partilha: Propostas e leis para o Pré-sal*. Niterói: Benício Biz, 2011.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, 1º vol. São Paulo: Saraiva, 2008.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR, Irineu. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

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

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSZKOWSKI, Mark. E. *Business Law: principles, cases and policy*, West Publishing Co., 2006.

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

SMITH, Ernest E. *The operator: liability to non-operators, resignation, removal and selection of a successor*. Rex G. Baker Centennial Chair in Natural Resources Law University of Texas School of Law Austin, Texas, 2006.

SMITH, Ernest E.; DZIENKOWSKI, John S.; ANDERSON, Owen L. *et alli. International Petroleum Transactions*, 3ª Ed., Westminster: Rocky Mountain Mineral Law Foundation, 2010.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

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

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

_____. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

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

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

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

WEBSTER, Sam. *The new AIPN 2012 model form Joint Operating Agreement—what’s new?* Disponível em: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b1378bec-a454-4d75-af71-0897d5e83bab>. Acesso em 20 jun. 2013.