

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

Carla Costa Simões

A Joint Venture Contratual e o Direito Concorrencial

São Paulo
2012

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

Carla Costa Simões

A Joint Venture Contratual e o Direito Concorrencial

Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em Direito Político e Econômico, linha de pesquisa “O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos”.

Orientador: Prof. Doutor Hécio Ribeiro

São Paulo
2012

S593j Simões, Carla Costa

A Joint Venture contratual e o direito concorrencial. / Carla Costa
Simões. São Paulo, 2012.

113 f. ; 30 cm

Referências: p. 109-113

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade
Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2012.

1. Joint Venture. 2. Contratual. 3. Direito. 4. Concorrência. 5. Poder.
6. Econômico. 7. Fiscalização. I. Título

CDD 342.229

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

Faculdade de Direito

Carla Costa Simões

A Joint Venture Contratual e o Direito Concorrencial

Dissertação de Mestrado apresentada ao curso de pós-graduação em Direito Político e Econômico, linha de pesquisa “O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos”.

Aprovada em ___/___/___

Banca Examinadora:

Prof. Doutor Hécio Ribeiro - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Doutor Vicente Bagnoli - Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Livre Docente Alberto do Amaral Júnior - Universidade de São Paulo

São Paulo
2012

Agradecimentos

Aos meus pais Rita e Horácio, pela amizade, palavras motivadoras e por todo apoio direto e indireto.

Ao meu marido Bruno, por todo incentivo e participação nesta etapa.

Aos meus irmãos Marcela e Felipe, pela amizade.

Ao orientador e professor Hércio Ribeiro, por seu exemplo de profissionalismo e pelas palavras sábias, essenciais para o meu crescimento intelectual e para a conclusão desta dissertação.

Aos professores Alberto do Amaral Júnior e Vicente Bagnoli, por aceitarem o convite para compor a Banca Examinadora deste trabalho e por todos os oportunos conselhos.

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, em especial ao Mestrado em Direito Político e Econômico, pela valiosa oportunidade.

Resumo

A *joint venture* contratual advém de uma associação de interesses sintetizada em um contrato, que determinará todas as vontades e objetivos dos *co-venturers*. A ligação do instituto da *joint venture* contratual com o direito da concorrência ocorre na medida em que a criação de uma *non corporate joint venture*, sendo um instrumento jurídico contratual como é, pode ser ajustada pelas partes como melhor lhes aprouverem. Tal associação contratual poderá ter como objetivo infringir a livre concorrência, o que afeta o Poder Econômico, e, em razão da relação meramente contratual, é difícil para o Estado fiscalizar este tipo de conduta.

Abstract

The contractual joint venture comes from an association of interests synthesized in a contract, which will determine all wills and goals of co-venturers. The connection between contractual joint venture and competition law occurs when a non corporate joint venture's creation, being a contractual legal instrument as is, can be adjusted by the parties as best fit them. Such a contractual association may aim to infringe freedom of competition, which affects the economic power, and, as a result of the relationship merely contractual, it is difficult for the State to monitor this conduct.

Sumário

Agradecimentos	4
Resumo	5
Abstract	6
Introdução	8
1 <i>Joint Ventures</i>	12
1.1 Definição e Objetivos	12
1.2 Classificação	23
1.3 Implicações da <i>Joint Venture</i> para o Direito da Concorrência	26
2 Direito e Economia no Mundo Globalizado.....	29
2.1 Globalização, Crise e Direito	29
2.2 O direito e a observação da economia	44
2.3 A Dimensão Simbólica	47
3 Contratualização, Companhias Globais, Cooperação e Concentração Empresarial.....	52
3.1 O Fenômeno da Contratualização e as Companhias Globais (ou Corporações Transnacionais) criadas por meio dos contratos	52
3.2 A Cooperação e a Concentração Empresarial	65

4 A questão concorrencial.....	68
4.1 O Direito da Concorrência Brasileiro	68
4.1.1 A Constituição Federal de 1988 e a Lei 12.529/2011.....	68
4.1.2 Mercado Relevante	81
4.1.3 Acordos Horizontais e Verticais.....	88
4.2 Jurisprudência do Cade.....	96
5 Conclusão	102
Referências da Dissertação.....	109

Introdução

A *joint venture* pode ser classificada do ponto de vista formal como *corporate* e *non corporate*. A *corporate joint venture*, conhecida também como societária, estabelece em seu contrato a criação de uma pessoa jurídica autônoma. A *non corporate joint venture*, também chamada de *joint venture* contratual, advém de uma associação de interesses sintetizada em um contrato, que determinará todas as vontades e objetivos dos *co-venturers*. A *joint venture* contratual é vista como menos rígida que a *corporate joint venture*, pois a primeira tem como base única o contrato, enquanto a segunda, além do contrato, implica à constituição de uma sociedade.

A importância da livre concorrência é notória já que tal princípio está insculpido no inciso IV, artigo 170, da Constituição Federal. A livre concorrência garante os menores preços para os consumidores e o estímulo à criatividade e inovação das empresas. No decorrer do trabalho, verificar-se-á que tanto o ordenamento jurídico nacional quanto o internacional defendem a livre concorrência, coibindo o abuso do poder econômico por parte das empresas e até mesmo dos Estados.

A ligação do instituto da *joint venture* contratual com a livre concorrência se dá na medida em que a criação de uma *non corporate joint venture*, sendo um instrumento jurídico contratual como é, pode ser ajustada pelas partes como melhor lhes aprouverem. Tal associação contratual poderá ter como objetivo principal infringir a livre concorrência, o que afeta o Poder Econômico, e, neste caso, torna-se difícil para o Estado fiscalizar este tipo de conduta, situação que pode ser considerada um exemplo de ineficácia dos limites jurídicos impostos pelo Estado.

O problema de pesquisa que se quer abordar nesta dissertação é relativo ao alcance (no caso, o não alcance) do Estado na fiscalização de um instituto contratual (a *joint venture* contratual), que pode ter efeitos anticoncorrenciais. José

Eduardo Faria, quando trata da questão do direito em face do fenômeno da globalização, afirma que a tendência da economia globalizada é ser eminentemente contratual, o que reafirma a importância do tema das *joint ventures* contratuais:

A quinta tendência é de alargamento do alcance das normas jurídicas que balizam os processos de formalização dos mais variados tipos de acordos e disciplinam a livre contratação; mais precisamente, é a tendência de expansão dos campos de 'contratualização' – campos esses vistos como espaços de liberdade juridicamente reconhecida para a criação de direitos subjetivos pelos próprios agentes econômicos. Em outras palavras, trata-se da reafirmação dos contratos como a forma normativa mais flexível e adequada à formalização da autonomia da vontade, à transmissão da propriedade, à funcionalização das relações de compra e venda e à previsibilidade, enquanto condição básica para o cálculo racional.¹

A tendência à contratualização, como se vê, é o presente e o futuro das relações entre as empresas. Na pesquisa jurisprudencial no Cade, verificou-se que a *joint venture* contratual é utilizada pelo empresariado. Resta a dúvida se o Estado tem condições de fiscalizar o mercado, lembrando que o Estado tem a responsabilidade pela fiscalização e investigação das condutas anticoncorrenciais e punição das empresas, no caso de infração à ordem econômica, sem interferir na livre associação. Neste contexto, a *non corporate joint venture* poderia trazer algum tipo de risco à ordem concorrencial?

Um negócio jurídico efetuado por meio de uma *joint venture* contratual poderá tratar de quantias vultosas e assuntos de interesse nacional (como a concorrência). E quais são os mecanismos de fiscalização utilizados pelo Estado? No caso das *non corporate joint venture* é possível que o Estado nunca tenha conhecimento de tal contrato e seja prejudicada a fiscalização de questões concorrenciais. Por outro lado, a *non corporate joint venture* pode ser um instrumento jurídico de grande valia para o empresariado.

A mundialização dos mercados e a conseqüente globalização das empresas tem como aliado o instituto da *joint venture*, que é um instrumento jurídico

¹ FARIA, José Eduardo. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 88.

que possibilita o empresário realizar a expansão de suas atividades, conseguindo o alcance do mercado global². Por outro lado, apesar dos normativos nacionais e internacionais sobre o direito concorrencial, não há regulação estatal quando da criação da *joint venture* contratual (isto porque não há o registro da sociedade nas Juntas Comerciais, não há cadastro perante a Receita Federal do Brasil).

Estes questionamentos serão respondidos por meio de uma análise conjunta não dogmática e dogmática. No plano não dogmático, a sociologia indica algumas reações do Estado ao fenômeno da globalização, como a constitucionalização simbólica, a desjuridificação e a procedimentalização do direito, e do mercado, como a aplicação seletiva das leis e o incentivo à auto-regulação. No plano dogmático, verificar-se-á se tais reações do Estado (apontadas pelos Autores) são aplicáveis ou não na legislação de direito concorrencial (CF/1988, Lei 12.529/2011 e demais normativos).

O tema proposto é justificável socialmente e cientificamente, pois se faz necessária uma análise crítica das *non corporate joint venture* no cenário global e estatal. No cenário global, pois as *joint ventures*, em geral, beneficiam o empresariado e envolvem não só problemas nacionais, quanto internacionais. No cenário estatal, pois concluirá se a falta de regulação, típica das *non corporate joint venture*, enseja problemas na fiscalização de questões concorrenciais. Há relevância deste estudo para a comunidade acadêmica, tanto na área das Ciências Jurídicas e Sociais, quanto para as Ciências Econômicas.

São duas as principais hipóteses de pesquisa desta dissertação. A primeira hipótese é a suposição de que o uso do instituto da *non corporate joint venture* pelas empresas, apesar das normas já mencionadas que protegem a concorrência, dificulta a fiscalização do Estado no que tange ao aspecto concorrencial. Neste contexto, Dennis Campbell associa a criação de uma *joint venture* a uma possível cartelização:

² FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 178.

If the creation of a joint venture is neither a concentration of undertakings (i.e., a merger) nor a concentration that is not subject to notification, the joint venture may be viewed as a coordination of competitors' activities on the relevant market. Such coordination of activities may be illegal under cartel law, if the object or effect of the agreement actually or potentially distorts competition on the relevant market.³

Outra hipótese de pesquisa é a de que o uso das *joint ventures* contratuais podem não dificultar a fiscalização do Estado no que concerne ao aspecto concorrencial.

Este trabalho visa concluir se o instituto da *non corporate joint venture* enseja problemas na fiscalização de questões concorrenciais pelo Estado. Ou seja, se a tendência concentracionista causa dificuldades na fiscalização de condutas anticoncorrenciais por parte dos Estados e qual é a relação custo-benefício de uma *non corporate joint venture* para o Estado, para a Economia e para os empresários.

O problema de pesquisa e as hipóteses testadas nesta dissertação contribuirão para a doutrina jurídica relacionada ao assunto, na medida em que o estudo trata do instituto da *joint venture* contratual e do direito da concorrência incluindo a análise não dogmática desta relação. Esta junção entre o estudo dogmático e não dogmático do direito trará contribuições à literatura específica sobre o assunto.

³ CAMPBELL, Denis. *Comparative Law Yearbook of International Business* - Vol. 30A - *International Joint Ventures*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 169.

1 Joint Ventures

1.1 Definição e Objetivos

Não há um conceito definitivo e absoluto de *joint venture*. Concordam neste sentido vários doutrinadores que escrevem sobre o assunto⁴. A *joint venture* corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes que visa “a realização de um projeto comum, empreendimento (aventura específica) cuja duração pode ser curta ou longa”⁵. A cooperação entre as empresas (poderá ser duas ou mais empresas) visa agregar o que há de melhor nelas com o intuito de obter vantagem econômica conjunta.

Em outras palavras, a *joint venture* é uma forma de reunião de recursos financeiros ou de técnicas em que os *co-ventures* visam os seus interesses. Para Bittar, a criação da *joint venture* vai além da simples associação de interesses:

Constitui nova fórmula de ação empresarial, que vem substituindo as operações de aquisição de empresa, ou de controle (*take over*, ou *buy out*), mantendo os parceiros em posições equilibradas ou ajustadas, no empreendimento, mediante contribuição em numerário, em bens ou em tecnologia, ou pela combinação de ativos corpóreos ou incorpóreos. Alcança, pois, o nível organizacional (ou corporativo) no tecido empresarial.⁶

A definição acima implica em consequências expressivas para o direito e, especificamente para esta dissertação, para o direito concorrencial. Ainda mais

⁴ BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 39; RASMUSSEN, U. W., *Holdings e Joint Ventures: uma análise transacional de consolidações e fusões empresariais*, 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991, p. 177;

⁵ BASSO, op. cit., p. 39.

⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*, 4. ed. rev., atual. e ampliada de acordo com o novo Código Civil por Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 198.

quando o uso do instituto da *joint venture* assumidamente é um possível substituto de uma operação de aquisição, conforme entendimento do doutrinador acima citado.

Se a *joint venture* é um possível substituto de uma operação de aquisição, resta claro que tal operação deverá ser analisada pelo Cade. Mesmo não tendo o objetivo de substituir a operação de aquisição, a *joint venture*, por visar a cooperação entre as empresas, de fato, merece a análise do Cade.

São inúmeros os objetivos a serem alcançados com a criação da *joint venture*: (i) integração entre produção e fabricação ou entre fabricação e comercialização; (ii) a concretização de algum empreendimento; (iii) absorção de tecnologia; (iv) expansão de certo setor da empresa; (v) desenvolvimento de novos processos, etc. A expansão transnacional também pode ser atingida por meio da criação da *joint venture*, já que as empresas poderão se valer deste instituto para internacionalizar seus negócios e também para possibilitar o investimento de capitais estrangeiros em empresas nacionais⁷.

A *joint venture* internacional é uma importante opção de estratégia de negócios: "In a global environment, participation in an international joint venture (IJV) is an important strategic option."⁸ Uma das principais razões para a criação de uma *joint venture* internacional é a intenção das empresas ou de uma das empresas adentrarem em um novo mercado ou área de atuação. Os riscos são divididos entre as empresas quando é feita a *joint venture*, enquanto a empresa que entra sozinha em um mercado assumiria os riscos de maneira isolada:

*One frequent reason is to enable a company to quickly enter a new market or new business segment. By doing so jointly with another partner, the risks of the new entry can be shared. This is in contrast to entering a new market or new business segment by acquiring 100 percent of another company or its shares in an M&A transaction, where the buyer then assumes all the risk of the investment. There appears to be a greater willingness of companies to venture jointly with another company in times of financial crisis.*⁹

⁷ BITTAR, op. cit., p. 198.

⁸ BUCKLEY, Peter J., CASSON, Mark. *An Economic Model of International Joint Venture Strategy in Journal of International Business Studies*, Vol. 27, n. 5, *Global Perspectives on Cooperative Strategies* (1996), pp. 849-876. Hants, UK: Palgrave Macmillan Journals, 1996, p. 849.

⁹ LUIKI, Paulo. *Joint Venture: definition and legal issues em Joint Venture in the International Arena*,

A *joint venture* é útil para as empresas quando elas pretendem iniciar suas atividades em outro país. A criação de alianças com empresas nacionais facilita, e muito, a inserção no mercado consumidor em diversos aspectos, quais sejam, produção, distribuição, comercialização, propaganda etc.

Como se vê, as *joint ventures* podem efetivamente servir como a porta de entrada para uma empresa estrangeira atuar em outro país. Neste sentido, Vladimir L. Kvint ensina que a *joint venture* internacional é, de fato, “one of the major forms for implementing the globalization of business (...)”¹⁰.

Conforme as empresas verificam que os mercados de seus países estão saturados, há a natural expansão das *joint ventures* internacionais, na qual as empresas passam a investir também em outros países, que carecem de determinado produto ou serviço.

BUCKLEY e CASSON elaboraram uma tabela que mostra a tipologia das *joint ventures* internacionais de acordo com o tipo de conhecimento que elas compartilham¹¹:

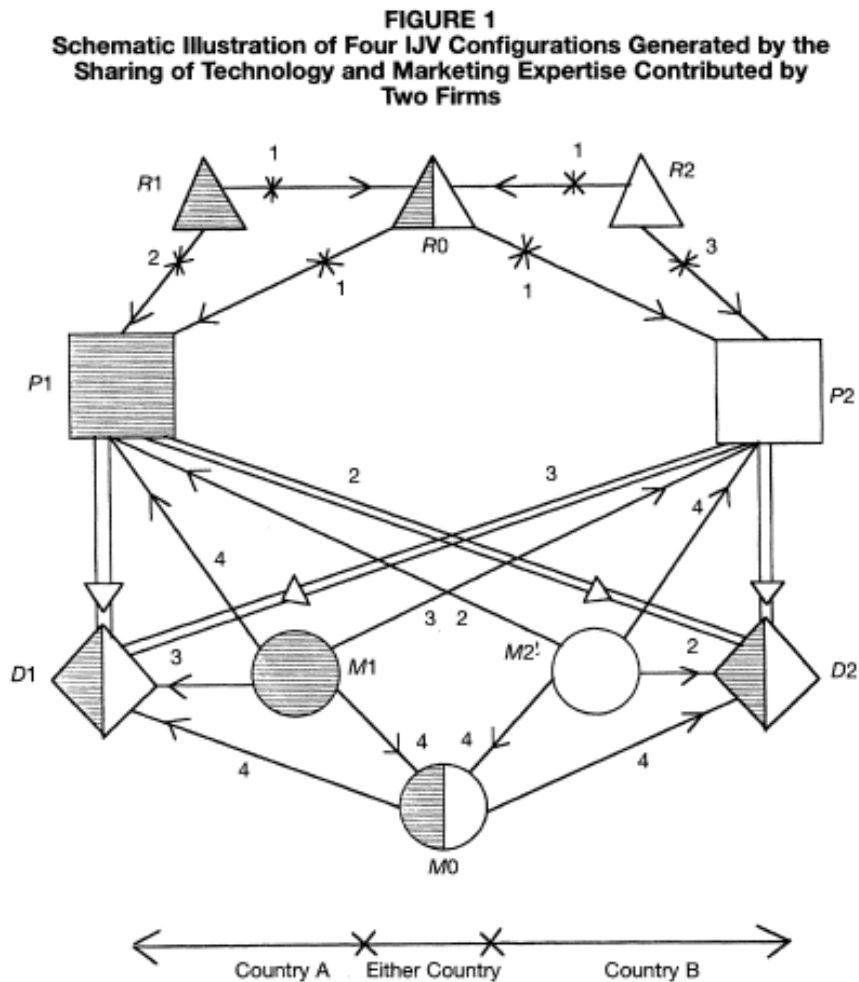
Empresa 1 – País A	Empresa 2 – País B		
	Tecnologia	Mercado	Ambos
Tecnologia	1. Colaboração em Pesquisa e Desenvolvimento	2. Acesso ao Mercado pela Empresa 1 ao mercado do País B	7. Colaboração em Pesquisa e Desenvolvimento com acesso ao mercado do País B (Empresa 2 recompra)
<i>Expertise</i> de Mercado	3. Acesso ao mercado pela Empresa 2 ao País A	4. Junção dos mercados dos países A e B	9. Empresa 2 fornece tecnologia para uso nos dois mercados (Empresa 2 recompra)
Ambos	6. Colaboração em Pesquisa e Desenvolvimento com acesso ao mercado do País A (Empresa 1 recompra)	8. Empresa 1 fornece tecnologia para uso nos dois países (Empresa 1 recompra)	5. Colaboração em Pesquisa e Desenvolvimento com acesso a ambos os mercados (ambas as empresas recompram)

2. ed., org. Darrell Prescott e Salli A. Swartz. Illinois: ABA Publishing, 2010, p. 3.

¹⁰ KVINT, Vladimir L., *International M & A, joint ventures and beyond*, org. David J. BenDaniel e Arthur H. Rosebloom. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1998, p. 295.

¹¹ BUCKLEY, CASSON, op. cit., p. 852.

A figura abaixo, relacionada com a tabela acima, demonstra as configurações das tipologias 1, 2, 3 e 4 da tabela acima:



Notas:

Triângulo – representa a colaboração em pesquisa e desenvolvimento;

Quadrado – representa a produção;

Losango – representa a distribuição;

Círculo – representa o mercado;

Figuras preenchidas – Empresa 1 do País A;

Figuras em branco – Empresa 2 do País B;

Linha com asterisco – transferência de tecnologia;

Linha dupla – transferência de produtos.

A explicação da figura acima é simples.

Operação nº 1 da tabela - Colaboração em Pesquisa e Desenvolvimento. A transferência de tecnologia é realizada da Empresa 1 do País A (R1) para a *joint venture* internacional (R0) e da Empresa 2 do País B (R2) para a *joint venture* internacional (R0) simultaneamente. A *joint venture* internacional (R0) encaminha a tecnologia para a produção dos Países A e B (que estão separadas).

Operação nº 2 da tabela - Acesso ao Mercado pela Empresa 1 ao mercado do País B. A produção da Empresa 1 do País A (P1) é transferida à Distribuição Conjunta (D2 – *joint venture* internacional de distribuição) situada no País B. O mercado do País B tem acesso à produção da Empresa 1 do País A (M2). A Empresa 1 do País A tem acesso ao mercado do País B.

Operação nº 3 da tabela - Acesso ao Mercado pela Empresa 2 ao mercado do País A. A produção da Empresa 2 do País B (P2) é transferida à Distribuição Conjunta (D1 – *joint venture* internacional de distribuição) situada no País A. O mercado do País A tem acesso à produção da Empresa 2 do País B (M1). A Empresa 2 do País B tem acesso ao mercado do País A.

Operação nº 4 da tabela – Junção dos mercados dos países A e B. A *joint venture* internacional de *expertise* de mercado (M0) assegura que os produtos da Empresa 1 do País A estejam no mercado do País B e vice-versa.

As *joint ventures* internacionais de Pesquisa e Desenvolvimento (R0) e de *expertise* de mercado (M0) podem situar-se em qualquer país (País A, B ou um terceiro país), enquanto a *joint venture* internacional de distribuição deve situar-se no país em que será feita a distribuição do produto (D1 está estabelecida no País A e D2 no País B).

Como foi explicado acima, a *joint venture* internacional é de grande valia ao empresariado, já que possibilita a troca de tecnologia, o acesso ao mercado estrangeiro, dentre outros benefícios. O uso crescente das *joint ventures* internacionais é comprovado pelo levantamento feito por Kvint: “the formation of joint ventures between U.S. and international companies has increased at an annual rate

of 27 percent since 1985.”¹². Para ele, a *joint venture* internacional gera mais benefícios às empresas do que se elas agissem separadamente:

*Analysis has demonstrated that the benefit resulting from joint efforts (net of the transaction costs arising from the operation of the IJV) is often greater than the net benefit from separate efforts. The synergies created by the IJV result in risk reduction, economies of scale, production rationalization, convergence of technologies, and better local acceptance.*¹³

Uma importante razão pela qual as empresas querem formar uma *joint venture* é a troca de informações quanto à tecnologia: “Other frequently cited reason for entering into joint ventures include gaining access to new-technology and products (...)”¹⁴. A troca de informação no que diz respeito à tecnologia pode tanto ocorrer entre duas ou mais empresas nacionais, quanto entre empresas nacionais e estrangeiras.

Em outra fonte doutrinária (mais relacionada ao aspecto comercial do instituto da *joint venture*), verifica-se que os motivos para a criação de uma *joint venture* são especificados de outra forma (diversa de um doutrinador da área do direito), quais sejam, (i) neutralizar a concorrência; (ii) reduzir os custos produtivos; (iii) reduzir o impacto negativo da legislação local sobre investimentos estrangeiros; (iv) complementação técnica, comercial ou financeira; (v) economia de escala; (vi) acesso rápido à tecnologia¹⁵.

Como se vê, Nicola Minervini assume que um dos motivos para a criação de uma *joint venture* é a “neutralização da concorrência (ou, pelo menos, redução de seu poder de fogo)”¹⁶. Ora, se o doutrinador inclui em seu livro esta justificativa (em primeiro lugar, inclusive) para a criação de uma *joint venture*, resta claro que, de fato, o empresariado pode tentar alcançar esta finalidade ao criar uma *joint venture*, o que tem o efeito potencial de lesar a livre concorrência.

¹² KVINT, op. cit., p. 297.

¹³ Ibid., p. 297.

¹⁴ LUIKI, op. cit., p. 3.

¹⁵ MINERVINI, Nicola. *O exportador*, trad. Patrizia Minervini, 4. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2005, p. 153 e 154.

¹⁶ Ibid., p. 153.

Assim, é possível concluir que a doutrina estritamente jurídica e a doutrina mais relacionada ao aspecto comercial divergem em seus conceitos? Como será visto adiante, o foco do empresariado é acompanhar as mudanças econômicas da maneira mais ágil possível visando o lucro. Enquanto isso, o direito tenta acompanhar a economia e a sociedade com a finalidade de regulá-las. O direito, de fato, consegue regular a atividade empresarial, a sociedade e a economia em alguns aspectos. Contudo, na realização da *joint venture* contratual, o direito tem dificuldades na regulação, pois os contratos não são, em regra geral, fiscalizados pelo Estado. Assim, é possível que na *joint venture* contratual, o objetivo de neutralizar a concorrência possa ser atingido.

Há uma exceção quanto ao assunto. O próprio Cade aprovou a Súmula nº 4 que preceitua: “É lícita a estipulação de cláusula de não-concorrência na vigência de *joint venture*, desde que guarde relação direta com seu objeto e que fique restrita aos mercados de atuação.”. A Súmula nº 4 permite que exista no contrato de *joint venture* uma cláusula que vede que a associação (*joint venture*) concorra com as empresas que a compõem. Ressalte-se que a cláusula de não-concorrência deverá ter relação direta com o objeto da *joint venture* e ficar restrita ao seu mercado de atuação.

Minervini ainda apresenta de uma forma prática os principais passos para a formação de uma *joint venture*: (i) identificar as estratégias (onde se quer chegar); (ii) identificar o perfil do parceiro correto; (iii) determinar as vantagens derivadas desta aliança; (iv) identificar quais serão as oportunidades criadas pela aliança; (v) avaliar os impactos que a *joint venture* terá sobre os demais interlocutores; (vi) verificar o poder contratual do parceiro potencial; (vii) definir o idioma e o procedimento da negociação; (viii) discutir o orçamento para a criação da *joint venture*; (ix) assumir uma postura internacional; (x) ser franco e sincero; (xi) tomar nota de tudo; (xii) negociar passo a passo e elaborar um acordo para cada cooperação; (xiii) se notar que o contrato de *joint venture* não será proveitoso, encerrar as negociações¹⁷.

¹⁷ MINERVINI, op. cit., p. 155 e 156.

Para Paulo Luiki, o sucesso de uma *joint venture* depende de um contrato bem elaborado e de sua administração. É necessário sopesar as vantagens e as desvantagens do negócio, já que há tanto a chance de sucesso, quanto de insucesso do negócio: “Though statistics are hard to come by, the success rate of joint ventures often is estimated to be about 50 percent. Thinking about possible failure of the joint venture in structuring the joint venture agreement therefore is imperative.”¹⁸

Nicola Minervini pontua sobre o êxito e o fracasso de uma *joint venture*:

As chaves do êxito em uma joint-venture:

- Divisão justa entre poder e lucro.
- Informação.
- Compatibilidade entre os estilos de gerenciamento.
- Adaptação às diferentes mentalidades.
- Equilíbrio de capacidades e participação dos parceiros, em relação à tecnologia, marketing, capacidade produtiva, recursos financeiros, imagem da empresa, relações com o mercado, conhecimento do ambiente.

As chaves do fracasso em uma *joint-venture*:

- Falta de uma motivação concreta e precisa.
- Diferenças culturais entre as duas sociedades.
- Culturas empresariais em conflito.
- Expectativas irrealistas.
- Sócios que estão em concorrência.
- Pesquisas de mercado que não foram levadas muito a sério.
- Sócios que não respeitam os compromissos.
- Estrutura da joint-venture inadequada.
- Executivos da nova empresa formada não conseguem desvincular-se dos ‘vícios’ de gerenciamento de suas respectivas empresas.¹⁹

De uma forma prática, o autor apresenta os principais fatores para o sucesso e para o fracasso de uma *joint venture*. Mais especificamente, é importante tratar de um dos fatores apresentado pelo autor para o fracasso de uma *joint venture*, qual seja, “sócios que estão em concorrência”.

Em primeiro lugar, esta não seria uma causa para o fracasso da *joint venture*. Os sócios poderão permanecer em concorrência, já que a *joint venture* é

¹⁸ LUIKI, op. cit., p. 3.

¹⁹ MINERVINI, op. cit., p. 157.

uma forma de cooperação entre as empresas, que poderá ocorrer de diversas maneiras, relacionada à troca de tecnologia, à produção, à estratégia de marketing, etc,. O instituto da *joint venture* é diferente do da fusão, apesar do tratamento perante o órgão de concorrência brasileiro ser o mesmo, conforme verificar-se-á detalhadamente no capítulo 4. Os sócios não poderão confundir o instituto da fusão com o instituto da *joint venture*.

Em segundo lugar, a eliminação da concorrência em uma *joint venture* que visa à cooperação mútua poderia ser entendida como um cartel. A definição apresentada no início do capítulo de *joint venture* a relaciona com cooperação e não com a troca de informações que pretende a eliminação da concorrência. Neste caso, haveria um cartel e este deverá ser sancionado como tal.

Em terceiro lugar, a apresentação desta causa para o fracasso de uma *joint venture* pode ser um indício de que não há *joint venture* que não implique em ofensa à concorrência. Assim, como a própria legislação brasileira prevê, é necessário o protocolo da operação no órgão da concorrência para a verificação de eventual ofensa. Desta forma, mais temerário ainda é o instituto da *joint venture* contratual, pois não existe um controle estatal sobre o contrato privado, enquanto na *joint venture* societária há o registro na Receita Federal do Brasil e na Junta Comercial. Apenas uma investigação do órgão de concorrência conduziria à conclusão sobre eventual ofensa à concorrência.

E porque escolher a *joint venture* em detrimento de um contrato de licença de tecnologia ou de uma fusão? Para BUCKLEY e CASSON, a *joint venture* internacional é uma operação moderada em comparação com o contrato de licença e a fusão²⁰. A tabela abaixo demonstrará de forma mais clara:

²⁰ BUCKLEY, CASSON, op. cit., p. 874.

Impacto do Fator Explicativo Fundamental na Escolha Estratégica²¹

Fator Explicativo	Estratégia		
	Acordo de Licença	<i>Joint Venture</i> Internacional	Fusão
Tamanho do mercado	-	X	+
Ritmo da Mudança Tecnológica	+	X	-
Taxa de juros	+	X	-
Distância Cultural	+	?	?
Proteção da Independência	+	+	-
Ausência de direitos de patente	-	+	+
Economia de custos resultante da divisão de recursos, processos ou <i>know-how</i>	+	-	-
Incerteza tecnológica	-	+	+

Nota: o símbolo X indica um impacto positivo em um valor baixo e um impacto negativo em um valor alto.

A tabela acima demonstra que o acordo de licença é positivo em cinco aspectos e negativo em três outros aspectos. É possível afirmar que ele é uma boa opção quando se leva em consideração o acompanhamento da mudança tecnológica, a taxa de juros, a distância cultural, a proteção da independência da empresa com que se efetua o acordo e a economia de custos resultante da divisão de recursos, processos ou *know-how*, pois não é necessário haver um vínculo estreito entre as empresas que fizeram o acordo. Contudo, ao considerar o tamanho do mercado, a ausência de direitos de patente e a incerteza tecnológica, o acordo de licença não é uma boa opção.

Com relação à fusão, a tabela demonstra que ela é positiva em três aspectos, negativa em quatro aspectos e incerta quanto a um aspecto. A fusão é

²¹ BUCKLEY, CASSON, op. cit., p. 875.

uma boa opção quando se analisa o tamanho do mercado, os direitos de patente e a incerteza tecnológica. Como se vê, ela é positiva em fatores que são negativos para o acordo de licença. Isso ocorre pois a fusão é uma operação muito mais duradoura e provida de certeza que o acordo de licença. Os aspectos negativos da fusão é que ela não acompanha as mudanças tecnológicas, a taxa de juros do local da empresa, não protege a independência das empresas e não é favorável à economia de custos resultante da divisão de recursos, processos ou *know-how*. Quanto à distância cultural, não é possível definir precisamente se a fusão reduzirá tal distância ou não.

No que tange à *joint venture* internacional, ela é positiva em três aspectos, negativa em um aspecto, incerta em um aspecto e em três aspectos ela será positiva em um valor baixo e negativa em um valor alto. A *joint venture* é sempre uma boa opção quando se leva em consideração a proteção da independência das empresas envolvidas, os direitos de patente e a incerteza tecnológica. A proteção da independência, porque o instituto da *joint venture* valoriza o controle independente das empresas que compõem a *joint venture*; cada empresa terá a sua direção independente e tão somente o projeto comum que terá direção conjunta. Os direitos de patente, porque apenas aquilo que as empresas desejam compartilhar é que vai ser compartilhado; o contrato de *joint venture* protege com mais segurança que o acordo de licença tal direito. Quanto à incerteza tecnológica, o contrato de *joint venture* garante que a transferência de tecnologia ocorra de maneira segura entre as empresas participantes, inversamente do acordo de licença.

Com relação à economia de custos resultante da divisão de recursos, processos ou *know-how*, a *joint venture* não é uma boa escolha, pois seus processos não são tão ágeis quanto no acordo de licença. Quanto à distância cultural, não é possível definir precisamente se a *joint venture* reduzirá tal distância ou não. Com relação ao tamanho do mercado, ao ritmo da mudança tecnológica e à taxa de juros, a *joint venture* apenas será positiva se o mercado, o ritmo da mudança tecnológica e a taxa de juros forem reduzidos. Se estes três últimos aspectos forem reduzidos, há um total de seis pontos positivos na constituição da *joint venture*; no caso de tais aspectos serem elevados, haveria três aspectos positivos apenas. Como nem sempre o tamanho do mercado, o ritmo da mudança tecnológica e a taxa

de juros são baixos ou altos unanimemente, a análise dos benefícios da constituição da *joint venture* internacional dependerá caso a caso.

A definição do instituto da *joint venture* é controvertida, na medida em que ela poderá ser utilizada na prática como uma fusão de duas ou mais empresas (e não só como forma de cooperação), ou até mesmo como forma de cartelização, em razão do objetivo de neutralização da concorrência. Entretanto, como se viu, é indiscutível a sua importância na concretização dos negócios internacionais.

1.2 Classificação

Como se viu na definição, a *joint venture* não é um instituto previsto nas legislações nacionais, ou seja, a *joint venture* não é uma criação formal, que surgiu de estudos pragmáticos de legisladores e juristas. Ela tem origem na prática privada das operações empresariais efetuadas, fundamentalmente, por meio de contratos.

Há algumas classificações doutrinárias que distinguem os tipos de *joint venture*.

Quanto à nacionalidade (nacionais e internacionais) – a *joint venture* nacional é composta por duas ou mais empresas da mesma nacionalidade e na internacional a empresa estrangeira associa-se com a de outro país, normalmente se associa com o país onde pretende ver executado a operação que deseja.

A *joint venture* internacional é vantajosa para cooperação empresarial em razão do fato de que a empresa estrangeira tem a facilitação quanto ao conhecimento do mercado, do ambiente cultural, político e de negócios. A empresa local, por seu turno, pode passar a ter acesso à tecnologia e técnicas empresariais e a capacidade financeira da empresa estrangeira.

Como dito acima, a definição de *joint venture* não é concedida pela lei, o que dificulta o consenso; mas dificuldade ainda maior há em definir a *joint venture*

internacional ou transnacional. As legislações e as posições doutrinárias dos países são diferentes e não é possível usar a definição dada em um país em outro:

Assim, enquanto persistem as indecisões acerca de uma definição clara e precisa de *joint venture*, transportável para todas as legislações, o melhor é não correr o risco de congelar essa figura em um ou outro instituto conhecido de direito interno (nacional) e considerar que as *joint venture* são mecanismos de cooperação entre empresas, que não têm forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual: possuem natureza associativa (partilha dos meios e dos riscos), podendo apresentar objetivos e duração limitados ou ilimitados.²²

A criação da *joint venture* é melhor compreendida ao analisar o aspecto econômico e empresarial das empresas envolvidas na associação. A abordagem jurídica não concede respostas, pois o direito não definiu de modo satisfatório a *joint venture* e, muito menos a *joint venture* transnacional ou internacional.

Quanto à participação financeira dos co-ventures (*equity* e *non equity*) - a *equity joint venture* implica a associação de capitais e na *non equity joint venture* não há contribuição de capitais. Para a *joint venture* ser do tipo *equity* é necessário que haja o investimento direto do capital, o que implica a criação de uma terceira empresa ou uma operação societária na qual haveria o investimento em uma terceira empresa (divisão da sociedade em uma empresa já existente, que será a *joint venture*). Já na *non equity* o investidor poderá ser um credor apenas ou não haveria investimento algum, mas somente a troca de informações.

Quanto à duração (permanentes e transitórias) – A *joint venture* transitória tem uma duração determinada no tempo ou determinável em razão de algum objetivo. A *joint venture* permanente não terá um prazo determinado.

Especificamente, no que concerne este trabalho, importa a classificação do ponto de vista formal, que divide as *joint ventures* em *corporate* (societária) e *non corporate* (contratual). A *corporate joint venture* estabelece em seu contrato a criação de uma pessoa jurídica, geralmente uma sociedade de responsabilidade

²² BASSO, op. cit., p. 42.

limitada ou uma sociedade por ações, ou mesmo a alteração do objeto social de uma sociedade já existente. Esta terceira sociedade é autônoma, possuindo as exigências legais para seu funcionamento. Contudo, ela não deve ser considerada independente; ela é um meio para que seus sócios exerçam as atividades previstas contratualmente (no contrato social ou estatuto, por exemplo) em conjunto²³. Esta *joint venture* é conhecida também como societária.

A *joint venture* societária se diferencia da *joint venture* contratual em razão de alguns elementos específicos do contrato de sociedade, tais como: a contribuição de capitais para a execução do projeto ou operação; a repartição dos lucros e prejuízos; o interesse dos participantes que a associação cumpra seus objetivos²⁴.

A *non corporate joint venture*, também chamada de *joint venture* contratual, não dá nascimento a uma terceira empresa. Ela advém de uma associação de interesses sintetizada em um contrato, que determinará todas as vontades e objetivos dos *co-venturers*.

A *joint venture* contratual é vista como menos rígida que a *corporate joint venture*, pois a primeira tem como base única o contrato, enquanto a segunda, além do contrato, requer a constituição de uma sociedade.

A escolha do tipo de *joint venture* depende de diversos fatores como: a transitoriedade do investimento, o aporte de capitais e a confiança entre as partes. Por óbvio, a *joint venture* societária implica um compromisso maior entre os *co-ventures*, pelo fato de terem uma estrutura mais rígida, o que não quer dizer que as *joint ventures* contratuais não impliquem o compromisso entre as partes.

Irineu Strenger assevera que a *joint venture* contratual é um instrumento elástico, em contraposição à *joint venture* societária, passível de alteração conforme as exigências das situações, “evitando o risco de nacionalizações, consagrando o regime direito e pessoal das relações [entre as empresas] internas”²⁵.

²³ GAMBARO, Carlos Maria. *O contrato internacional de joint venture*. Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 146, abr./jun. de 2000, p. 66.

²⁴ BASSO, op. cit., p. 44.

²⁵ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 434.

Para Maristela Basso²⁶, a realidade do comércio internacional fez com que o direito obrigacional se alterasse, fazendo com que as *non corporate joint ventures* se aproximassem das *corporate joint ventures*. Isso porque a teoria das obrigações moderna não fica adstrita, como a teoria clássica, à idéia de que todo direito corresponde a um dever. A teoria das obrigações moderna percebe que os interesses dos credores poderiam ser frustrados pelo cumprimento defeituoso da obrigação e que isso poderia ensejar três situações: a manutenção do contrato com a exigência de indenização, a exigência de indenização e a rescisão do contrato.

Esta ótica inovadora impõe a inclusão de cláusulas que flexibilizam o contrato, como a cláusula de *hardship*. Tal cláusula prevê a renegociação dos termos do contrato quando a execução deste se torna muito onerosa ou inútil para alguma das partes²⁷.

A adoção da teoria moderna das obrigações e a utilização de cláusula *hardship* nos contratos de *joint venture* são dois indícios de que o direito moderno aponta para um aumento da flexibilização dos contratos. Tal assunto será tratado no capítulo 2.

1.3 Implicações da *Joint Venture* para o Direito da Concorrência

Como se viu, a *joint venture* é um importante meio pelo qual as empresas podem ampliar seus negócios globalmente. Tal ampliação dos negócios pode ter implicações para a livre concorrência. São diversos os países que incluíram em suas leis a avaliação do aspecto concorrencial quando da realização da *joint venture*: “Over 115 countries have merger control laws, many of which cover the formation of joint ventures”²⁸. Isto demonstra que, de fato, a realização de uma *joint venture* pode acarretar uma possível infração à livre concorrência.

²⁶ BASSO, op. cit., p. 47.

²⁷ GAMBARO, op. cit., p. 77 e 78.

²⁸ PRESCOTT, Daniel. *Antitrust Aspects of Joint Ventures em Joint Venture in the International Arena*,

Sopesando os benefícios (eficiência, preços baixos, inovação tecnológica, diminuição dos riscos, novos produtos no mercado) e as possíveis infrações à livre concorrência (fixação de preços – cartel - e dominação de mercado – monopólio), a maioria das autoridades em direito da concorrência entende que o melhor caminho é construir uma regulação sensível a estas nuances do instituto da *joint venture* e flexível:

Most competition authorities acknowledge the potential procompetitive benefits that can result from joint ventures: collaboration may lead to efficiencies that lower prices, combine complementary or blocking technologies, spread risks, bring new products to market, or enable entry into a new market. On the other hand, some joint ventures lend themselves to the sort of collaborative activity antitrust laws prohibited: price-fixing, output restriction, market or customer allocation, or monopolization. In rare cases, based on the facts or a particular case, the authorities in different countries may disagree as to the fundamental goal of antitrust. (Is it to achieve lower prices, innovation, and higher quality for consumers, or to protect an existing industry structure? Are trade or employment policies, or other matters of public policy, to be taken into account?) Or they may differ on the approach to a particular case. (Will it be analyzed according to the U.S. merger guidelines, taking into account horizontal and vertical consolidation in defined relevant markets, and analyzing whether opportunities for unilateral price effects, express or tacit collusion or market foreclosure are enhanced? Or will the authorities look at a conglomerate merger or joint venture as an opportunity for strategic bundling of products and services that in the medium to long term could weaken or reduce competition?) Given this tension, several competition authorities have sought to construct sensitive and flexible – rather than formalistic – approaches to the regulation of collaborative activity between competitors.²⁹

De fato, a maioria das autoridades da concorrência reconhece os benefícios que a *joint venture* pode trazer à concorrência. Por outro lado, alguns empreendimentos conjuntos prestam-se ao tipo de atividade colaborativa proibidas: a fixação de preços, limitação de mercado, atribuição de clientes e monopolização. Em razão das diversas nuances e com a finalidade de atender a esta tensão, várias autoridades de concorrência têm procurado construir uma legislação sensível e flexível em vez de formalista ao regular o assunto.

2. ed., org. Darrell Prescott e Salli A. Swartz. Illinois: ABA Publishing, 2010, p. 33.

²⁹ PRESCOTT, op. cit., p. 33 e 34.

No capítulo 4 tratar-se-á, especificamente, sobre o *instituto da joint venture* e a legislação brasileira relativa ao direito da concorrência. A *joint venture* se enquadra na lei atual que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência, a Lei 12.529/2011.

2 Direito e Economia no Mundo Globalizado

2.1 Globalização, Crise e Direito

O termo globalização é polissêmico e impreciso, porque tem sido usado pela imprensa e pelo universo acadêmico para designar os mais diversos fenômenos (alguns novos e outros antigos), que, apesar de diversos, tem conexão entre si³⁰.

O conceito de globalização é controverso: ela pode ser considerada como um sistema de relações entre diversas sociedades regionais, partindo de um conceito de sociedade centrada no Estado Nacional, como também pode ser depreendida como a intensificação das atividades da sociedade mundial, sendo que esta “constitui-se como uma conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade”. O conceito de sociedade mundial não deve ser confundido com o de ordem internacional, pois esta última se relaciona fundamentalmente às relações entre Estados (que é apenas uma das dimensões da sociedade mundial); a sociedade mundial é mais abrangente, ela implica a desvinculação com as organizações políticas territoriais e a ausência de fronteiras de comunicação³¹. A globalização, portanto, é mais do que uma relação entre os Estados do globo, é uma relação entre pessoas e empresas do globo.

Ato contínuo, o Sistema Mundial Moderno (sistematizado como o sistema-mundo) não é constituído apenas de relações entre os Estados. Existem outros agentes e outro elemento que está presente: o Capitalismo. Isto porque um país não

³⁰ FARIA, op. cit., 2010, p. 3.

³¹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de professor titular na área de direito constitucional junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 23 e 24.

faz negócios com outro simplesmente por ter vontade de comercializar com determinado país. O comércio é guiado pelos interesses do capital e organizado em razão da divisão mundial do trabalho, de acordo com os interesses capitalistas. A maximização dos lucros une regiões completamente distintas politicamente e culturalmente.³²

O sistema-mundo pode ser dividido em dois tipos, quais sejam, o império-mundo e a economia-mundo. O Império-Mundo é formado por grupos/estados culturalmente distintos, que são politicamente e economicamente centralizados (unificação política e econômica). Dentro dos seus limites geopolíticos há o controle da divisão do trabalho e a apropriação do excedente por uma elite. Ex.: Império Romano, Pérsia, China imperial, Império Mongol. A Economia-mundo é uma região economicamente integrada, mas composta por diferentes unidades políticas (integração econômica e fragmentação política). A divisão do trabalho neste caso é estabelecida através do mercado e não por um governo centralizado. Ex.: Hansa germânica, Europa Ocidental Medieval, Mediterrâneo (Séculos XIII a XV), economia-mundo capitalista. As economias-mundo tendem a ser dominadas por uma única unidade política e se tornarem impérios-mundo.³³

No entanto, utilizando as definições acima, constata-se que o mundo capitalista atual nada mais é que uma economia mundo. Mas por que a economia-mundo capitalista ainda não se tornou um império-mundo? A resposta de Wallerstein é que “O capitalismo tem sido capaz de florescer precisamente porque a economia-mundo continha dentro de seus limites não um, mas múltiplos sistemas políticos”³⁴.

O mesmo autor indica um declínio do capitalismo. De fato, a última crise confirmou que os processos relacionados à globalização estão desmoronando. E a questão colocada é a seguinte: “A escolha que temos de fazer hoje não é a de nos

³² WALLERSTEIN, Immanuel. *O fim do mundo como o concebemos: ciência social para o século XXI*. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67 e 68.

³³ WALLERSTEIN, Immanuel. *World-Systems Analysis - An Introduction*. Durham e Londres: Duke University Press, 2004, p.23 e 24.

³⁴ IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995, p. 29 *apud* WALLERSTEIN, Immanuel. *El moderno sistema mundial*. México: Siglo Veintiuno Editores, 1979, p. 489 a 491.

submeter ou não a esses processos, mas sim o que fazer quando estes processos desmoronarem, como estão desmoronando.”³⁵

A fase que o mundo passa atualmente é de declínio do sistema capitalista. O ciclo de Kondratieff é formado por duas fases: uma fase de A de ascensão/expansão econômica (de 1945 a 1967-1973) e uma fase B de declínio/contração econômica (de 1967-1973 até hoje). O período de 1450 até hoje seria o ciclo de vida da economia capitalista, que teve seu nascimento, seu normal desenvolvimento e agora está no término³⁶.

Na fase de declínio do capitalismo, Wallerstein enumera as três principais tendências que pressionam o acúmulo de capital do capitalista. A primeira se refere ao aumento do salário e o conseqüente (necessário) deslocamento do setor produtivo para locais em que os salários seriam mais baixos (para manter os lucros). A segunda tendência está relacionada com o custo das aquisições materiais para os capitalistas (o empresariado não quer arcar com o custo do tratamento dos bens, ele não quer ficar com o problema e o Estado acaba arcando, no mínimo, parcialmente). A terceira tendência se refere à tributação e à expansão das funções do Estado; quanto mais funções tem o Estado, mais ele precisa arrecadar para cumpri-las, o que acarreta um aumento na carga fiscal³⁷. Há ainda outro fenômeno: a diminuição da legitimação das estruturas estatais. E o Estado é essencial para a acumulação de capital pelos capitalistas:

Os Estados são um elemento crucial na capacidade de acumulação de capital por parte dos capitalistas. Os Estados possibilitam quase-monopólios, que são a única fonte de lucros significativos. Os Estados agem para domar ‘classes perigosas’, tanto por meio da repressão como de apaziguamento. Os Estados são a principal fonte de ideologias que convencem a massa populacional a ser relativamente paciente.³⁸

³⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. *Globalização: uma trajetória a longo-prazo do sistema mundo in O declínio do Poder Americano*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2004, p. 54.

³⁶ Ibid., p. 54.

³⁷ Ibid., p. 66/71.

³⁸ Ibid., p. 72.

Os insistentes pedidos de paciência fizeram com que a sociedade se desiludisse com os Estados em geral, acarretando um sentimento de antiestatismo. E os Estados que perderam sua legitimidade não desempenham de forma satisfatória suas funções de garantidores do quase-monopólio, prejudicando os capitalistas³⁹.

Para Wallerstein, a crise atual é a “crise terminal”⁴⁰ do capitalismo. O mundo estaria em uma fase de transição, acarretando um sistema altamente desigualitário. Contudo, tal desigualdade poderá ser combatida - ou não – de forma criativa, mediante a intervenção humana⁴¹. Ou seja, o capitalismo estaria prestes a sucumbir, em razão “dos limites impostos à acumulação de capital, de um lado, e do colapso da sua sustentação política, de outro”⁴². Os capitalistas, como já exposto, estão enfraquecendo cada vez mais, em razão do aumento dos salários, do preço da matéria-prima do valor dos impostos, enquanto, ao mesmo tempo, está sendo “cada vez mais difícil de manter legitimidade política”.⁴³ Ou seja, não há confiança em políticos que mudem ou, ao menos, tentem mudar o *status quo*.

Tangenciando o pensamento de Wallerstein, há outras inúmeras questões e fenômenos, que deverão ser estudados, decorrentes da sobreposição do internacional sobre o nacional. Tais questões são de ordem econômica, institucional, política, social e cultural.

No campo econômico, enumeram-se, a título de exemplo, alguns fenômenos: novas formas de configuração de poder, advindas do aumento do intercâmbio comercial em mercados inter cruzados; internacionalização do sistema financeiro; surgimento de novos produtos que não tem envolvimento com o sistema produtivo; avanço da mercantilização da propriedade intelectual. Os fenômenos mais importantes para este trabalho são: a concentração do poder empresarial e a consequente consolidação de um sistema de corporações globais, que enfraquece

³⁹ WALLERSTEIN, op. cit., 2004, p. 73/74.

⁴⁰ Ibid., p. 74.

⁴¹ Ibid., p. 76.

⁴² WALLERSTEIN, Immanuel. Entrevista concedida a Gustavo Opschpe para a Folha de São Paulo, em 17 de outubro de 1999. Especial para Folha Editoria: MAIS!; p. 5-9. Disponível em <<http://www.globalizacion.org/biblioteca/WallersteinRuinaCapitalismo.htm>> em 21 de dezembro de 2011.

⁴³ Ibid.

progressivamente o poder do Estado, e a universalização e o acirramento da concorrência em escala global⁴⁴.

No campo institucional, destacam-se: internacionalização das decisões econômicas; dificuldade de serem estabelecidas regras estáveis; esgotamento da idéia de hierarquia como princípio ordenador da vida social; inexatidão da divisão entre o estado e a sociedade; desuso da idéia de território como fundamento/objeto do Estado; relativização da importância das fronteiras. No campo político, é rompida a aliança entre Estado, sistema econômico e democracia representativa. No campo social, é ressaltada a diferenciação funcional no campo jurídico. No campo cultural, é destacada a constituição de imaginários coletivos mundializados e a perda do Estado da definição do sentido de vida coletiva⁴⁵.

Uma das consequências da “reestruturação do capitalismo”, provocada pela globalização, se refere à diferenciação socioeconômica, que é a tendência da economia ser dividida em sistemas e subsistemas que atuam em níveis diversificados, especializados e interdependentes. Neste contexto, os setores (administrativo, técnico, educacional, comercial, científico, financeiro e produtivo) e seus principais agentes (empresas, associações e grupos de interesse) se subdividem continuamente, exercendo, cada vez mais, atividades especializadas. Uma das consequências da progressiva diferenciação socioeconômica é a dificuldade em hierarquizar as funções e os papéis dos setores ou agentes, pois nenhum sistema especializado se sobrepõe a outro (nenhum sistema é mais importante que os demais).

Assim, é difícil para o Estado alcançar o “interesse público” e o “bem comum”, uma vez que cada sistema especializado apenas vê estes princípios a partir de sua perspectiva, tornando a visão global prejudicada.

Cada sistema e subsistema tende a definir suas próprias regras e procedimentos de forma autônoma⁴⁶. A autonomia dos sistemas e subsistemas, com a criação de suas regras próprias (auto-regulação), é uma das causas da ampliação da complexidade do sistema jurídico. Isto porque, os legisladores passam a estar:

⁴⁴ FARIA, op. cit., 2010, p. 4.

⁴⁵ Ibid., p. 5.

⁴⁶ Ibid., p. 24/25.

(...) diante do desafio de ter de neutralizar, por meio de regras gerais, abstratas e impessoais e de mecanismos processuais excessivamente rígidos e hierarquizados, as pressões, as tensões e os conflitos decorrentes dos vínculos pluridimensionais entre os diversos âmbitos e níveis sociais, e ainda leva toda a legislação por eles editadas a ter sua efetividade condicionada à aceitação de suas prescrições justamente pelos distintos sistemas que ela deveria disciplinar, enquadrar, regular e controlar.⁴⁷

Como se viu, a progressiva auto-regulação dos sistemas e subsistemas autônomos faz com que não exista um sistema hierarquicamente superior, com a função de direção e controle sobre os demais sistemas e subsistemas, o que dificulta a ação do Estado, com o fim de atingir o “interesse público” e o “bem comum”. E qual o papel do direito positivo neste contexto de sistemas complexos e dinâmicas centrifugas?

A tendência da integração dos sistemas produtivo e financeiro, em escala global; do acirramento e universalização da concorrência comercial; do aumento das corporações transacionais; e da expansão da auto-regulação dos mercados, cada qual com sua regulação, valores e práticas, faz com que “o processo legislativo do Estado-nação e os mecanismos de controle de constitucionalidade das leis a ele associados parecem ter chegado a uma situação de esgotamento funcional ou de exaustão sistêmica”⁴⁸. Ou seja, o direito positivo passa a ter sua importância subjugada na comparação com a regulação, valores e práticas específicas dos agentes econômicos.

As funções do Estado de regular a sociedade, gerir a economia e compatibilizar as lógicas dos mercados e da vida comunitária não são mais possíveis de serem atingidas de forma binária (ex.; constitucional vs. Inconstitucional, legal vs. ilegal etc)⁴⁹. O direito não fica mais restrito ao seu sistema; ele se relaciona com os outros sistemas (político, econômico etc) e suas soluções também acabam por ter como base, direta ou indiretamente, não apenas os pressupostos do sistema jurídico.

⁴⁷ FARIA, op. cit., p. 26.

⁴⁸ Ibid., p. 53.

⁴⁹ Ibid., p. 55.

Como resultado, aumenta-se gradativamente os níveis de incerteza jurídica, o que “introduz fatores adicionais de risco aos negócios, aumenta os spreads bancários, encarece o custo do dinheiro, quer para os agentes econômicos, quer para os consumidores, e desestimula as aplicações não-especulativas e os investimentos de médio e longo prazos”⁵⁰.

O risco legal aparece nos mercados financeiros quando há interpretação diversa da lei (em uma transação comercial ou financeira) ou quando o comportamento de algum participante do mercado dá ensejo um novo entendimento legal (diferente do anteriormente aplicado). O risco legal é o risco de perda (i) como o resultado de uma transação que não teve o efeito legal esperado por um dos contratantes ou (ii) como o resultado de reclamações adversas⁵¹. Como se vê, em ambos os casos de risco de perda, há o envolvimento do direito, que não conseguiu conceber a solução necessária para a questão de fato.

O Estado, sem condições de regular ou intervir diretamente na economia, passa a substituir as normas abstratas, gerais e impessoais por normas particularizantes, específicas e finalísticas. O Estado tem consciência de que não pode controlar como controlava e passa a agir de forma mais contida⁵². Outra possível reação do Estado é a tendência ao restabelecimento da estrutura tradicional:

A distância entre sua vontade e a realidade, entre a lei e sua aplicação, vai crescendo. Diminuídos seus poderes de coação, o Estado tem que compartilhá-los com outras forças que transcendem o nível nacional e que, segundo sua posição na hierarquia mundial, o determinam. Incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura liberar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. As forças econômicas e sociais, as outras instâncias, internacionais e regionais ou locais, que podem pretender desempenhar um papel mais ativo que antes na regulação social, querem recuperar partes das prerrogativas do Estado Nacional. Assistimos, assim, a um movimento que tende a salvar o ‘aparato’ estatal tradicional. Esse fenômeno tem sido visível no nascer (ou no

⁵⁰ FARIA, op. cit., 2010, p. 56.

⁵¹ McCORMICK, Roger. *Legal risk, Law and justice in a globalising financial market*. Law and Financial Market Review, July, 2007, p. 283.

⁵² FARIA, op. cit., 2010, p. 56.

renascer) de reivindicações federalistas, regionalistas ou nacionalistas na maior parte da Europa, a partir da destruição do Estado anterior, como na ex-Iugoslávia e ex-União Soviética.⁵³

Os operadores do direito têm duas reações à nova realidade estatal. A primeira se refere à adoção de um comportamento distante das leis, deixando de aplicá-las em determinados casos ou aplicando-as de modo seletivo, conforme a situação. A segunda reação envolve duas estratégias complementares, sendo uma delas definida como processo de desjuridificação e a outra de procedimentalização do direito. Em ambos, a finalidade é “desvincular o Estado de suas funções controladoras, reguladoras, diretoras e planejadoras no âmbito da economia, levando-o a se render ao pluralismo jurídico e à substituição da tradicional rigidez hierárquica dos códigos e das leis pela diversidade e pela flexibilidade normativa”⁵⁴.

O processo de desjuridificação pode ser concebido como a deslegalização e desconstitucionalização de direitos e a criação de mecanismos novos de resolução de conflitos. A procedimentalização do direito ocorre quando o Estado passa a não decidir o conteúdo das leis, deixando de estabelecer procedimentos, para que os setores possam negociar entre si as alternativas normativas adequadas aos seus interesses. Estes procedimentos fomentam a cooperação entre os atores sociais e estimulam a auto-organização e auto-regulação de corporações, devido ao espaço deixado pelo Estado para ações privadas⁵⁵.

A desjuridificação e a procedimentalização do direito estão sendo utilizadas pelo Estado atualmente em razão da sua relação custo/benefício. De fato, a utilização do direito positivo como instrumento de planejamento e direção econômica, no contexto da globalização, não é o ideal. Por outro lado, com os mecanismos normativos simples, os governantes lidam com questões cada vez mais sofisticadas⁵⁶. Assim,

⁵³ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*, 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 19 *apud* ROTH, André-Noël. *O Direito em crise: fim do Estado Moderno*.

⁵⁴ FARIA, op. cit., 2010, p. 58.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 60.

(...) quanto mais tentam controlar, disciplinar, regular e intervir, menos conseguem ser eficazes, menos conseguem obter resultados satisfatórios, menos conseguem manter a coerência lógica e menos conseguem assegurar tanto a organicidade de seu direito positivo quanto a efetividade de suas instituições judiciais.⁵⁷

Não restaria, portanto, outro caminho para os governantes senão procurarem controlar, disciplinar, regular e intervir o mínimo possível, limitando-se apenas a assegurar o adimplemento dos contratos, a propriedade privada, a repressão à violência, a segurança pública e a coexistência dos agentes livres.

As consequências da desjuridificação e procedimentalização do direito são problemáticas: (i) a desregulamentação de alguns setores (planos industrial, comercial, financeiro, social, trabalhista, sindical, previdenciário e educacional, por exemplo) ocorre paralela à regulamentação e alargamento em outros (no plano penal, ambiental e sanitário); (ii) a desregulamentação exige maior intervenção administrativa com a produção normativa mais específica, concentrando as decisões no Executivo e reduzindo a capacidade legislativa do Congresso, ou seja, o Estado passa a intervir para poder deixar de intervir; (iii) a deslegalização e desconstitucionalização interferem em atos juridicamente perfeitos, revogam normas constitucionais e alteram as condições dos contratos assinados antes das modificações das leis, o que faz com que os atores sociais procurem o poder judiciário para preservar o direito adquirido e os compromissos assumidos. Apesar de o Poder Judiciário ser independente para julgar, em alguns casos ele não tem a coerção e o meio necessário para coagir o Poder Executivo a acatar as suas sentenças e, quando pode fazê-lo, o Poder Judiciário é acusado de extrapolar as suas funções e invadir a competência de outros poderes, comprometendo a Economia e provocando o fenômeno da judicialização da política; (iv) a deslegalização e desconstitucionalização abre caminho para “uma intrincada articulação de sistemas e subsistemas socioeconômicos internos e externos – e, por tabela, para a coexistência de padrões de regulação e normatividade [são três tipos ideais de coexistência de padrões de regulação e normatividade: (a) complementaridade, quando os padrões operam ao mesmo tempo a partir dos mesmos objetivos, (b) rivalidade, quando as formas de regulação e normatividade

⁵⁷ FARIA, op. cit., 2010, p. 60.

desempenham as mesmas tarefas e competem para deter o controle do processo e (c) hibridez, quando os antigos e novos padrões de regulação e normatividade agem de modo complementar e também tendem a convergência e integração]”⁵⁸.

As tendências, neste último caso do item (iv), são três: uma parte do direito positivo do Estado é submetida à convergência e harmonização legislativa, com a sobreposição dos interesses regionais sobre os interesses nacionais; outra parte do direito positivo é internacionalizada pela normatividade produzida pelas corporações globais e pelo sistema financeiro; e uma terceira parte do direito positivo está se acabando em razão da força de determinadas situações criadas por quem detém o poder econômico (por exemplo, a criação e o aumento de normas paralelas supra e infra-nacionais, uma vez que as corporações empresarias tendem a criar as regras necessárias para o seu funcionamento e a juridificar suas áreas de atuação)⁵⁹.

Todas as questões aqui apontadas são frutos da globalização econômica e também das transformações econômicas e políticas ocorridas no último século. Tais transformações econômicas alteraram as estruturas de trabalho, produção e riqueza, garantiram a rapidez dos fluxos transnacionais de informações e capitais, geraram novos padrões de competição internacional, incrementaram o comércio intrafirmas, possibilitam a interpenetração de empresas e mercados, romperam as bases socioeconômicas do Estado nacional, exponenciaram tensões monetárias e fiscais e propiciaram uma ordem mundial fortemente assimétrica⁶⁰.

José Eduardo Faria descreve como hipóteses para o futuro do direito e do Estado cinco cenários possíveis, com diferentes graus de exequibilidade, sendo que as três primeiras abaixo relacionadas o autor considera ter menor potencial de exequibilidade⁶¹.

A primeira hipótese diz respeito a uma integração dos mercados de capitais através da fusão entre a Bolsa de Nova Iorque (NYSE) e a Euronext, em função dos projetos de uma legislação bancária e financeira em âmbito mundial e

⁵⁸ FARIA, op. cit., 2010, p. 60.

⁵⁹ Ibid., p. 60 a 63.

⁶⁰ FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41/42.

⁶¹ Ibid., p. 43, 44 e 61.

das propostas de criação de um conselho global de coordenação econômica no âmbito da ONU e de um sistema internacional de justiça. Esta hipótese quer um processo de convergência, harmonização e unificação das legislações dos países do mundo em alguns campos. Nesse sentido, a idéia é a criação, no plano econômico-financeiro, do que já há no plano do comércio, priorizando o direito internacional sobre o direito dos Estados até a institucionalização de uma constituição mundial. Tais instituições globais não acarretariam o desaparecimento do Estado; este último teria seus reformulados, baseando-se em uma nova democracia global, de forma que suas normas e regimes de regulação seriam em mais um entre as diversas referências da ordem mundial⁶².

Verificar-se-á no capítulo 4, que existe um projeto de criação de um órgão que trate de direito concorrencial em âmbito mundial. O assunto é bastante controvertido, pois nem todos os Estados tratam da mesma maneira o direito da concorrência, além do fato de que subsistem os interesses econômicos locais.

A segunda hipótese se refere a uma expansão das legislações nacionais, com o fim de intervir de forma controladora e reguladora, para atender às demandas de emprego e bem estar social durante o período de desequilíbrio financeiro. Há duas variantes neste modelo. A primeira variante é a prevalecente nos países do leste europeu, baseando-se em políticas públicas criadas para aumentar a capacidade produtiva nos setores prioritários para o desenvolvimento (desenvolvimento científico e inovação tecnológica), estes Estados reformularam os antigos instrumentos de intervenção na economia de controle concorrencial dos mercados e de apoio à iniciativa privada⁶³. A estratégia foi a seguinte:

Graças a um complexo aparato burocrático conjugado com técnicas de planejamento, mecanismos regulatórios, capacidades de coordenação, estímulo à inovação tecnológica em setores econômicos estratégicos, formação de *joint ventures* cooperativas de pesquisas entre centros de ensino superior e empresas particulares com compartilhamento de riscos e fruição de direitos de propriedade intelectual, desestímulo às importações de produtos acabados, taxas de juros preferenciais, subvenções temporárias e oferta de crédito farto a determinados setores empresariais, os Estados do leste

⁶² FARIA, op. cit., 2011, p. 44 e 45.

⁶³ Ibid., p. 46 e 47.

asiático há muito tempo vêm formulando ativas políticas de investimento industrial, implementando agressivos programas de exportações, patrocinando parcerias público-privadas etc. (...). E, caminhando na linha de um reforço mútuo das potencialidades máximas de cada parte, eles também passaram a combinar instrumentos de indução de alocação do capital no mercado com instrumentos contratuais e societários de participação de instituições estatais no capital de conglomerados privados.⁶⁴

Como se vê, a formação de *joint ventures* cooperativas de pesquisas entre centros de ensino superior e empresas particulares é uma das estratégias utilizadas pelos países do leste europeu para superar a crise. Ressalte-se que mesmo fomentadas pelo Estado, tais *joint ventures* prevêm uma divisão dos riscos e um aproveitamento conjunto dos direitos de propriedade intelectual, o que beneficia o empresariado e a instituição de ensino.

A segunda variante destaca a capacidade do Estado de mostrar o seu controle dos recursos estratégicos e produtivos, utilizando uma ampla intervenção controladora e reguladora e a elevação da capacidade fiscal.

A terceira hipótese é a de um direito mundial composto basicamente por entidades internacionais, órgãos intergovernamentais e organismos supranacionais. As suas premissas são (a) a de que nunca haverá um local capaz de centralizar as discussões políticas globais, (b) a de que a justiça social pode ser obtida sem intervenção estatal, sendo resultado, do livre jogo do mercado (seus componentes deveriam ter um mínimo de responsabilidade social, para tanto) e (c) a de que no plano mundial as diferenças territoriais não são substituídas por diferenças funcionais destes territórios. Nesta hipótese, invés de um direito unificado e hierarquizado, o que se tem aqui são normas setoriais, tais como, regras contábeis validas universalmente e códigos de conduta profissional, substituindo as legislações nacionais, sem um mecanismo de coação⁶⁵.

A quarta hipótese incentiva a formação de blocos de integração comercial e de processos de regionalização, a qual se basearia em uma entrega voluntária de aspectos da soberania dos países-membros. A união europeia é o paradigma deste

⁶⁴ FARIA, op. cit., 2011, p. 47.

⁶⁵ Ibid., p. 50 a 52.

cenário, pois, em seis décadas, ela evoluiu de três comunidades setoriais (a do carvão e aço, a de energia nuclear e a econômica) para um espaço único, com sua moeda, livre circulação de mercadorias, serviços, capitais e pessoas e políticas agrícola, comercial, concorrencial e de transportes comuns⁶⁶. Tal cenário é caracterizado “por uma tensão entre confederação de Estados relativamente centralizada (uma união de Estados soberanos) e uma federação relativamente descentralizada (uma comunidade de Estados interdependentes de caráter unitário e relacional).”⁶⁷.

A dificuldade desta hipótese reside no crescente declínio econômico de alguns países europeus e no aumento dos conflitos regionais intraeuropeus, acarretando um desentendimento de opiniões dos países membros. A questão é prever o nível de tensão institucional e política que a União Européia poderá suportar caso os países endividados queiram abandonar a moeda única e voltar para as suas antigas moedas, com a justificativa de que o euro é influenciado pela maior economia da União Européia, a Alemanha. Em reação a estes países, estudiosos da Alemanha e da França vêem a possibilidade da criação de um Fundo Monetário Europeu (inicialmente nos moldes do Fundo Monetário Nacional) com o objetivo de ajudar os países mais endividados, reduzindo situações de instabilidade, salvaguardando a confiança dos mercados, mitigando crises de dívidas soberanas, afastando possibilidade de moratórias e se protegendo de riscos sistêmicos⁶⁸.

Finalmente, a quinta hipótese é a de expansão dos sistemas privados de governança da atividade econômica, sem colidir com o direito positivado pelo Estado. Tais regimes normativos privados não são isolados um do outro e nem do Estado; eles se articulam em redes, sendo que o Estado desempenha um papel importante, mas não mais exclusivo e dominante. Trata-se de uma hipótese de caráter policêntrico da governança corporativa transnacional, com base na interação de sistemas de *soft law*⁶⁹. Neste sentido:

⁶⁶ FARIA, op. cit., 2011, p. 52.

⁶⁷ Ibid., p. 53.

⁶⁸ Ibid., p. 53 a 55.

⁶⁹ Ibid., p. 56.

(...) a tendência é que saúde e bem-estar social em princípio permaneçam limitados às fronteiras nacionais, enquanto finanças, moeda, comércio, clima, proteção ambiental, telecomunicações, defesa dos direitos dos consumidores, energia nuclear, fontes de energia, propriedade intelectual, transportes aéreos e marítimos, segurança e combate ao terror e ao crime organizado sejam internacionalizados, do ponto de vista do seu tratamento jurídico.⁷⁰

José Eduardo Faria não apresenta especificamente o tema concorrência no rol das atividades a serem internacionalizadas. Contudo, se o autor inclui o direito do consumidor neste rol, o direito da concorrência também poderia ser incluído na medida em que ele não só protege os agentes econômicos, mas, também os consumidores. Lembrando que, como dito anteriormente, a internacionalização desta matéria é controvertida.

Este último modelo conta com a intervenção de diferentes atores e distintas fontes normativas, quais sejam, fontes supranacionais (mediante a transferência da competência legal dos Estados para organismos multilaterais), fontes privadas (procedimentos e práticas regulatórias desenvolvidas por entidades empresariais), fontes técnicas (elaboradas com base científica e no conhecimento especializado) e fontes comunitárias (elaborada com base na capacidade de mobilização da sociedade, com a intermediação de ONGs e movimentos sociais)⁷¹. Em resumo, “este é um modelo de direito dotado de enorme flexibilidade e ampla adaptabilidade às exigências de sistemas sociais e econômicos cada vez mais complexos.”⁷²

Como dito anteriormente, os três primeiros cenários são menos exequíveis; os dois últimos são mais exequíveis. Duas estratégias dos Estados permitem a afirmação acima. A primeira estratégia exigiu uma revisão das políticas legislativas tradicionais, pois implicou em um enxugamento do ordenamento jurídico e em um estímulo à sociedade para que se desenvolvesse nos espaços livres mecanismos de autocomposição de interesses. A segunda estratégia consistiu em

⁷⁰ FARIA, op. cit., 2011, p. 57.

⁷¹ Ibid., p. 58.

⁷² Ibid., p. 59.

propiciar aos atores sociais e econômicos condições para que possam discutir entre si o conteúdo das normas⁷³.

Desregulamentação e deslegalização não significam menos direito, mas sim menos direito positivo e menos mediação das instituições políticas na produção de regras, em benefício de outras formas de normas e contratos, bem como, a auto-regulação e autocomposição dos conflitos. Simplificando, este sistema compreende (a) um nível local ou regional, (b) um nível nacional, representado por uma constituição, (c) um nível supranacional, referindo-se à organização do Estado dentro de estruturas institucionais de integração econômica e política, (d) um nível transnacional, compreendendo um direito administrativo implementado pelo atores estatais e não estatais atuantes além das fronteiras nacionais, (e) um direito internacional público formado pelos tratados efetuados entre os Estados, (f) um direito internacional público de alcance global, que compreende tratados entre Estados sobre políticas setoriais, como finanças, bancos, comércio, energia nuclear, telecomunicações, transportes aéreos, transportes marítimos, meio ambiente, migração, segurança, combate ao terrorismo e crime organizado etc.⁷⁴

Restariam duas linhas de intervenção normativa na economia e na sociedade. A primeira seria a de normas de direito societário, falimentar, econômico, administrativo, concorrencial, antitruste e penal-econômico, por meio de autarquias ou agências reguladoras, estimulando o livre jogo do mercado, a regulação da concorrência, a definição das formas e níveis aceitáveis de concentração empresarial, o combate ao abuso do poder econômico, o controle das condutas anticoncorrenciais e a proteção dos cidadãos contra o poder de monopólio. A segunda é de caráter basicamente social, concentrando os gastos sociais num público-alvo bem definido, que estejam em situação-limite de sobrevivência. Entre essas duas linhas – o “piso social” e o “teto econômico” – tudo é passível de livre negociação e autocomposição.⁷⁵

Portanto, a matéria tratada nesta dissertação, o direito concorrencial, seria responsabilidade do Estado nacional, posto que se trata de regulação do “teto

⁷³ FARIA, op. cit., 2011, p. 61 a 63.

⁷⁴ Ibid., p. 67.

⁷⁵ Ibid., p. 73 a 75.

econômico”. A outra matéria tratada nesta dissertação, a *joint venture*, poderia ou não fazer parte do “teto econômico”. No caso das *joint ventures* societárias, estas fariam parte do “teto econômico”, pois é formada uma nova pessoa jurídica (ou ocorreria a alteração societária de uma pessoa jurídica já existente), o que envolve matéria de direito societário e, eventualmente, matéria de direito concorrencial (o Estado poderia visualizar a formação desta *joint venture* por seus meios institucionais). No caso das *joint ventures* contratuais, estas não fazem parte do “teto econômico”, pois elas são formadas por um contrato, que não envolve matéria de direito societário, mas, eventualmente, envolveria matérias de direito concorrencial (o Estado não consegue visualizar a formação desta *joint venture* por seus meios institucionais). E a importante problemática quanto às *joint ventures* contratuais é exatamente o local que elas se encontram neste modelo: entre o “teto econômico” e o “ piso social”, onde tudo é passível de livre negociação e autocomposição, ou seja, onde o Estado não regula efetivamente.

2.2 O direito e a observação da economia

A teoria dos sistemas autopoieticos de Gunther Teubner define o direito como

(...) um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto o sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.⁷⁶

Esta definição de *autopoiesis* jurídica não é aceita de forma pacífica, tanto por quem recusa completamente a teoria autopoietica, quanto pelos defensores desta. Para os defensores desta idéia, o direito quando intervém em outros sistemas

⁷⁶ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*, trad. e pref. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 53.

apenas observa este outro sistema - a economia, no caso em comento - e age por meio de um comando jurídico. Assim, aquilo que para a maioria dos doutrinadores, tal como José Eduardo Faria, é uma intervenção, para Teubner é apenas uma observação do direito quanto às operações e o planejamento da economia de uma determinada maneira.⁷⁷

A consequência prática de uma suposta intervenção econômica seria que tal comando jurídico na economia poderia não acarretar alteração alguma na atividade empresarial. Isto porque nem sempre os administradores obedecerão às leis de regulação econômica. Assim, na medida em que o administrador desrespeita e não há sanção, não há intervenção do direito na economia.⁷⁸

No caso da *joint venture* contratual, como se trata de um instrumento meramente contratual (como dito acima, entre o “teto econômico” e o “piso social”), é possível que exista uma infração à ordem concorrencial sem sanção. Ato contínuo, não haveria intervenção econômica na prática.

Neste sentido, para a teoria autopoiética, o direito ao impor, por exemplo, um congelamento de preços, não intervém na economia, mas apenas a observa por meio de um comando jurídico que determina o controle dos preços. Assim, aquilo que aparentemente é “regulação externa transmuta-se em simples auto-observação, pela qual o direito, através do mecanismo normativo do controlo de preços, se limita meramente a observar as suas próprias operações e a imaginar o funcionamento do sistema econômico deste ou daquele modo”⁷⁹. Em outras palavras:

As intervenções do direito na economia devem ser entendidas como observações recíprocas entre dois sistemas de comunicação hermeticamente fechados e autônomos. O direito ‘inventa’ uma imagem da economia, formulando as respectivas normas com referência a tal imagem do direito, processando os actos de pagamento também com referência a esta. (...) a verdade é que isto jamais nos conduzirá das concepções jurídicas do sistema econômico à realidade do próprio sistema econômico.⁸⁰

⁷⁷ TEUBNER, op. cit., 1989, p. 53 e 156.

⁷⁸ Ibid., p. 160 *apud* Easterbrook/Fischel (1982), *Antitrust Suits by Targets of Tender Offers*, 1177.

⁷⁹ Ibid., p. 156.

⁸⁰ Ibid., p. 160.

A norma, como uma operação cognitiva e normativa que não poderá ser transferida para o sistema econômico, pode ser ou não obedecida pelos grupos empresariais. A prática destes grupos está distante das construções teóricas, notando-se que a evolução do direito ocorre por meio de elementos não jurídicos. Por exemplo, no direito empresarial, o direito exerceu uma função de estabilização das formas de organização desenvolvidas pelos próprios empresários.⁸¹

Fato é que, para quem segue esta doutrina, a realidade do sistema econômico é diferente do que o direito preceitua ou entende sobre o sistema econômico. O direito da concorrência é um ramo do direito em que é necessário que os governantes conheçam o funcionamento da economia. Nessa teoria, a economia seria compreendida somente dentro do seu sistema, sendo impossível a compreensão da economia fora do sistema econômico.⁸² Portanto, para os adeptos desta teoria, o direito da concorrência não aplicaria os conceitos econômicos na forma jurídica.

Tal conclusão é parcialmente correta. O direito analisa as prováveis condutas anticompetitivas no contexto econômico, ou seja, analisa o mercado e o Cade, ao julgar determinado abuso do poder econômico, que visa a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros, também analisará o mercado sob a perspectiva jurídica. Em ambos os casos, a economia é entendida e transportada para o universo jurídico. Ou seja, a economia é compreendida dentro do sistema jurídico.

A parte correta da conclusão de Teubner é verificada quando analisamos a *joint venture* societária. De fato, o legislador, como mencionado no parágrafo anterior, verifica as prováveis condutas anticompetitivas no contexto econômico quando elabora a norma e o Cade analisa juridicamente o mercado ao julgar abuso de poder econômico. Isto porque o Estado tem condições de fiscalizar a *joint venture* societária, devido a sua formalização perante a sociedade, a economia e o próprio Estado. Contudo, para a *joint venture* contratual esta equação não funciona.

⁸¹ TEUBNER, op. cit., 1989, p. 249 e 251.

⁸² Ibid., p. 160 e 161.

A *joint venture* contratual é um instrumento meramente contratual, situado entre o “teto econômico” e o “piso social”. O legislador editou uma norma que abarca a *joint venture* contratual: a Lei 12.529/2011 cita expressamente a *joint venture* no artigo 90, IV, como associação que pode gerar um ato de concentração. Contudo, qual é o mecanismo que o legislador irá utilizar para coagir o infrator a não realizar o ato de concentração por meio da *joint venture* contratual? Não há forma alguma de coação, porque o ato de concentração realizado de forma contratual está distante das construções teóricas, ou seja, da norma. A norma que impõe a apresentação do ato de concentração ao Cade, neste caso, não influencia os atos praticados na economia.

O mesmo raciocínio deve ser utilizado com relação à análise do Cade. A Superintendência-Geral poderá, de fato, instaurar procedimento investigatório de natureza inquisitorial para apuração de infrações à ordem econômica (art. 66 da Lei 12.529/2011). Contudo, como o Cade procederá à investigação se não há criação formal de uma empresa, com NIRE registrado na Junta Comercial ou CNPJ cadastrado na Secretaria da Receita Federal do Brasil? É muito difícil que o Cade, apesar de todos os recursos que possui, visualize um ato de concentração efetuado por meio de um contrato. Portanto, a norma que dá poderes ao Cade de investigação fica sem efeito. Novamente o ato de concentração realizado de forma contratual está distante das construções teóricas.

2.3 A Dimensão Simbólica

A sociedade pré-moderna com sua formação social diferenciada hierarquicamente teve sua complexidade progressivamente aumentada dando origem à atual sociedade de sistemas diferenciados funcionalmente. A sociedade moderna atual é caracterizada por uma ampla diferenciação sistêmico-funcional, o que a tornou multicêntrica ou policontextual. Este processo de diferenciação sistêmico-funcional tem algumas características: a diferença entre sistema e

ambiente encontra-se em diversos âmbitos de comunicação, ou seja, existem diversas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica; qualquer sociedade é considerada por si mesma como “centro do mundo”, a policontextualidade redundando em uma variedade de descrições da própria sociedade, o que leva a diversas racionalidades conflitantes; não há um centro da sociedade, que observa o restante; não há um mecanismo social a partir do qual os outros possam ser compreendidos⁸³.

A sociedade multicêntrica foi obrigada a desenvolver uma forma de instauração de vínculos de aprendizado e influência entre os diversos sistemas sociais, se não desenvolvesse, estaria condenada à destruição. Estes vínculos entre os vários sistemas sociais são chamados de acoplamentos estruturais, desenvolvidos por Luhmann, eles são uma forma de:

(...) promoção e filtragem de influências e instigações recíprocas entre sistemas autônomos diversos, de maneira duradoura, estável e concentrada, vinculando-os no plano de suas respectivas estruturas, sem que nenhum desses sistemas perca a sua respectiva autonomia. Os acoplamentos estruturais são filtros que excluem certas influências e facilitam outras. Há uma relação simultânea de independência e de dependência entre os sistemas acoplados estruturalmente. As estruturas de um sistema passam a ser, mediante os acoplamentos estruturais relevantes e mesmo indispensáveis à reprodução das estruturas de um outro sistema e vice-versa.⁸⁴

Como exemplo de acoplamento estrutural: na relação entre direito e economia, a propriedade e o contrato são os acoplamentos estruturais entre os sistemas econômico e jurídico. Isto porque no direito o contrato e a propriedade são critérios para definir lícito/ilícito e na economia são instrumentos, critérios e programas para orientação do lucro conforme a diferença entre ter/não-ter. A definição econômica e jurídica é específica a cada um dos sistemas, sendo um primariamente normativo e outro primariamente cognitivo. Mas, a economia não

⁸³ NEVES, op. cit., 2009, p. 20 e 21.

⁸⁴ Ibid., p. 31.

prescinde do direito para o seu desenvolvimento, enquanto o direito pressupõe a dinâmica econômica para inovar os institutos do contrato e da propriedade⁸⁵.

A Constituição é o acoplamento estrutural entre política e direito, que se concretiza com os procedimentos instituídos constitucionalmente, tais como, os judiciais, os administrativos, os legislativo-parlamentares, os eleitorais e os democráticos diretos, sendo que os dois primeiros têm uma ênfase jurídica e os dois últimos, política. A relação estabelecida na Constituição não é de harmonia, mas sim de tensão/complementação, de aprendizado e intercâmbio de experiências entre política e direito. A Constituição transversal implica o vínculo entre dois mecanismos reflexivos estruturais:

(...) por um lado, a Constituição jurídica como conjunto de normas de normas, ou melhor, processo ou estrutura de normatização de processos de normatização; por outro, a Constituição política como decisão de decisão, ou melhor, processo e estrutura decisórios sobre processos de tomada de decisão coletivamente vinculante. Essa transversalidade reflexiva possibilita uma intensificação do aprendizado, mas pode, eventualmente, atuar parasitariamente para um ou ambos os sistemas.⁸⁶

São raras as constituições transversais no Estado moderno. O requisito, como se viu, é o intercâmbio e o aprendizado recíprocos entre experiências das racionalidades política e jurídica. Quando um sistema se subordina a outro, especialmente do direito à política, não há uma Constituição transversal apta a promover o mencionado aprendizado e intercâmbio recíproco, construtivo e duradouro de experiências. Outra hipótese de incoerência de Constituição transversal é a falta de organização política territorial centralizada. Nos regimes autocráticos também não se pode desenvolver uma Constituição transversal, tanto no totalitarismo mais radical, quanto no menos radical⁸⁷.

Marcelo Neves questiona se a paradoxal “periferização do centro” na sociedade mundial pode levar a uma situação em que as constituições transversais

⁸⁵ NEVES, op. cit., 2009, p. 31 e 32.

⁸⁶ Ibid., p. 55 e 56.

⁸⁷ Ibid., p. 70 e 71.

do Estado democrático de direito do ocidente desenvolvido transformem-se em constituições simbólicas⁸⁸.

As constituições simbólicas advêm de uma situação paradoxal do aumento das obrigações do Estado e da redução da capacidade do direito em dirigir as condutas sociais. O fracasso da lei como instrumento não é um problema de ineficácia das normas jurídicas. Uma quantidade grande de leis tem funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica (ou seu sentido jurídico próprio). A legislação simbólica é a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”⁸⁹.

Ou seja, a norma revela um exagerado sentido político, na forma de um aparente sentido normativo-jurídico. Um exemplo de legislação simbólica pode ocorrer (não significa que ocorrerá com certeza) quando o legislador inclui na Constituição uma pretensão de produzir normas relativas a um determinado assunto e não as produz. Outro exemplo de legislação simbólica pode ocorrer quando uma nova lei é criada apenas para confirmar outra lei, sem novos resultados, com o intuito de ligar o Estado com determinado valor ou finalidade protegido por ele⁹⁰.

A legislação simbólica destina-se, primordialmente para: confirmar valores sociais como meio de diferenciação de grupos e de seus valores⁹¹; produzir a confiança dos cidadãos no sistema político e jurídico⁹²; adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios (ineficácia da lei, que revela a solução para um futuro indeterminado)⁹³.

Não é possível afirmar que a legislação de direito concorrencial seja simbólica. A legislação brasileira tem eficácia na limitação do poder econômico, na medida em que os atos de concentração realizados na forma societária são efetivamente passíveis de controle. Não só as *joint ventures* societárias, mas também as fusões, as aquisições, as incorporações realizadas na forma societária

⁸⁸ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 30.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 31 e 33.

⁹¹ *Ibid.*, p. 35.

⁹² *Ibid.*, p. 36.

⁹³ *Ibid.*, p. 41.

poderão ser investigadas pela Superintendência-Geral do Cade. Assim, a legislação tem efetivamente poder de coação sobre tais atos de concentração.

Desta forma, não há cabimento afirmar que a Constituição e a Lei 12.529/2011 são simbólicas. O direito, de fato, no caso das associações societárias, tem capacidade de dirigir as condutas sociais. Apenas os atos de concentração realizados na forma contratual estão distantes das construções teóricas, como já abordado no subcapítulo anterior.

3 Contratualização, Companhias Globais, Cooperação e Concentração Empresarial

3.1 O Fenômeno da Contratualização e as Companhias Globais (ou Corporações Transnacionais) criadas por meio dos contratos

O fenômeno da globalização reduziu os custos dos transportes e da comunicação, facilitando a associação das empresas, que poderá ser efetuada de diversas maneiras, tanto contratuais, quanto societárias. O ordenamento jurídico brasileiro assegura a liberdade de associação:

Se há liberdade de associação, independentemente de autorização governamental, é lícita qualquer forma de concentração econômica resultante de uma associação entre empresas, desde que, é óbvio, dessa associação não resulte afronta ao princípio da livre iniciativa, nem resulte de abuso de poder econômico. Mesmo porque o dispositivo constitucional (art. 5º, XVII) dispõe que há liberdade de associação para fins lícitos, ou seja, para fins não-vedados por lei.⁹⁴

As associações podem ser feitas tanto na forma societária, quanto na forma contratual. Note-se que a forma contratual é a tendência atual das associações, baseado em um Estado menos intervencionista, que objetiva com isso dar mais eficiência às transações:

(...) ocorreu o que se denominou a contratualização dos mercados, passando as convenções não somente a reger as relações entre as partes, mas a desempenhar também o papel de instrumento de organização, quer em relação a determinadas sociedades, quer no tocante a verdadeiros mercados, nos quais funcionam numerosos parceiros ou concorrentes.⁹⁵

⁹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de, SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998, p. 115.

⁹⁵ WALD, Arnoldo. *A Arbitragem e os Contratos Empresariais Complexos*. In: Revista de Arbitragem e

Os contratos são atualmente um importante instrumento utilizado pelos agentes econômicos para efetivar suas transações negociais. Uma das principais características do contrato atual é a sua flexibilidade. Em contrapartida, antigamente, o contrato era um instrumento perene, imóvel às transformações econômicas e legislativas). Atualmente “(...) o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial (...)”⁹⁶.

Ao contrato atual não interessa a divergência de entendimentos, mas sim a realização de uma parceria, na qual as partes sejam beneficiadas por igual. Assim, poderia ser admitida a anulação de um contrato por lesão, a revisão em função de excessiva onerosidade, a cessão do contrato e a assunção da posição contratual, a oponibilidade das cláusulas contratuais a terceiros não contratantes, a substituição de cláusulas e a mitigação das sanções. Tudo isso confere uma plasticidade ao contrato, que transforma a sua própria natureza⁹⁷, conferindo um aumento da liberdade de negociação das partes:

(...) nas relações internacionais, a liberdade contratual está sendo ampliada, e a *Lex Mercatoria* nos indica a presença de um contrato no qual as partes escolhem a lei aplicável e o foro competente, eventualmente substituído pelo juízo arbitral, reduzindo-se, cada vez mais, o âmbito de aplicação da ordem pública internacional.⁹⁸

Para tratar do fenômeno da contratualização é indispensável a apresentação do instituto da *lex mercatoria*, explicado por Francesco Galgano:

È, in origine, il "ius mercatorum" o "lex mercatoria", ed è tale non solo perché regola, l'attività dei mercatores, ma anche e soprattutto perché è diritto creato dai mercatores, che nasce dagli statuti delle corporazioni mercantili, dalla consuetudine mercantile, dalla

Mediação, ano 2, n. 7, out./dez. de 2005, p. 12.

⁹⁶ WALD, Arnoldo. *Obrigações e Contratos*, 17. ed. rev., ampliada e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Desembargador e Professor Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 201.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 202.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 207 e 208.

giurisprudenza della curia dei mercanti. È "ius mercatorum", direttamente creato dalla classe mercantile, senza mediazione della società politica, imposto a tutti nel nome di una classe, non già nel nome dell'intera comunità; e ciò quantunque la classe mercantile fosse classe politicamente dirigente, forza do governo della società comunale, che poteva dettare legge - e in altre sfere di rapporti dettava legge - per il tramite delle istituzioni pubbliche, nel segno dell'autorità comunale. Le regole del commercio vennero così sottratte alla "compromissoria" mediazione della società politica; esse poterono, al tempo stesso, varcare i confini comunali ed espandersi, come regole professionali della classe mercantile, fin dove si estendevano i mercanti.⁹⁹

A *lex mercatoria* é, em poucas palavras, o direito criado pelos comerciantes, sem interferência do Estado, para regular as atividades do comércio. Este direito tinha como base os hábitos e costumes dos comerciantes e ele se estendia na medida em que os comerciantes ultrapassavam as fronteiras, ou seja, a *lex mercatoria* acompanhava os comerciantes, independentemente do local em que eles estavam; tratava-se de uma lei universal.

No final da Idade Média, os Estados se organizaram e os reis tomaram o poder. Com a ascensão da monarquia, a burguesia perdeu seu controle sobre as normas e a antiga *lex mercatoria* foi substituída pelo direito criado pelos Estados (tal transição ocorreu na França, com os Decretos de Francisco II e Carlos IX, em 1560 e 1563). Não havia mais o direito universal dos comerciantes, que foi substituído pelo direito nacional dos Estados. Os tribunais de comércio, que eram formados pelos antigos comerciantes, foram substituídos pelos tribunais do Estado, formados por juízes eleitos por uma assembleia de comerciantes e nomeados pelo rei¹⁰⁰.

Os Estados estruturaram o direito comercial (e o direito em geral) na forma de códigos, o que permanece assim até hoje. Contudo, Francesco Galgano defende um ponto de vista que inclui o renascimento da *lex mercatoria* na era pós-industrial.

A situação econômica atual não requer uma alteração na estrutura do direito; a regulação ainda poderá ser efetuada por meio dos códigos, que dispõem

⁹⁹ GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: Universale Paperbacks il Mulino, 2001, p. 9.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 53 e 54.

normas gerais e abstratas, originalmente criadas para compra e venda de bens e serviços. Mas há uma razão para que o direito estatal não precise ser alterado:

But the reason this law did not change is that now the instruments that make legal transformations are no longer statutes. It is the contract which now constitutes a legal change. Traditional legal concepts do not include the contract among sources of law. But if we continue to conceive of the contract as a mere application of the law, and not as a source of law, we will preclude the possibility of understanding how the law of our times is changing. The contract is taking the place of the law, even in the organization of society.¹⁰¹

Como se vê, o direito estatal não precisa ser alterado, pois o contrato é o responsável pela regulação das novas transações na sociedade. Aliás, o contrato não deve ser visto como uma forma de aplicação do direito prescrito nos códigos, mas sim como uma fonte de direito.

É inadequada a mudança do direito estatal na era pós-industrial, sendo a utilização dos contratos uma via muito mais adequada. Isso se deve a duas características da atual economia. A primeira característica se relaciona ao fato de que a economia ultrapassa o âmbito nacional, enquanto o direito estatal permanece no âmbito nacional. A segunda característica se refere ao fato de que a economia muda rapidamente, enquanto o direito é modificado de forma lenta¹⁰². Ora, apenas um instrumento flexível como o contrato acompanharia as nuances econômicas atuais.

O quadro abaixo esquematiza as características da *lex mercatoria* e as diferenças entre a normatividade auto-produzida pelas partes, o direito positivo produzido pelos Estados e o direito marginal. Quanto ao tipo de norma, ao modo de formalização, ao grau de institucionalização e a efetividade do direito, verifica-se que a *lex mercatoria* é, de fato, o meio termo entre o direito positivo e a normatividade auto-produzida pelas partes. O Direito Marginal pode ser excluído desta comparação pois não obedece ordem alguma.

¹⁰¹ GALGANO, Francesco. *The New Lex Mercatoria in Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 2, issue 1, article 7, 1995. Retirado de <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7>> em 2.11.11, p. 102/103.

¹⁰² *Ibid.*, p. 104.

Tipo de ordens normativas¹⁰³

Tipos de Ordem Características	Lex Mercatoria/ Direito da Produção	Normatividade auto-produzida pelas partes/ Direito Inoficial	Direito Positivo	Direito Marginal
O que está em jogo?	Tensões não-declaradas publicamente	Conflitos materiais	Litígios jurídico-processuais	Agressões
Objetivos	Relações	Soluções substantivas	Soluções formais	Contestação
Tipo de Norma	Pragmático e Casuísta	Soluções <i>ad hoc</i>	Direito codificado	Lei do mais forte
Racionalidade	Procedimental	Material	Formal	Irracional
Modo de Formalização	Contratual	Negociação	Aplicação	Ausência de formalização
Tipo de procedimento	Transação/Mediação	Conciliação/Arbitragem	Decisão	Repressão
Grau de Institucionalização	Organização flexível e sistemas auto-regulados	Campo social semi-autônomo	Campo normativo estatal	Marginalidade
Efetividade do Direito	Por aceitação e por inclusão	Por adaptação ao contexto sócio-econômico	Pretensão de aplicabilidade universal	Desafio

Tais contratos (modo de formalização da *lex mercatoria*) são criados pelos próprios operadores do direito contratados pelas grandes companhias. Com vistas a

¹⁰³ FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão*. São Paulo, v. 11, n. 30.08.1997. Retirado de <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004&lng=en&nrm=iso> em 11.11.2011, p. 46.

uma unidade legal e, por consequência, uma unidade do mercado, há uma tendência à uniformização destes contratos, que tem nomenclatura em inglês (por exemplo: *leasing, franchising* etc)¹⁰⁴.

Especificamente, o contrato de *joint venture* tem seu lugar nesta economia globalizada, típica da era pós-industrial:

*In the traditional industrial economy, production was on a national scale and only exchanges were international. In the post-industrial era the entire economic organization is on a planetary scale. Circulation has not been limited to goods. Well before the post-industrial era, "know-how" and production licenses circulated. Other instances are joint venture contracts which link companies of different and distant countries and multinational companies which control production in all six continents. Mass production on a planetary scale needs mass bargaining. Multinationals have to contract at uniform conditions on a world markets. But the world markets are made up of a multitude of states, each with its own national laws.*¹⁰⁵

Assim, corroborando todo o exposto no Capítulo 1, a *joint venture* é um importante instrumento para ligar os diferentes países do mundo. Ela é uma forma de concretização da globalização, por que são interligadas diferentes companhias, cada qual com a sua função na cadeia produtiva, de diversas partes do globo.

A ligação de diversas companhias situadas em diferentes partes do mundo ocorreu em razão da chamada "nova *lex mercatoria*". Sua função é superar as diversidades dos direitos estatais dos Estados através das práticas contratuais utilizadas nas transações internacional (nos diversos âmbitos)¹⁰⁶. A era pós-industrial é caracterizada pela ausência de fronteiras no âmbito negocial. Assim:

The legal formula that now circulates in the world, that of the new lex mercatoria, has the heritage of old and new cosmo-political aspirations of humanity. But the new law expresses them without over-emphasizing the idea of universal brotherhood. It outlines the image of a possible future, even if not everybody is ready to consider it a desirable future. The future that appears shows a disarticulation

¹⁰⁴ GALGANO, op. cit., 1995, p. 105.

¹⁰⁵ Ibid., p. 104.

¹⁰⁶ Ibid., p. 108.

*that, on the one hand, there is a society without a state, the *societas mercatorum* or the business community, ruled by the new *lex mercatoria* which consolidates its planetary dimension by taking on the statutory function and, with the international arbitration chambers, the jurisdictional function. Yet, on the other hand, there is a growing multitude of national communities organized as states and bearers of domestic interests not represented in the *societas mercatorum*, which are progressively deprived of statutory and jurisdictional powers and of the control of the circulation of wealth.*¹⁰⁷

A nova *lex mercatoria* é caracterizada pela ausência dos Estados no momento da elaboração das normas e do julgamento das possíveis lides e pela criação de uma comunidade de negócios regulada pela nova *lex mercatoria*, que hoje detém a função normativa e jurisdicional no âmbito internacional.

A mundialização do direito, iniciada com o uso ostensivo dos usos e costumes do direito internacional, tem como principais manifestações:

(i) o comércio equitativo ou justo (*fair trade*), cujas regras visam assegurar aos produtores dos países em desenvolvimento um preço superior ao corrente no mercado internacional; (ii) o desenvolvimento da Internet, que se instituiu sob o regime de auto-regulação, com regras de boa conduta indispensáveis, redigidas e divulgadas pelos gestores desses negócios; (iii) o recurso à arbitragem, que contribui para dar força obrigatória aos usos do comércio internacional e tende a afastar o litígio entre os agentes de mercado do âmbito dos tribunais estatais, permitindo que se utilizem outras regras além do direito estatal, como usos e costumes, e padrões de comportamento setorial; (iv) a necessidade de proteção do meio ambiente que abrange espaços transfronteiras, como é o caso da camada de ozônio; (v) o retorno da *lex mercatoria* a influir decisivamente nas transações internacionais.¹⁰⁸

Como se vê, o retorno da *lex mercatoria* está dentre as principais manifestações da mundialização do direito. A nova *lex mercatoria* reforça a intervenção dos operadores do direito na formação do Direito. Isto porque os agentes econômicos contratam operadores do direito para elaborar os contratos que simbolizam e são o Direito corrente transnacional.

¹⁰⁷ GALGANO, op. cit., 1995, p. 110.

¹⁰⁸ MAGALHÃES, José Carlos de, VALLE, Regina Ribeiro do. *Mundialização do Direito in Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*, coord. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins, 1. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007, p. 260.

Com a nova *lex mercatoria*, as empresas tem a liberdade de escolher como querem se associar. Há teorias que explicam as vantagens e desvantagens das associações. Teubner apresenta como mais ambiciosa a teoria pertencente a Oliver Williamson (que deu sequência aos trabalhos de Ronald Coase)¹⁰⁹. Tal teoria visualiza a empresa como um leque de relações contratuais, que vão desde a simples transação individual até o grupo empresarial multinacional. Tais relações se distinguem em função de suas funções hierárquicas e organizacionais. Nesta teoria a escolha é feita utilizando o critério de eficiência: os custos de transação devem ser mínimos e a eficiência econômica deve ser máxima. As formas contratuais teriam um custo menor de transação, enquanto a forma hierárquica-organizacional teria maior custo de transação. A escolha da forma hierárquica-organizacional (de maior custo de transação) em detrimento da forma contratual (de menor custo de transação) se explica em razão de três fatores: incerteza, oportunidade e *assets specificity* (*know-how* específico da empresa)¹¹⁰.

Quanto ao primeiro fator, parece estar claro que a forma contratual é mais suscetível a incertezas que a forma hierárquica-organizacional. O segundo fator se refere à oportunidade de uma empresa se associar a outra sob a forma hierárquica-organizacional. Com relação ao último e mais importante fator:

No caso de uma baixa “assets specificity”, uma combinação de controles de mercado contratuais parece apropriada; no caso de uma alta “assets specificity”, estruturas hierárquicas suplementares tornam-se necessárias a fim de controlar e garantir a exploração oportunística de vantagens temporárias (“opportunism with guile”).¹¹¹

Ou seja, dependendo do *know-how* da empresa, pode ser mais vantajosa a forma contratual ou a forma hierárquica-organizacional. No caso de uma baixa especificidade do *know-how*, a forma contratual pode ser a melhor alternativa. Por outro lado, no caso de uma grande especificidade do *know-how*, a forma hierárquica-

¹⁰⁹ TEUBNER, op. cit., 1989, p. 254 *apud* WILLIAMSON (1975), *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*; WILLIAMSON (1985), *The Economic Institutions of Capitalism – Firms, Markets, Relational Contracting*.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 254.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 255.

organizacional é a alternativa mais indicada, pois conferiria maior certeza ao negócio, em função de sua estrutura.

A teoria apresentada rompe com antigas reservas às formas híbridas de organização. Isto porque, ao constatar que a forma descentralizada de organização minimiza os custos de transação e aumenta a eficiência econômica, a presente teoria desafia a teoria tradicional de que um grupo de empresas é formado por empresas hierarquicamente organizadas e de que o grupo de empresas formado tende para a concentração e o monopólio.¹¹²

Há duas críticas ao modelo acima exposto. A primeira defende que o modelo de Williamson ignora um conjunto de aspectos formais importantes relacionadas às estruturas organizacionais de um grupo empresarial. A segunda crítica refere-se ao fato de a visão contratualista subestimar sistematicamente o ente organizacional, sem considerar seus pontos positivos, tal como suas finalidades sociais¹¹³.

Após o estudo das formas contratual e hierárquica-organizacional de associação, é necessário verificar a razão pela qual ocorrem as associações entre as empresas. Devido a uma tendência à racionalização das estruturas organizacionais, dos procedimentos decisórios e das próprias atividades produtivas¹¹⁴, as empresas promovem associações com o intuito de obter cada vez mais lucratividade em suas atividades empresariais.

Atualmente, verifica-se a presença de duas espécies de conglomerados de empresas. A mais antiga é a empresa multinacional e a mais atual é a companhia global (também chamada de companhia transnacional). A diferença entre as duas é clara:

A empresa multinacional (...) caracteriza-se por ter uma estrutura rigidamente hierarquizada, que se reproduz em todos os países que atua. Já a companhia global ou a corporação transnacional tem

¹¹² TEUBER, op. cit., p. 255.

¹¹³ Ibid., p. 257 e 258.

¹¹⁴ FARIA, op. cit., 2004, p. 72.

estruturas decisórias bem mais leves e mais ágeis de caráter basicamente 'multidivisional'.¹¹⁵ (os grifos não constam no original).

A diferença entre as duas é que a primeira (empresa multinacional) é caracterizada por ter (i) um centro decisório responsável por decidir sobre todas as ocorrências da empresa; (ii) um sistema de hierarquia entre as empresas que formam a multinacional; (iii) uma estrutura rígida e burocrática; (iv) uma subordinação entre a empresa responsável por decidir e as demais; (v) uma cadeia de comando¹¹⁶. Em função da excessiva burocracia e rigidez, a empresa multinacional já não acompanha as alterações repentinas do mercado. Fez-se necessária um tipo mais flexível de associação, chamada de companhia global (ou corporação transnacional).

A corporação transnacional é caracterizada por ter (i) muitos centros, se organizando através de diversas unidades empresarias; (ii) diversas cadeias e redes que interligam as unidades; (iii) organicidade, que sugere uma relação natural entre as unidades empresariais; (iv) um processo interligado de relações; (v) interação entre as unidades empresariais; (vi) muitos canais decisórios; (vii) a informação compartilhada como recurso. A corporação transnacional, ao contrário da empresa multinacional, é totalmente desagregada e organizada horizontalmente por assunto¹¹⁷.

A corporação transnacional não possui personalidade jurídica própria, é composta por diversas subsidiárias e algumas sedes, constituídas em diferentes países (as leis do país que a sede/subsidiária está localizada será a utilizada para aquelas)¹¹⁸. Ou seja, são diversas companhias autônomas com sede em países distintos, cada qual com a sua lei, visando o benefício do conjunto. Apesar do vínculo que as empresas que formam a corporação transnacional têm com seus Estados (respeito às normas nacionais, por exemplo), a corporação transnacional é basicamente guiada pelos contratos que são efetuados entre elas. Ou seja, a nova *lex mercatoria* está presente de forma contundente nas corporações transnacionais.

¹¹⁵ FARIA, op. cit., 2004, p. 72.

¹¹⁶ Ibid., p. 73.

¹¹⁷ Ibid., p. 72 e 73.

¹¹⁸ BAPTISTA, Luis Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17.

As grandes empresas recorrem à formação de redes informais de empresas de todos os portes a fim de descentralizar a produção para além de seus domínios operacionais sem reduzir o controle sobre seus mercados, recursos tecnológicos e financeiros. Muitas vezes, de fato, tais redes aumentaram o controle de novos mercados consumidores, recursos tecnológicos e financeiros.¹¹⁹ Esta tendência à formação de alianças e negociações informais com outras empresas e governos foi chamada de “concentração sem centralização”¹²⁰, pois ao mesmo tempo que as empresas estão interligadas, elas não fazem parte de um só grupo econômico.

Para Arrighi, ainda é cedo para afirmar qual tipo de sistema de empresas comerciais surgirá dessa tendência à “concentração sem centralização”. Mas é possível esperar que o próximo sistema de empresas comerciais dominante tenha como característica a informalidade e coordenação mercadológica, ao contrário do sistema dominante sob a hegemonia norte-americana de empresas verticalmente unidas e administradas burocraticamente.¹²¹

Seria possível, à primeira vista, afirmar que o próximo sistema de empresas comerciais dominantes poderia ser parecido com aquele que prosperou no século XIX sob a hegemonia britânica, caracterizado pela informalidade. Contudo, há três principais diferenças entre este possível novo sistema com o britânico prováveis de se concretizarem: (i) a proliferação da variedade e do número de empresas transnacionais torna segura a previsão de que o sistema que surge será uma síntese das formas empresariais e familiares, em vez da antiga prevalência da familiar; (ii) o enfraquecimento da capacidade reguladora dos Estados mais poderoso faz que com que seja previsível que o sistema emergente não se apóie em um Estado forte; (iii) como o Leste da Ásia está em melhor situação para concretizar as tendências atuais para a concentração sem centralização, é

¹¹⁹ ARRIGHI, Giovanni, BARR, Keinneth, HISAEDA, Shuji. *A transformação da empresa capitalista in Caos e Governabilidade no Moderno Sistema Mundial*, orgs. ARRIGHI, Giovanni e SILVER, Beverly J., trad. Vera Ribeiro, ver. de trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. UFRJ, 2001, p. 157.

¹²⁰ Ibid., p. 157 *apud* HARRISON, Bennet, *Lean and Mean: The Changing Landscape of Corporate Power in the Age of Flexibility*. Nova York: Basic Books, 1994, p. 8-11.

¹²¹ Ibid., p. 158.

provável que o sistema emergente tenha origem em uma civilização não ocidental.¹²²

Para Anthony Giddens, as corporações multinacionais¹²³ controlam o poder econômico e influenciam os sistemas políticos em seus países e em outros lugares. As maiores companhias têm orçamentos de grande monta. Contudo, com relação a alguns aspectos, seu poder não rivalizaria com o dos Estados¹²⁴.

Não há uma área na superfície da Terra, com a exceção parcial das regiões polares, que não seja reivindicada como legítima esfera de controle de um ou outro estado. Todos os estados modernos têm um monopólio mais ou menos bem-sucedido dos meios de violência no interior de seus próprios territórios. Não importa o quão grande possa ser seu poder econômico, as corporações industriais não são organizações militares (como algumas delas eram durante o período colonial), e não podem se estabelecer como entidades político/legais que governam uma determinada área territorial.¹²⁵

Os Estados são os protagonistas no contexto da ordem política global, as corporações são os agentes dominantes. As companhias transnacionais dependem da produção para ter lucro. Para tanto, é necessário disseminar sua influência (das corporações transnacionais) em uma extensão global de mercados de bens e capitais¹²⁶.

Para Alain Touraine, (i) as corporações transnacionais são organizadas por meio de redes e estão, cada vez mais, se consolidando no contexto econômico e (ii) o comércio internacional está expandindo mais rápido que a produção mundial, conferindo uma circulação de capitais muito rápida, o que pode se tornar um problema¹²⁷:

¹²² ARRIGHI, op. cit., 2001, p. 158 e 159.

¹²³ Em seu texto o Autor não faz a diferenciação entre companhia multinacional e corporação transnacional.

¹²⁴ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da Modernidade*, trad. Raul Fiker, 5. reimp. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 66.

¹²⁵ Ibid., p. 66.

¹²⁶ Ibid., p. 67.

¹²⁷ TOURAINE, Alain. *La Globalización: ¿Espantajo Ideológico?. In: ¿Cómo salir del liberalismo?, Colección Estado y Sociedad n° 71*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999. Retirado de <<http://www.cholonautas.edu.pe>> em 09.11.11, p. 2.

Es necesario señalar como la principal causa de la amenaza que pesa sobre nosotros no tanto la mundialización de la economía o la emergencia de nuevos países industrializados, sino la libertad de movimientos del capital em el mundo, La mejor prueba de ello es que el país que há tomado medidas contra esta libertad, como por ejemplo Chile, que sin embargo sigue uma gestión liberal de la economía, o China, que dispone de um sistema econômico muy diferente, están protegidos contra uma crisis que há golpeado no obstante a Mékico o Indonesia, entre otros países. La libertad comercial de los bienes y el movimiento incontrolado de capitales son dos realidades muy diferentes. El economista en jefe de la Banca Mundial, Joseph Stiglitz, y el economista Paul Krugman, del MIT, son convencidos partidários de la economía liberal; sin embargo, se muestran a favor del control, por parte de los Estados nacionales, de los movimientos de capital. Dejemos por lo tanto de poner bajo sospecha todos los aspectos de la economía, desde la nuevas tecnologías a la nueva división internacional del trabajo, e indiquemos de donde proviene el verdadero peligro: del movimiento incontrolado de capitales que puede destruir de repente diversas economías en virtud de cálculos puramente financieros y efectuados a corto plazo. La responsabilidad de las catástrofes resulta estar así compartida por los capitales internacionales y por los Estados que no saben (o no quieren) defender sus economías, o que ven arrastrados por lo desequilibraos de sus próprios sistemas financieros.¹²⁸

A globalização (e a consequente formação de corporações transnacionais) não seria o maior problema e o estopim para uma eventual crise, mas uma das consequências da formação das corporações transacionais, qual seja, a circulação de capitais desenfreada poderia acarretar uma crise nos Estados que não intervém em suas economias.

Há outras possíveis consequências do advento das corporações transnacionais. O processo de racionalização organizacional, decisória e operacional, responsável pela formação das corporações transnacionais, poderá acarretar diversos problemas jurídicos:

Como decorrência desse amplo processo de racionalização organizacional, decisória e operacional (responsável pelo surgimento de problemas jurídicos cada vez mais complexos em matéria de contratos, estrutura societária, estratégias de controle acionário,

¹²⁸ TOURAINE, op. cit., 1999, p. 3.

abuso de poder do controlador, proteção dos acionistas minoritários, responsabilização civil e criminal dos gestores, formação de cartéis, *dumping*, controle da concentração econômica, bem como em matéria de estelionato, violação de correspondência eletrônica, acesso ilegal a arquivos, proteção dos direitos autorais, falsidade ideológica, interceptação de informações, 'fraudes telemáticas', e várias outras formas de *borderless crimes* surgidas com a universalização do uso da informática), a tradicional empresa multinacional é gradativamente substituída pela companhia global ou a corporação transnacional.¹²⁹

O trecho acima afirma que problemas de ordem concorrencial (formação de cartéis e controle da concentração econômica) poderão ocorrer em função do advento das corporações globais. Verificar-se-á no próximo capítulo como o ordenamento jurídico brasileiro trata da questão concorrencial com relação às *joint ventures*. As *joint ventures*, como já explicado, é uma das maneiras que os agentes econômicos podem se valer para a formação da corporação transnacional.

3.2 A Cooperação e a Concentração Empresarial

As condutas que constituem infração da ordem econômica estão descritas no artigo 36 da Lei 12.529/11:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

¹²⁹ FARIA, op. cit., 2004, p. 72.

Os atos (tanto horizontais, como verticais) que tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante constituem infração à ordem econômica.

Os atos referidos pelo art. 36 da Lei 12.529/11 são os atos jurídicos realizados de acordo com o disposto no art. 31 da mesma lei:

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

O art. 37 da CF dispõe que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”. No que tange especificamente ao princípio da legalidade, a administração pública deverá sempre obedecer ao que está na lei. Assim, se um ato é ilícito, não deverá o Cade autorizar tal ato. *Contrario sensu*, conclui-se que os atos de concentração, passíveis de autorização pelo Cade, são atos lícitos.

Não são todos os atos de concentração realizados que deverão ser considerados prejudiciais para a concorrência. Somente os atos que limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços é que deverão ser classificados como Ato de Concentração (o §6º do art. 88 da Lei 12.529/11 prevêem hipóteses em que o Ato de Concentração é benéfico à sociedade e poderá ser autorizado).

E o que é a cooperação empresarial? A cooperação se dá por meio de acordos, nos quais dois ou mais agentes econômicos se comprometem a cooperar em determinado assunto. Tal cooperação, a princípio, não interferiria na autonomia das empresas, que permaneceriam independentes uma da outra.

Haveria cooperação quando o eventual acordo tratar de (i) pesquisa e desenvolvimento; (ii) investimentos; (iii) produção ou (iv) vendas de produtos ou serviços¹³⁰, sendo que a *joint venture* é uma das principais formas de concretização da cooperação¹³¹.

A princípio o ato de concentração teria duração ilimitada no tempo, enquanto a cooperação teria uma duração limitada. Contudo, tal afirmação não poderá ser feita e admitida como regra.

Fato é que o acordo de cooperação, tendo ou não duração limitada, pode prejudicar a concorrência e deverão ser submetidas ao Cade, nos termos da Lei 12.529/11¹³².

¹³⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As estruturas*, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 267 (B).

¹³¹ *Ibid.*, p. 293 (B).

¹³² *Ibid.*, p. 297 (B).

4 A questão concorrencial

4.1 O Direito da Concorrência Brasileiro

4.1.1 A Constituição Federal de 1988 e a Lei 12.529/2011

O processo de globalização da economia tem como uma das eventuais consequências um processo de crescente concentração econômica, formada também por alianças entre diferentes Companhias de diversas partes do mundo. A concentração econômica é um dos temas de estudo do Direito da Concorrência, mas não é somente os atos concentrativos que são estudados por este ramo do Direito.

A CF/1988 optou pela ordem econômica fundada na livre iniciativa, conforme explicitam os arts. 170¹³³ e 173. O art. 170 da CF enumera alguns princípios basilares da ordem econômica, estando, dentre eles, no que toca este trabalho, a livre concorrência e o direito do consumidor. O termo livre iniciativa e o termo livre concorrência são complementares, segundo José Afonso da Silva:

(...) os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência, contra a tendência açambarcadora da concentração

¹³³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira anti-social. Cabe, então, ao Estado intervir para coibir o abuso.¹³⁴

Valorizando a livre iniciativa, o art. 173 da CF é específico ao preceituar que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” Ou seja, à iniciativa privada está resguardado o direito de explorar quaisquer atividades econômicas, desde que sejam respeitadas, *lato sensu*, a lei e a Constituição Federal. Werter R. Faria assevera:

Se a liberdade de iniciativa econômica privada alçou-se à categoria de princípio fundamental do Estado brasileiro, é forçoso reconhecê-la como norma constitucional de aplicação direta nos processos em que se invoca o direito à iniciativa privada, em setor que não figura entre os monopólios da União (art. 177 da Constituição), possa ser explorado por empresa privada e o pretendente reúna as condições previstas em lei para sua exploração.¹³⁵

A CF/1988, na tarefa de coibir o abuso do poder econômico, inclui a defesa da concorrência como garantia institucional. Para Calixto Salomão Filho:

(...) a disciplina da ordem econômica é de caráter eminentemente afirmativo. Exige-se uma atuação do Estado no sentido de garantir a correta atuação no mercado. Estando há muito tempo ultrapassado o modelo liberal novecentismo da mão invisível do mercado, nos tempos pós-keynesianos a atuação positiva do Estado, no sentido da proteção da ordem econômica, revela-se a mais branda das intervenções. Os direitos de ordem econômica já não mais são dotados das características típicas dos direitos fundamentais individuais. (...) São eles direcionados a coletividades, determinadas ou não, de indivíduos e têm caráter, via de regra, positivo, ou seja,

¹³⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 760.

¹³⁵ FARIA, Werter R. *Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990, p. 103.

estabelecem ditames de comportamento concreto para o Estado e, quando necessário, também para os particulares.¹³⁶

O Estado disciplina a ordem econômica, na qual faz parte o Direito da Concorrência, que é, para Vicente Bagnoli, “o ramo do Direito Econômico cujo objeto é o tratamento jurídico da política econômica de defesa da concorrência, com normas a assegurar a proteção de interesses individuais e coletivos, em conformidade com a ideologia adotada no ordenamento jurídico”¹³⁷. Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo é “a legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico”¹³⁸. Isabel Vaz o conceitua como “o conjunto de regras e instituições destinadas a apurar e a reprimir as diferentes formas de abuso do poder econômico e a promover a defesa da livre concorrência”¹³⁹. A definição de Vicente Bagnoli é a que melhor sintetiza, pois cita a proteção aos direitos individuais e coletivos.

Especificamente no que tange ao direito concorrencial, a Constituição Federal no §4º do art. 173 prevê o combate ao abuso do poder econômico, assegurando que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”. Em perspectiva ampla, “para uma ordem econômica que pretende se autocontrolar, o poder econômico no mercado deve ser fiscalizado e, quando excessivo ou abusivo, reprimido”, se isso não for feito, apenas será substituída a ingerência do Estado por uma “dominação do ‘mercado’ pelo poder privado, o que é, evidentemente, a pior solução”¹⁴⁰. E é exatamente este o objetivo da CF/1988.

Como se nota, há a preocupação na CF em reprimir o abuso do poder econômico. Mas a CF não se refere a qualquer abuso do poder econômico e sim ao abuso que visa (i) dominar o mercado; (ii) eliminar a concorrência; ou (iii) aumentar arbitrariamente os lucros.

¹³⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As condutas*, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 109 (A).

¹³⁷ BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA*. São Paulo: Editora Singular, 2005, p. 126.

¹³⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63.

¹³⁹ VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 243.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO (B), op. cit., 2007, p. 61.

Cabe citar esta especificidade da CF, pois o exercício da atividade econômica que não visar uma das três finalidades acima deve ser considerada lícita, mesmo que pareça ser um abuso de poder econômico:

Assim, no que tange à problemática da concorrência, os parâmetros traçados pela Constituição se fixaram no abuso do poder econômico que objetive à dominação dos mercados, que vise à eliminação da concorrência ou que resulte no aumento arbitrário dos lucros, significando isso que o que veda a Lei Maior é o abuso do poder econômico, por qualquer das formas de que se revista e que tenda a alcançar um ou alguns dos fins previstos. Não se cogita do poder econômico legítimo, assim configurado o alcançado mediante mecanismos próprios da atividade mercantil. Mesmo o monopólio é lícito, desde que não resulte de processo, gradual ou não, de eliminação de concorrentes, mediante abuso do poder econômico. Quem é titular de uma patente detém um monopólio legal, e sua exploração somente se tornará ilegítima se dela resultar aumento arbitrário dos lucros, ante a ausência de processo concorrencial que impeça, controle ou imponha limite em tais lucros.

A eliminação da concorrência é, igualmente, aceita pela ordem jurídica, se decorre da atividade industrial ou mercantil melhor desenvolvida, com oferta de produtos com melhor tecnologia e melhor preço, sem que haja abuso do poder econômico. A disputa pelo cliente tem como pano de fundo a diminuição do poder do concorrente e tende a eliminá-lo, não sendo, por si só, ilegítima essa eliminação se não houver abuso de poder econômico ou atividade desleal ou ilícita. Esta, a propósito, a norma do parágrafo 1º do art. 20 da Lei 8.884/94, que não caracteriza como ilícita a dominação de mercado relevante de bens e serviços, mediante processo natural, fundado na maior eficiência do agente econômico.¹⁴¹

Como se vê, de acordo com a Constituição Federal, apenas o exercício de atividade econômica com finalidade inconstitucional é que poderá ser considerado abuso de poder econômico. Até mesmo um monopólio - que poderia supostamente ser classificado como uma dominação de mercado (item (i)) -, quando alcançado de forma legítima (por exemplo, a patente), é lícito, desde que não tenha a finalidade de (i) eliminar a concorrência ou (ii) aumentar arbitrariamente os lucros.

No plano infraconstitucional, a Lei 12.529/2011 é a norma que cuida da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica. Tal lei foi elaborada de acordo com os preceitos constitucionais já mencionados acima e

¹⁴¹ MAGALHÃES, SAMPAIO, op. cit., 1998, p. 111 e 112.

conforme preceitua seu art. 1º ela trata “(...) [d]a prevenção e [d]a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”.

A Lei 12.529/2011 define as atribuições dos órgãos que constituem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, quais sejam: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE.

O Cade era inicialmente (1962) um órgão do Ministério da Justiça e, em 1994, se tornou autarquia federal vinculada a este Ministério. Dentre suas atribuições o Cade deveria: orientar, fiscalizar e apurar abusos de poder econômico, prevenindo e reprimindo tais abusos cometidos pela iniciativa privada. Com a Lei 8.884/1994, o Cade se tornou órgão julgante; ele era o responsável pelo julgamento dos processos (que tinha como base a análise efetuada pela Secretaria de Direito Econômico e pela SEAE, que é não-vinculativa), decidindo se há ou não infração à livre concorrência, e também pela apreciação dos atos de concentração a ele submetidos.

Com a Lei 12.529/2011, o Cade foi dividido em três órgãos: (i) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (ii) Superintendência-Geral; (iii) Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo é o órgão julgante, composto pelo Presidente e pelos Conselheiros (art. 6º ao 11º da Lei 12.529/2011).

A Superintendência-Geral caberá (a) zelar pelo cumprimento da Lei 12.529/2011, monitorando e acompanhando as práticas de mercado; (b) acompanhar, as atividades e práticas comerciais de quem detiver posição dominante; (c) promover procedimento preparatório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (d) decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando os autos do inquérito administrativo ou de seu procedimento preparatório; (e) instaurar e instruir processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição

de sanções processuais incidentais instaurados para prevenção, apuração ou repressão de infrações à ordem econômica; (f) no interesse da instrução dos tipos processuais poderá: requisitar informações e documentos; requisitar esclarecimentos orais; realizar inspeções; requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão de quaisquer objetos; requisitar vista e cópia de documentos e objetos constantes de inquéritos e processos administrativos instaurados por órgãos ou entidades da administração pública federal; requerer vista e cópia de inquéritos policiais, ações judiciais de quaisquer natureza, bem como de inquéritos e processos administrativos instaurados por outros entes da federação; (g) recorrer de ofício ao Tribunal quando decidir pelo arquivamento de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (h) remeter ao Tribunal, para julgamento, os processos administrativos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica; (i) propor termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica, submetendo-o à aprovação do Tribunal, e fiscalizar o seu cumprimento; (j) sugerir ao Tribunal condições para a celebração de acordo em controle de concentrações e fiscalizar o seu cumprimento.

Ainda, compete à Superintendência-Geral (k) adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento; (l) receber, instruir e aprovar ou impugnar perante o Tribunal os processos administrativos para análise de ato de concentração econômica; (m) orientar os órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; (n) desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica; (o) instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão; (p) exercer outras atribuições previstas em lei; (q) prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais; e (r) adotar as medidas administrativas necessárias à execução e ao cumprimento das decisões do Plenário (art. 13 da Lei 12.529/2011).

O Departamento de Estudos Econômicos é responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão (art. 17 da Lei 12.529/2011).

A Procuradoria Federal Especializada atua em conjunto com o Cade e é formada pelos Procuradores da Advocacia-Geral da União. Ela tem as seguintes atribuições: (i) prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Cade; (ii) representar o Cade judicial e extrajudicialmente; (iii) promover a execução judicial das decisões e julgados do Cade; (iv) proceder à apuração da liquidez dos créditos do Cade, inscrevendo-os em dívida ativa para fins de cobrança administrativa ou judicial; (v) tomar as medidas judiciais solicitadas pelo Tribunal ou pela Superintendência-Geral, necessárias à cessação de infrações da ordem econômica ou à obtenção de documentos para a instrução de processos administrativos de qualquer natureza; (vi) promover acordos judiciais nos processos relativos a infrações contra a ordem econômica, mediante autorização do Tribunal; (vii) emitir, sempre que solicitado expressamente por Conselheiro ou pelo Superintendente-Geral, parecer nos processos de competência do Cade, sem que tal determinação implique a suspensão do prazo de análise ou prejuízo à tramitação normal do processo; (viii) zelar pelo cumprimento desta Lei; e (ix) desincumbir-se das demais tarefas que lhe sejam atribuídas pelo regimento interno.

A SEAE foi criada pela Medida Provisória 813, de 01/01/1995 e teve suas atribuições definidas pelo Decreto 6.764/2009. Com a Lei 12.529/2011, a SEAE passou a integrar formalmente o SBDC. Suas competências são as seguintes: (i) opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas; (ii) opinar, quando considerar pertinente, sobre minutas de atos normativos elaborados por qualquer entidade pública ou privada submetidos à consulta pública, nos aspectos referentes à promoção da concorrência; (iii) opinar, quando considerar pertinente, sobre proposições legislativas em tramitação no Congresso Nacional, nos aspectos referentes à

promoção da concorrência; (iv) elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional, de ofício ou quando solicitada pelo Cade, pela Câmara de Comércio Exterior ou pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça ou órgão que vier a sucedê-lo; (v) elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento; (vi) propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País; (vii) manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos; (viii) encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.

De acordo com o art. 20 da Lei 12.529/2011, o Procurador-Geral da República, após manifestação do Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para emitir parecer, nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de ofício ou a requerimento do Conselheiro-Relator.

O Cade tem três funções essencialmente: preventiva, repressiva e educativa.

A função preventiva está disposta no art. 88 e seguintes da Lei 12.529/2011, consistindo “na análise das alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma dos atos de concentração ou qualquer outra forma que possa afetar negativamente a concorrência, ou seja, à análise das fusões, incorporações, associações entre empresas, dentre outras”¹⁴². Caso o ato interfira na livre concorrência, o Cade poderá tanto ordenar a não constituição ou a desconstituição do negócio, como impor condições para a sua realização.

¹⁴² Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil, 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007, p. 18.

A função repressiva é o papel do Cade de coibir o quanto previsto no art. 36 da Lei 12.529/2011, ou seja, o “CADE tem o poder de reprimir práticas infrativas à ordem econômica, tais como: cartéis, vendas casadas, preços predatórios, acordos de exclusividade, dentre outras.”¹⁴³. A função educativa está disposta no art. 9º, XIV, da Lei 12.529/2011 e tem como objetivo “difundir a cultura da livre concorrência”¹⁴⁴.

O art. 36 da Lei 12.529/2011¹⁴⁵ dispõe sobre as infrações à ordem econômica, ou seja, ele cuida da função repressiva do Cade. Para que haja infração à ordem econômica é necessário que o ato tenha como objeto ou como efeito uma das situações determinadas nos incisos I, II, III e IV, quais sejam, “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”.

No que toca este trabalho, é importante ressaltar qual o tipo de ato o artigo 36 quer tratar. O *caput* menciona que “os atos sob qualquer forma manifestados”, que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos enumerados nos incisos do artigo, podem constituir infração à ordem econômica.

Paula A. Forgione, ao tratar do *caput* do art. 20 da Lei 8.884/1994 que tem a mesma redação do *caput* do art. 36 da Lei 12.529/2011, entende que o vocábulo “atos” se refere, ao mesmo tempo, (i) aos acordos e (ii) às concentrações entre empresas, que possam resultar domínio e mercado ou abuso de posição dominante¹⁴⁶ e vai além afirmando que:

Para efeitos da composição do suporte fático previsto no art. 20 da Lei Antitruste, pouco importará a forma que se reveste o ato

¹⁴³ Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil, op. cit., 2007, p. 19.

¹⁴⁴ Ibid., p. 20.

¹⁴⁵ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

¹⁴⁶ FORGIONE, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 2. ed., 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 148.

analisado, uma vez que o próprio texto normativo determina a vedação de 'atos', sendo estes 'sob qualquer forma manifestados'.

Mais uma vez, bastará a verificação dos efeitos atuais ou potenciais para comprovar a existência da prática vedada: simples troca de informações, carta de intenção ou mesmo acordos de cavalheiros (gentleman's agreements) podem caracterizar-se como atentatórios à ordem econômica, se acarretarem a incidência do art. 20.

(...)

Assim, caso determine a incidência do art. 20 da Lei 8.884/1994, será considerado atentatório à ordem econômica. Pense-se, a propósito, nos consórcios entre empresas ou nos grupos de sociedades, expressamente previstos nos arts. 278 e seguintes e 265 e seguintes da Lei das Sociedades por Ações (Lei 6.404, de 1976) e também nos acordos de acionistas, regulados pelo art. 118 do mesmo diploma. Esses atos podem significar, na verdade, a celebração de cartéis entre os concorrentes ou mesmo acordos verticais em restrição ao livre comércio, e, nessa medida, estão sujeitos à Lei Antitruste.¹⁴⁷

O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), na revisão entre pares, concluíram que a notificação deverá ser efetuada na realização de qualquer "ato" não se referindo somente aos atos de concentração¹⁴⁸.

Neste sentido, é cabível afirmar que a *non corporate joint venture* pode se enquadrar como ato, nos termos do art. 36 da Lei 12.529/2011, pois ela é formada por um contrato, um acordo entre as partes. Isto quer dizer que pode constituir infração à ordem econômica o contrato/acordo que forme uma *non corporate joint venture* que tenha como objeto ou efeito, necessariamente, uma das situações enumeradas nos incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011.

O §3º do art. 36 da Lei 12.529/2011¹⁴⁹ enumera, a título exemplificativo, como cita expressamente o *caput* ("as seguintes condutas, além de outras") as

¹⁴⁷ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 160 e 161.

¹⁴⁸ BID, OCDE. *Lei e Política da Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE, 2005, p. 28.

¹⁴⁹ "§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de

condutas que, se enquadradas nas finalidades do art. 36, caracterizam infração à ordem econômica.

O art. 88 da Lei 12.529/2011¹⁵⁰ estabelece critérios mais objetivos, se comparados com a Lei 8.884/1994, para que as partes submetam o negócio à

novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e IX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.”

¹⁵⁰ “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais). § 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. § 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. § 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei. § 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo. § 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo. § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os

análise dos órgãos administrativos de defesa da concorrência. Na égide da Lei 8.884/1994, caso a situação se enquadrasse em um dos dois índices de jurisdição, a operação deveria ser noticiada ao Cade: (i) participação de empresa ou grupo de empresas de 20% de um mercado relevante; (ii) que qualquer um dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a R\$400.000.000,00.

Com a Lei 12.529/2011, o critério referente à participação no mercado foi excluído e o legislador, assim, eliminou um foco de insegurança jurídica da Lei 8.884/1994. Isto porque a identificação do mercado relevante e o cálculo da participação do agente no mercado são questões muito complexas e de difícil conclusão.¹⁵¹

O critério adicionado pela Lei 12.529/2011 é o do faturamento mínimo para um dos participantes da operação: R\$75.000.000,00 (redação da Portaria Interministerial nº 994/2012) para um dos grupos envolvidos. O outro participante da operação deverá ter registrado faturamento bruto anual, no último balanço, de R\$750.000.000,00 (redação da Portaria Interministerial nº 994/2012). Este novo critério visa evitar que operações irrelevantes do ponto de vista concorrencial sejam submetidas ao Cade, em razão do faturamento de uma das partes.¹⁵²

O §5º do art. 88 da Lei 12.529/2011 preceitua que “serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição

seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes. § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo. § 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados. § 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.”

¹⁵¹ ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 197.

¹⁵² *Ibid.*, p. 198.

dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”, com as ressalvas mencionadas no §6º, quais sejam: (i) que o ato tenha por objetivo, cumulada ou alternativamente, aumentar a produtividade, melhorar a qualidade, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) quando parte relevante dos benefícios decorrentes do ato sejam repassados aos consumidores. Assim, caso o ato resulte em um dos dos objetivos do §6º do art. 88, o ato poderá ser considerado legal.

A Lei 12.529/2011 é objetiva ao definir o que é ato de concentração. O art. 90 dispõe sobre as operações que podem ser consideradas atos de concentração:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Como se vê, a *joint venture* foi expressamente citada pelo inciso IV do art. 90 da Lei 12.529/2011. Portanto, se uma *joint venture*, tanto contratual quanto societária, preencher os critérios do art. 88, o ato deverá ser submetido à análise do Cade.

É este o panorama constitucional e legal do direito concorrencial. A análise somente das normas não é suficiente para entender o assunto no contexto geral da globalização. O Estado consegue, com os mecanismos atuais, regular e

fiscalizar efetivamente as *joint ventures* contratuais? A legislação é um mecanismo efetivo ou meramente simbólico?

4.1.2 Mercado Relevante

Como constatar se determinada conduta pode ser caracterizada como abuso de poder econômico e tem efeitos anticoncorrenciais? A definição de mercado relevante é importante para verificar se determinado ato deve ser considerado como abuso ao poder econômico ou não e se existem efeitos anticoncorrenciais na conduta: “só se pode falar em existência de poder de mercado se for definido previamente em qual espaço esse poder pode ser exercido”¹⁵³.

A Lei 12.529/2011 não conceitua a expressão mercado relevante, apesar de citá-la, ficando a cargo a doutrina conceituá-la. É necessário definir qual é o mercado relevante para que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência possa analisar se há ou não efeitos anticoncorrenciais em determinada conduta. Na Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001) a definição do mercado relevante é a Etapa nº 1 para que seja efetuada a análise econômica de atos de concentração horizontal¹⁵⁴.

É essencial a identificação do mercado relevante para a análise de qualquer ilícito concorrencial (não somente para a análise do abuso de posição dominante):

(...) a partir do momento em que as práticas são vedadas por produzirem (ou poderem produzir) efeitos anticoncorrenciais, a determinação da ilicitude passará pela delimitação do mercado relevante no qual estes efeitos serão sentidos. Em outras palavras, não se pode falar de efeitos anticoncorrenciais senão em um determinado mercado; o mercado relevante¹⁵⁵

¹⁵³ Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil, op. cit., 2007, p. 24.

¹⁵⁴ Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001), p.7.

¹⁵⁵ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 230/231, nota 70.

Em suma, o mercado relevante é aquele em que se “travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”¹⁵⁶; “o palco onde as relações concorrenciais são travadas e o local de atuação do agente econômico, cuja conduta, ainda que potencial, é analisada”¹⁵⁷

Como verificar em qual mercado relevante o agente econômico atua? Para definir o mercado relevante é necessário analisar a situação *in concreto*. Esta situação é verificada sob duas perspectivas principais e indissociáveis: geográfica e material (produto)¹⁵⁸. A Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001) trata da dimensão do produto (material) e geográfica do mercado relevante:

O mercado relevante se determinará em termos dos produtos e/ou serviços (...) que o compõem (dimensão do produto) e da área geográfica para qual a venda destes produtos é economicamente viável (dimensão geográfica). Segundo o teste do ‘monopolista hipotético’, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento de preços.

O mercado relevante geográfico é o local físico no qual são desenvolvidas as condutas analisadas, ou seja, é “(...) a área na qual os agentes econômicos ofertam e procuram produtos ou serviços em condições concorrenciais equivalentes de preços, preferências dos consumidores e características dos produtos ou serviços”¹⁵⁹.

Desta forma, o mercado relevante geográfico é a área na qual o agente econômico pode aumentar os preços e não causar um dos seguintes efeitos: (i) perder grande parte de seus clientes (que passariam a procurar um fornecedor

¹⁵⁶ Ibid., p. 231.

¹⁵⁷ BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 135.

¹⁵⁸ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 232; NUSDEO, op. cit., 2002, p. 29; e BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 136.

¹⁵⁹ BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 140.

alternativo localizado em outra área); ou (ii) provocar de imediato a entrada de bens similares de outros fornecedores de outras áreas¹⁶⁰.

Vicente Bagnoli enumera os pontos que deverão ser verificados para constatar sobre a existência ou não um mercado geográfico único:

se (i) o consumidor estaria disposto a deixar o local onde está situado para adquirir o produto ou utilizar o serviço em outra área, as vezes distante de onde se encontra [a rotina do consumidor]; (ii) os custos dos transportes deixariam os produtos ou serviços locais em condição de independência e indiferença em relação aos ofertados por agentes econômicos de outras áreas; (iii) as características do produto ou serviço, como por exemplo durabilidade e resistência ao transporte, permitiriam a comercialização em áreas relativamente distantes de sua origem; (iv) os incentivos governamentais representariam impeditivos ao ingresso de novos agentes econômicos no mercado; e (v) a existência de barreiras à entrada, como impostos de importação ou o elevado custo para constituir uma rede de distribuição, demonstraria se o mercado é impermeável ao ingresso de novos competidores.¹⁶¹

Paula Forgione afirma ser necessária também a verificação da taxa de câmbio de um país, que pode inviabilizar a importação a preços competitivos¹⁶².

Já o mercado relevante material é delimitado considerando o bem (ou serviço) que um determinado agente econômico oferece, ele é “compreende todos os produtos e serviços considerados pelos consumidores substituíveis entre si em razão de suas características, preços e utilização”¹⁶³, assim, “a fungibilidade (intercambiabilidade) dos produtos para o consumidor faz com que integrem mercado relevante material idêntico.”¹⁶⁴

Ou seja, se o consumidor estiver disposto a substituir um produto por outro (note-se que os produtos são diferentes, mas passíveis de substituição pelos consumidores) quer dizer que fazem parte do mesmo mercado relevante material.

¹⁶⁰ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 234 *apud* Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 108.

¹⁶¹ BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 141.

¹⁶² FORGIONE, op. cit., 2005, p. 234 *apud* Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 238 a 241.

¹⁶³ BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 137.

¹⁶⁴ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 241.

A intercambiabilidade pode ser constatada quando um agente econômico aumenta seu preço e a procura pelo outro produto aumenta. Este fenômeno é chamado de elasticidade cruzada¹⁶⁵.

Para uma análise concorrencial é necessária a verificação dos aspectos material e geográfico conjuntamente. A Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001) explica como deve ser efetuado o teste do “monopolista hipotético”:

O teste do ‘monopolista hipotético’ consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área. Se o resultado for tal que o suposto monopolista não considere o aumento de preços rentável, então a SEAE e a SDE acrescentarão à definição original de mercado relevante o produto que for o mais próximo substituto do produto da nova empresa criada e a região de onde provém a produção que for a melhor substituta da produção da empresa em questão. Esse exercício deve ser repetido sucessivamente até que seja identificado um grupo de produtos e um conjunto de localidades para os quais seja economicamente interessante, para um suposto monopolista, impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ dos preços. O primeiro grupo de produtos e localidades identificado segundo este procedimento será o menor grupo de produtos e localidades necessário para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços, sendo este o mercado relevante delimitado [a SEAE e a SDE adotará como referência de um ‘pequeno porém significativo e não transitório aumento’ de preço de 5%, 10% ou 15%, conforme o caso, no período não inferior a um ano]. Em outras palavras, ‘o mercado relevante se constituirá do menos espaço econômico no qual seja factível a um empresa, atuando de forma isolada, ou a um grupo de empresas, agindo de forma coordenada, exercer o poder de mercado.’¹⁶⁶

Isto quer dizer que um agente econômico monopolista poderá impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços quando o

¹⁶⁵ BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 139; e FORGIONE, op. cit., 2005, p. 242 *apud* Arreda e Kaplow, *Antitrust Analysis*, p. 576, *Mergers Guidelines* de 1984 e 1992, Hovenkamp, *The antitrust revolution*, p. 50 e ss.

¹⁶⁶ A Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001), p. 9.

consumidor não tiver outra alternativa senão recorrer ao agente econômico monopolista. Mas este monopólio hipotético dependerá essencialmente do comportamento dos consumidores, que poderão ou não buscar outro produto ou outra área. Para examinar se os consumidores estão propensos a desviar sua demanda para produtos similares ou produtos idênticos em áreas distintas, a SEAE e a SDE consideram os seguintes fatores:

características físicas dos produtos; características dos processos produtivos; propriedades comerciais dos produtos; evolução dos preços relativos e das quantidades vendidas; tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos substitutos; tempo e os custos envolvidos na decisão de consumir ou produzir produtos idênticos provenientes de outras áreas; e evidências de que os consumidores desviarão sua demanda ou levarão em conta a possibilidade de desviá-la em função de mudanças nos preços relativos ou em outras variáveis de competição (comportamento passado dos consumidores).¹⁶⁷

Em alguns casos, a SEAE e a SDE consideram como participantes do mercado aqueles que passam a produzir com a finalidade de conquistar o consumidor em razão do “pequeno porém significativo e não transitório aumento” de preços em um período não superior a um ano e sem a necessidade de arcar com custos de entrada ou de saída (são considerados significativos os custos que não forem cobertos em um ano, a contar do início da oferta do produto).

A Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001) adotou a mesma técnica utilizada nos Estados Unidos do monopólio hipotético descrita nas Horizontal Mergers Guidelines:

A market is defined as a product or group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximizing firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a ‘small but significant and nontransitory’ increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant. A relevant market is a group of products and a geographic area that is no bigger than

¹⁶⁷ A Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 01/08/2001 (DOU 17/08/2001), p. 10.

necessary to satisfy this test. The 'small but significant and nontransitory' increase in price is employed solely as a methodological tool for the analysis of mergers: it is not a tolerance level for price increases.

Absent price discrimination, a relevant market is described by a product or group of products and a geographic area. In determining whether a hypothetical monopolist would be in a position to exercise market power, it is necessary to evaluate the likely demand responses of consumers to a price increase. A price increase could be made unprofitable by consumers either switching to other products or switching to the same product produced by firms at other locations. The nature and magnitude of these two types of demand responses respectively determine the scope of the product market and the geographic market.

In contrast, where a hypothetical monopolist likely would discriminate in prices charged to different groups of buyers, distinguished, for example, by their uses or locations, the Agency may delineate different relevant markets corresponding to each such buyer group. Competition for sales to each such group may be affected differently by a particular merger and markets are delineated by evaluating the demand response of each such buyer group. A relevant market of this kind is described by a collection of products for sale to a given group of buyers.¹⁶⁸

Paula Forgione indica que esta análise (do monopólio hipotético) poderá acarretar um abuso de posição dominante, citando como exemplo o caso Du Pont (United States v. Du Pont & Co., 351 U.S. 377, 1956), no qual a Suprema Corte norte-americana entendeu que a Du Pont não dominava o mercado de fabricação de papel celofane pois o papel celofane poderia ser substituído pelo consumidor por outros tipos de papel com o mesmo resultado. Foi demonstrado que quando a Du Pont elevava seus preços a demanda dos outros papéis substitutos também crescia, havendo “elasticidade cruzada preço/demanda”. Assim, a Corte entendeu que, se o aumento do preço levava o consumidor a buscar outros produtos, era claro o vínculo concorrencial entre eles e, portanto, integravam o mesmo mercado relevante. Ela cita três problemas a partir da visão preconizada no caso: (i) definição exageradamente ampla do mercado, levando à conclusão de que o agente não teria poder econômico, quando, na verdade, abusa de sua posição dominante; (ii) o recorte do mercado relevante em torno do agente, podendo levar a conclusões equivocadas; (iii) a definição do mercado relevante pode derivar equivocada ou

¹⁶⁸ *Horizontal Mergers Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Issued: April 2, 1992, Revised: April 8, 1997, 1 Market Definition, Measurement and Concentration, 1.0 Overview.*

acertadamente de uma diferenciação do produto (feita para cativar o consumidor), ou seja, um sabão em pó com um diferencial não deve, necessariamente, ser considerado um produto diverso de sabão em pó¹⁶⁹.

Sob outro enfoque e objetivando a integração da União Européia, o modelo europeu delimita o mercado relevante analisando com mais acuidade as relações comerciais que o poder do agente econômico em discussão¹⁷⁰.

Voltando ao estudo do ordenamento jurídico pátrio, verifica-se que a delimitação do mercado relevante no direito da concorrência é extremamente importante para a correta aplicação da Lei 12.529/2011 (inciso II e §2º do art. 36).

Após verificada a importância do estudo dos mercados relevantes, cabe explicar quais são os tipos de mercado¹⁷¹: mercado perfeitamente competitivo e mercado imperfeitamente competitivo. O mercado perfeitamente competitivo é o chamado mercado de situação ideal, no qual a competitividade é perfeita em razão da equivalência de compradores e produtores, sendo todos pequenos, comparando-se com o todo, e incapazes de influenciar os preços individualmente.

O mercado imperfeitamente competitivo, no qual há concorrência, mas ela não é ideal pois não há equilíbrio entre os produtores que concentram o poder de mercado e o mercado consumidor. O mercado imperfeitamente competitivo pode ser de três tipos: (i) mercados oligopolizados; (ii) mercados monopolizados e (iii) monopsônios e oligopsônios.

Quanto aos (i) mercados oligopolizados, estes são identificados pelo pequeno número de agentes econômicos produtores ou pelo pequeno número de grandes agentes econômicos, o que impossibilita a competição com os agentes econômicos menores. Quanto aos (ii) mercados monopolizados, estes são formados por uma só empresa que domina o mercado, sem a ameaça do ingresso de um concorrente.

Os (iii) monopsônios e oligopsônios estão em outra posição na estrutura do mercado. O monopsônio é o monopólio do agente econômico no momento de

¹⁶⁹ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 255 a 258.

¹⁷⁰ Ibid., p. 258.

¹⁷¹ Utilizar-se-á a classificação amplamente difundida - BAGNOLI, op. cit., 2005, p. 126.

adquirir produtos de fornecedores para depois ele mesmo repassar ao consumidor final. O oligopsônio ocorre em uma situação em que há um pequeno número destes agentes econômicos no mercado.

4.1.3 Acordos Horizontais e Verticais

Os acordos que podem oferecer risco à concorrência são divididos conforme o mercado relevante em que atuam os agentes econômicos. A concentração horizontal ocorre em operações que envolvam agentes econômicos diferentes que vendem produtos ou serviços substitutos entre si e atuam no mesmo mercado relevante. A concentração vertical ocorre em operações que envolvam agentes econômicos diferentes que vendem produtos ou serviços pertencentes a etapas distintas da mesma cadeia produtiva e atuam mercados relevantes diferentes.

Como já tratado, o art. 36 da Lei 12.529/2011 (art. 20 da Lei 8.884/1994) preceitua que deverão ser considerados atos anticoncorrenciais os acordos que tem como efeito ou objeto uma das situações expostas em seus incisos, quais sejam, “I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”.

Ressalte-se que se o acordo, horizontal ou vertical, não tem como objeto ou efeito alguma das situações mencionadas no art. 36 da Lei 12.529/2011 não há infração à concorrência.

4.1.3.1 Acordos Horizontais (ou Colusão Horizontal)

A concorrência faz com que os agentes econômicos obtenham lucros menores, sejam compelidos a cuidar da qualidade do produto e façam investimentos para que permaneçam no mercado. Portanto, é previsível que os agentes econômicos procurem neutralizar a concorrência, alcançando uma posição monopolística ou realizando acordos, para justamente não serem obrigados a sofrer os inconvenientes da livre concorrência. Os acordos horizontais efetuados “entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominadas cartéis”¹⁷². Como se vê, para Paula A. Forgione estes acordos horizontais que visam restringir a livre concorrência são os cartéis.

No âmbito administrativo, o agente econômico (empresa) condenado pelo Cade pela prática de cartel deverá pagar uma multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação. No caso de pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais). E, no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa ou às pessoas jurídicas ou entidades.

Sem prejuízo de outras penas acessórias que podem ser impostas como, por exemplo, a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de

¹⁷² FORGIONE, op. cit., 2005, p. 397/398.

parcelar débitos fiscais, participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal por prazo não inferior a cinco anos.

No âmbito penal, a prática de cartel é crime punível com pena de 2 a 5 anos de reclusão ou multa, nos termos da Lei 8.137/90. A SDE age em parceria com a Polícia Federal, Polícias Cíveis e Ministérios Públicos Federal e Estaduais para que a lei seja efetivamente cumprida.

O acordo só poderá ser considerado infração administrativa à livre concorrência se tiver como objeto ou efeito prejudicar ou restringir a livre concorrência. Mas se o acordo não tiver como efeito ou objeto um dos incisos do art. 36 da Lei 12.529/2011, ele pode ser considerado um acordo aceitável, que gera eficiência ao mercado.

Calixto Salomão Filho chama os acordos, expressos ou tácitos, firmados entre concorrentes, de Colusão Horizontal. A colusão horizontal, para ele, restringe-se às hipóteses de acordo puro, no qual o objetivo primordial é “a fixação conjunta de uma das variáveis concorrenciais”, sendo suas variáveis: “preço, quantidade, qualidade e mercado”¹⁷³.

É necessário que ocorra no acordo entre as partes, independentemente da forma que ocorre, a convergência de entendimentos com a finalidade de restringir a livre concorrência. Para concluir sobre a existência ou não destes contratos, é necessário buscar provas de fato que demonstrem tal acordo. Calixto Salomão Filho defende que essa busca incessante pelas provas, que constitui a estratégia brasileira para a investigação de cartéis, pode levar a problemas jurídicos consideráveis por dois motivos: (i) o tipo ganha definição formal e não sistemática, necessariamente restrita, englobando somente os acordos expressos e formalizados; (ii) a ampliação daquilo que pode ser considerado prova de acordo. Imagine, quanto ao ponto (ii), se qualquer reunião, ou até mesmo a associação¹⁷⁴, entre concorrentes fosse considerada uma prova de cartel: haveria afronta ao direito de reunião (art. 5º, XVI, da CF) e ao mesmo tempo não seria tutelado o valor

¹⁷³ O acordo horizontal pode ser tanto expresso quanto tácito, mas o acordo expresso é mais perigoso já que ele se revela mais estável que o acordo tácito. SALOMÃO FILHO (A), op. cit., 2007, p. 262.

¹⁷⁴ A jurisprudência do CADE ratifica a legitimidade das associações entre concorrentes: PA 58 (1987), PA 94 (1990), PA 61 (1992), PA 155 (1994), PA 26/1996 e PA 145 (1993).

protegido – a livre concorrência. Desta forma, a conclusão a que se deve chegar é que não deve ser instituída a regra da ilicitude *per se* para as associações de agentes econômicos¹⁷⁵.

A discussão sobre o acordo não deve se esgotar nas provas do acordo, mas deve ir além para analisar o efeito – externo - para o direito concorrencial deste acordo. Neste sentido, deve ser diferenciada a intenção do efeito. Somente a intenção pode não gerar efeito algum para a concorrência (por exemplo, a discussão de preços entre agentes econômicos que não tem poder no mercado), mas havendo o efeito (por exemplo, a discussão de preços entre agentes econômicos que tem poder no mercado) há a infração à livre concorrência. Entretanto, há casos em que do acordo (e de suas intenções implícitas) é possível deduzir o risco para a concorrência e, neste caso, deve-se analisar duas características do acordo: (i) a sua estabilidade e (ii) o seu conteúdo que deve transparecer a estratégia dos agentes econômicos envolvidos. Desta forma:

Em presença dessas características, e admitida a teoria da incipiência¹⁷⁶ (...), é preciso reconhecer que o acordo, mesmo em ausência de elementos estruturais a garantir de forma absoluta a dominação de mercado, cria o razoável risco de gerá-la. Anunciadas ou disponíveis aos concorrentes uma ou mais políticas empresariais de agentes econômicos, e havendo uma garantia de sua durabilidade, há um verdadeiro convite à adesão ao incipiente cartel. Assim, mesmo que os participantes atuais não tenham, em conjunto, poder no mercado e não existam barreiras relevantes à entrada de concorrentes, é possível deduzir o risco à concorrência.¹⁷⁷

Mas, para o mesmo autor, a visão acima é demasiada simplista, já que é necessário analisar também o “comportamento paralelo intencional”, que se refere

¹⁷⁵ SALOMÃO FILHO (A), op. cit., 2007, p. 266/267.

¹⁷⁶ “A limitação à concorrência deve ser temida já no seu início. Exatamente porque a limitação à concorrência faz parte da racionalidade monopolista, tão mais difundidas e repetidas serão as condutas anticoncorrenciais quanto maior for o poder no mercado. Conseqüentemente, tão mais fácil será sancioná-lo quanto mais na origem, no início ou na incipiência for ele descoberto e as práticas ilícitas sancionadas. A conclusão, portanto, é que dominação do mercado haverá toda vez que existir risco de limitar a concorrência em seu sentido institucional, isto é, reduzir a escolha do consumidor. Isso ocorrerá tanto quando houver risco de exclusão de concorrente ou de colusão entre concorrentes que possa ter impacto sobre o mercado, limitando a escolha do consumidor.”. Ibid., p. 121 e 122.

¹⁷⁷ Ibid., p. 269.

ao aspecto prático (e não somente ao aspecto formal) do acordo. Neste passo, deverão ser verificadas as relações contratuais de fato, que, no caso dos cartéis, indicarão a existência de uma sociedade de fato:

Não há porque não aplicar a teoria das relações contratuais de fato e os critérios para identificação da sociedade de fato [dois critérios: encadeamento de atos – habitualidade - e ordenação para alcançar um objetivo potencial] à formação de cartéis. Esses podem ser vistos, na verdade, como sociedades de fato, pois há a conjunção de objetivos e repartição de proventos (ainda que de forma indireta, como consequência dos movimentos conjuntos e comuns de preços), desde que haja continuidade e habitualidade da conduta. Conseqüentemente – e esse é um resultado jurídico bastante relevante -, a conduta habitual de movimentos idênticos de mercado, acompanhada da existência de condições estruturais para a dominação do mercado, possibilita, sim, presumir a existência de cartéis. Como sempre, em matéria de comportamentos sociais típicos, não se trata de ter certeza que a única racionalidade para tais comportamentos é a cooperação (daí porque os raciocínios econômicos tem pouca utilidade). Não se trata de um juízo lógico de certeza, e nem tampouco de probabilidade. Exatamente como na sociedade de fato, podem existir outras implicações para o comportamento.¹⁷⁸

Para ser configurado o paralelismo intencional dos agentes econômicos não basta somente a semelhança dos preços dos concorrentes (movimentação paralela dos preços), a formação comum de estoque e a manutenção da participação no mercado relevante. Estes são fortes indícios de ofensa à concorrência, mas, por si só, não demonstram a intenção da afronta à livre concorrência. O aumento dos preços dos concorrentes só pode ser considerado indício suficiente para caracterizar acordo tácito quando não é justificado por mudança nos custos, o que inviabiliza a competição entre os agentes econômicos. De outro lado, o aumento de preços em conjunto pode ocorrer em decorrência de um ato de cooperação entre os concorrentes, visando a um fim coletivo. Tendo como base o fato de que para um cartel existir é necessário que haja uma troca constante de informações entre os participantes, que traz estabilidade às ações, tal ação cooperativa não poderá ser considerada um cartel. Um bom indicativo da existência de cartel, por exemplo, é a ação rápida dos competidores; isso indica um

¹⁷⁸ SALOMÃO FILHO (A), op. cit., 2007, p. 272.

conhecimento prévio da situação. Ressalte-se que os requisitos estruturais do paralelismo são dois: a existência de oligopólio e poder no mercado. Sem tais requisitos, não é possível o comportamento paralelo intencional, que visa determinado objetivo anticoncorrencial¹⁷⁹.

Sobre a questão, verifica-se que:

(...) o CADE tem manifestado uma tendência de tratar os acordos entre concorrentes como verdadeiros ilícitos *per se*, embora não se admita a existência de ilícitos *per se* no Brasil, em matéria concorrencial, acredita-se, preliminarmente, com base na inteligência da Lei n. 8.884/1994, que tais acordos devem ser analisados sob o crivo da regra da razão, isto é, mediante a utilização do arcabouço teórico e metodológico até aqui exposto e presente na teoria econômica e jurídica relacionada à matéria, para somente assim se aferir sua aceitabilidade ou não sob o ponto de vista do antitruste. Essa posição se sustenta, sobretudo, pelos diferentes níveis de colaboração, envolvimento e engajamento nas práticas que podem existir entre concorrentes, o que implica diversidade de efeitos gerados à sociedade.”¹⁸⁰

Para o autor, tais acordos podem abranger “uma gama diversa de condutas: desde *joint ventures* até cartéis de fixação de preços”, sendo “a distinção entre os tipos de acordos nas análises em casos concretos que permite uma maior e mais unívoca elucidação dos diversos efeitos que eles podem causar para a concorrência.”¹⁸¹.

¹⁷⁹ SALOMÃO FILHO (A), op. cit., 2007, p. 273 a 279.

¹⁸⁰ GOBAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 161.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 162.

4.1.3.2 Acordos Verticais (ou Colusão Vertical)

Os acordos verticais são aqueles que envolvem “agentes econômicos que atuam em estágios diversos de uma mesma cadeia de produção/comercialização”¹⁸².

Paula A. Forgione afirma que há divergência doutrinária quanto ao tema e que praticamente todos os autores discorrem sobre suas vantagens e desvantagens:

De uma parte colocam-se aqueles que vêem nos acordos verticais prejuízos para a concorrência e para o sistema iguais aos que são trazidos pelos acordos horizontais, na medida em que neutralizam a competição entre os distribuidores de um mesmo produto (*intra-brand competition*). De outra, alega-se que não se pode ver, nos acordos verticais, efeitos restritivos iguais aos que são produzidos pelos cartéis, pois fomentam a concorrência entre produtores (*inter-brand competition*).

Assim, no que diz respeito aos efeitos sobre a concorrência que são provocados pelos acordos verticais, devemos levar em conta de consideração duas ordens de questões: esse tipo de acordo pode restringir a concorrência entre os agentes econômicos distribuidores de um mesmo bem ou serviço (*intra-brand competition*) e, ao mesmo tempo, fomentar a concorrência no mercado relevante em que atua o produtor (*inter-brand competition*). Os acordos verticais acabariam, então, por trazer benefícios e não prejuízos para a concorrência, já que: (i) implicariam redução de custos na distribuição (inclusive economia dos chamados ‘custos de transação’), viabilizando economias de escala; (ii) facilitariam a entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, pois permitiriam o retorno do investimento efetuado; (iii) impediriam a atuação de *free riders*¹⁸³; (iv) evitariam a concentração dos distribuidores, de forma a não permitir que aqueles mais agressivos acabassem por incorporar outros, causando um indevido grau de concentração no mercado; e (v) permitiriam a preservação da imagem do produto.¹⁸⁴

Contudo, os efeitos supostamente positivos não têm o condão de neutralizar os efeitos negativos, que são anticoncorrenciais e deverão ser coibidos.

¹⁸² FORGIONE, op. cit., 2005, p. 397 e 398.

¹⁸³ O distribuidor *free rider* é aquele que vende o produto mais barato, pois suporta um custo fixo baixo em razão de sua estrutura simples;

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 420 e 421.

Calixto Salomão Filho chama os acordos verticais de colusão vertical, entendendo que o objetivo da colusão vertical é a eliminação da oposição de interesse entre seus membros. O principal elemento da colusão vertical é a discriminação, que pode ser definida como o tratamento diferenciado, e não justificado por situações de mercado, entre os participantes do acordo e os outros concorrentes¹⁸⁵, que ocorre com o fim de eliminar a concorrência:

Seja influenciando a composição entre distribuidores, ou elegendo um deles como parceiro especial, elimina-se a essencial e saudável concorrência (intramarca), dando-se com isto passo fundamental para a total dominação do mercado (com eliminação da concorrência intermarcas e total cartelização do mercado).¹⁸⁶

A discriminação, tão somente, não deverá ser punida se não acompanhada dos efeitos anticoncorrenciais, ou seja, é necessário que os demais concorrentes (que não participam da colusão vertical fiquem em situação desfavorável, isto é, sem outro fornecedor que conceda as mesmas condições que o agente econômico participante da colusão concede. Seriam duas as consequências básicas da colusão vertical: (i) se um dos participante da colusão deter o poder no mercado, sobrarão poucas alternativas aos produtores/distribuidores que não participam da colusão para participar do mercado em condições concorrenciais; (ii) a discriminação atinge tanto os concorrentes existentes quanto os potenciais, criando-se uma barreira à entrada de novos participantes no mercado (que terão de formar novas colusões para competirem)¹⁸⁷.

Conclusão: configura-se a ilicitude das restrições verticais, se presentes os efeitos anticoncorrenciais, e sobre o perigo da imposição de preço de revenda único (padronização dos preços) que advém da colusão vertical¹⁸⁸

Paula A. Forgione defende que há quatro principais tipos de restrição vertical: (i) determinação dos preços de revenda, que é o mecanismo pelo qual o fornecedor impõe ou sugere o preço que deverá ser comercializado o produto; (ii)

¹⁸⁵ SALOMÃO FILHO (A), op. cit., 2007, p. 293.

¹⁸⁶ Ibid., p. 292.

¹⁸⁷ Ibid., p. 294.

¹⁸⁸ Ibid., p. 311.

divisão do mercado, no qual o fornecedor atribui a cada distribuidor uma parte do mercado; (iii) exclusividade, que é a situação de exclusividade concedida pelo fornecedor ao seu distribuidor no mercado relevante geográfico e material; e (iv) venda casada, que é o mecanismo pelo qual o distribuidor do produto é compelido a adquirir outros produtos do fornecedor que não aqueles originalmente desejados. E conclui que a licitude do acordo vertical “dependerá da análise caso a caso, sopesando-se o mercado relevante de que se está tratando, o tipo de produto comercializado e a necessidade do consumidor satisfeita”¹⁸⁹.

4.2 Jurisprudência do Cade

A jurisprudência do Cade sobre o assunto foi pesquisada com a finalidade de verificar se a *joint venture* (e mais especificamente a *joint venture* contratual) está sendo utilizada como forma de associação entre as empresas no país. O termo de pesquisa utilizado foi “joint venture” e a data-base da pesquisa foi 12.7.11. Foram encontrados 255 (duzentos e cinquenta e cinco) julgados, dos quais 4 (quatro) casos tratavam-se de *joint venture* contratual.

Em nenhum dos casos de *joint venture* contratual estava explícito na ementa que se tratava de uma operação contratual apenas. Foi necessário verificar no acórdão a natureza da *joint venture*. Na maioria dos casos, tal informação constava no parecer da Secretaria de Acompanhamento Econômico, que não se preocupou em definir o tipo de *joint venture*, mas definir se a operação, que poderia acarretar ou não na formação de uma sociedade.

¹⁸⁹ FORGIONE, op. cit., 2005, p. 427 a 429.

Primeiro Caso – Processo nº 08012.000964/2001-10

Partes: Distribution Control System, Inc e Nansen S.A. Instrumentos de Precisão. Trata-se de *joint venture* entre as empresas DCSI e Nansen, a ser desempenhada no Brasil pela Nansen. A DCSI não atua no Brasil e Nansen já opera no mercado brasileiro detendo 13% do mercado.

Motivo da operação: as empresas pretendiam desenvolver, produzir e comercializar no Brasil um sistema de comunicação e controle de cargas (energia) baseado em tecnologia desenvolvida pela DCSI, denominada *Two Way Automatic Communication Systems* (TWACS). A função essencial deste sistema é auxiliar as empresas de energia elétrica na medição do consumo de energia e no controle e gerenciamento das redes de transmissão e distribuição. Além da introdução de novos produtos no mercado brasileiro, a *joint venture* também representa o ato de entrada da DCSI no mercado brasileiro.

A disponibilidade desses novos produtos no mercado brasileiro concederá às empresas de tecnologia uma nova possibilidade de escolha para as empresas de energia elétrica, o que acarretará um aumento da concorrência, em âmbito nacional.

Operação: *joint venture* contratual. Segundo o contrato acostado aos autos, bem como o parecer da SEAE: “O ato ora notificado consubstancia acordo para o desenvolvimento de uma aliança estratégica entre as Requerentes”. A operação não gerou acréscimo do percentual de participação no mercado relevante adotado. O acordo foi submetido ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em virtude do faturamento bruto estabelecido no §3º do art. 54 da Lei 8.884/1994.

Conclusão quanto à operação: o Cade aprovou o ato sem restrições. De fato, a operação não gera concentração horizontal ou integração vertical e não afeta o padrão da concorrência. Além de não impactar negativamente, a operação pode ser considerada benéfica para a concorrência, na medida em que uma nova

tecnologia será desenvolvida no Brasil, o que fomenta a competição e o desenvolvimento de tecnologias análogas de origem brasileira.

Segundo Caso – Processo nº 08012.003554/2002-10

Partes: Alimentos Heinz C.A. e Empresas Iansa S.A. Sociedade Anônima de Capital Aberto. O setor de atividade da Alimentos Heinz é o da indústria alimentícia; ela atua no Brasil através da Alimentos Premium do Brasil Ltda.; a Alimentos Heinz não manufatura seu produtos no Brasil; todo o faturamento é proveniente de exportações. O setor de atividade da Iansa também é o alimentício; ela atua no Brasil através da subsidiária Sofruta Indústria Alimentícia Ltda.; a Iansa não faturou no Brasil em 2001, mas o Grupo Iansa faturou, aproximadamente, US\$22.2 milhões e no mundo US\$483 milhões.

Motivo da operação: as empresas pretendiam unir recursos para a produção (direta ou através de terceiros), promoção, comercialização e distribuição de produtos alimentícios a base de tomate sob a marca da H. J. Heinz ou qualquer outra que as partes acordarem no território brasileiro. Para as partes, as razões decisivas para a realização da operação são: ofertar produtos da marca Heinz por preço inferior ao produto importado Heinz; colocar à disposição do consumidor local um produto a base de tomate de alta qualidade pelo menor preço; maximizar a produção da indústria brasileira e ampliar a capacidade competitiva da Heinz; e, em um segundo momento, desenvolver a capacidade da Heinz para exportar produtos do Brasil, colaborando com a balança comercial brasileira.

Operação: *joint venture* contratual. Segundo o contrato de *joint venture* acostado aos autos, bem como o parecer da SEAE. A operação gerou concentração horizontal incapaz de gerar danos à concorrência. O mercado relevante a ser analisado é o nacional de ketchup. A concentração resultante da operação, de acordo com as partes, representa, se houve, menos de 2% do mercado. O ato de concentração ainda apresenta que os critérios considerados pelo consumidor ao

comprar o produto em questão são: qualidade, preço, tradição da marca, conveniência da embalagem e ausência de ingredientes artificiais.

Conclusão quanto à operação: o Cade aprovou o ato sem restrições. De fato, a operação não gera concentração horizontal ou integração vertical e não afeta o padrão da concorrência. Além de não impactar negativamente, a operação pode ser considerada benéfica para a concorrência, na medida em que o consumidor terá mais uma opção de produto.

Terceiro Caso – Processo nº 08012.004387/2009-92

Partes: Delta Air Lines Inc., Societe Air France e Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N. V. As empresas já atuam no Brasil.

Motivo da operação: as empresas pretendiam operar em conjunto nas atividades transatlânticas. Trata-se de criação de *joint venture*, celebrado de um lado pela Delta e de outro pela Air France e KLM, por meio da qual as empresas operarão em conjunto suas atividades transatlânticas, coordenando operações e dividindo receitas e custos de sua malha transatlântica. As empresas cooperarão nas rotas entre América do Norte e África, Oriente Médio e Índia, bem como em vôos entre a Europa e diversos países da América Latina. Em resumos, as partes querem formar uma aliança única, reunindo suas malhas aéreas e permitindo-lhes a comercialização de serviços aéreos globalmente integrados.

Operação: *joint venture* contratual. Segundo a descrição resumida da operação, a “*joint venture* ora notificada não será estabelecida como uma sociedade autônoma ou como uma entidade separada de qualquer outra natureza e tampouco será uma subsidiária ou afiliada das Partes.”, ratificada pelo parecer da SEAE. A operação está sendo realizada no exterior e apenas foi notificada em razão do faturamento das partes ter sido superior a R\$ 400 milhões em 2008.

Conclusão quanto à operação: o Cade aprovou o ato sem restrições. De fato, a operação não gera concentração horizontal ou integração vertical e não afeta o padrão da concorrência. Isso porque, conforme análise da SEAE, as rotas da Delta ligam cidades da América do Sul com a América do Norte, enquanto as rotas da Air France e da KLM ligam a América do Sul com a Europa. Além de não impactar negativamente, a operação pode ser considerada benéfica para a concorrência, na medida em que o consumidor terá mais uma opção de serviço.

Quarto Caso – Processo nº 08012.010381/2009-54

Partes: Foz do Brasil S.A. e Cia. De Saneamento Básico de São Paulo.

Motivo da operação: as empresas pretendiam desenvolver o Projeto Aquapolo Ambiental, que tem como objetivos desenvolver, construir, operar e efetuar a manutenção do sistema para fornecimento de água industrial às unidades do pólo petroquímico do Grupo Quattor no Grande ABC Paulista. O Aquapolo irá utilizar os efluentes secundários da Estação de Tratamento de Esgotos ABC (de propriedade e operação da Sabesp) como insumo para produção contínua de água industrial de alta qualidade requerida pelo cliente final. Os efluentes secundários, atualmente lançados no Córrego dos Meninos, serão captados e enviados para tratamento terciários pelas unidades do Projeto Aquapolo, passando a ter alto valor agregado, uma vez que serão enviados para o cliente final e utilizados em processos industriais.

Operação: *joint venture* contratual. Segundo o parecer da SEAE, trata-se de acordo de cooperação realizado entre as partes. Tal cooperação ocorrerá para viabilizar o atendimento de um cliente específico de grande porte. A presente operação tem preocupação com o meio ambiente sustentável, especialmente no que tange a preservação dos recursos hídricos e obtenção de alternativas viáveis e racionais para minimizar os impactos ambientais do uso intensivo de água, especialmente no setor industrial.

Conclusão quanto à operação: o Cade aprovou o ato sem restrições. De fato, a operação não gera concentração horizontal ou integração vertical e não afeta o padrão da concorrência. Além de não impactar negativamente na concorrência, a operação pode ser considerada benéfica para o meio ambiente.

Como se viu, nos casos acima o intuito é a cooperação entre as empresas co-ventures para desenvolver uma atividade em conjunto. Em nenhum dos casos há a constituição de uma terceira sociedade ou a transferência de ações. Mas em todos os casos, há um ou mais contratos que descreve os termos da *joint venture*.

5 Conclusão

A *joint venture* é uma forma importante de associação e são inúmeros os objetivos a serem alcançados com a criação da *joint venture*: integração entre produção, fabricação e comercialização; a concretização de algum empreendimento; absorção de tecnologia; expansão de certo setor da empresa; desenvolvimento de novos processos; expansão transnacional.

Tal importância se revelou nesta dissertação principalmente quando da pesquisa jurisprudencial sobre o tema no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). O número de julgados que consta a expressão “*joint venture*” ultrapassa os 250 casos, o que confirma a importância da associação tratada neste trabalho.

Além deste fato, verificou-se também que a *joint venture* é uma forma de aproximação entre as empresas estrangeiras com as empresas brasileiras. A maioria dos julgados encontrados trata de operações efetuadas com/entre grupos estrangeiros, o que causa implicações a outros países, além do Brasil. Há outras circunstâncias que comprovam a importância do tema nacional e globalmente, como explicado no decorrer da dissertação.

Há algumas classificações doutrinárias que distinguem os tipos de *joint venture*. Dentre elas, há a classificação do ponto de vista formal, que divide as *joint ventures* em *corporate* (societária) e *non corporate* (contratual). A *joint venture* societária estabelece em seu contrato a criação de uma pessoa jurídica, geralmente uma sociedade de responsabilidade limitada ou uma sociedade por ações, ou mesmo a alteração do objeto social de uma sociedade já existente. Esta terceira sociedade é autônoma e possui as exigências legais para seu funcionamento.

Contudo, ela não deve ser considerada independente, pois esta sociedade é um meio para que seus sócios exerçam as atividades previstas contratualmente.

A *non corporate joint venture*, também chamada de *joint venture* contratual, não constitui uma terceira empresa. Ela advém de uma associação de interesses sintetizada em um contrato, que determinará todas as vontades e objetivos dos participantes da *joint venture*. Tal *joint venture* contratual é vista como menos rígida que a *corporate joint venture*, pois a primeira tem como base única o contrato, enquanto a segunda, além do contrato, requer a constituição de uma sociedade.

Conforme mencionado no decorrer do Capítulo 1, para Maristela Basso, a realidade do comércio internacional fez com que o direito obrigacional se alterasse, fazendo com que as *non corporate joint ventures* se aproximassem das *corporate joint ventures*. O motivo para tal aproximação seria a tendência à flexibilização dos contratos.

Para o empresariado, de fato, a utilização da *joint venture* contratual poderá ser mais benéfica por diversos motivos: a rapidez da sua elaboração, a ausência de formalidades legais de cunho societário, a utilização de cláusulas flexíveis, dentre outros.

Contudo, na realização da *joint venture* contratual, o direito tem dificuldades na regulação, pois os contratos não são, em regra geral, fiscalizados pelo Estado. Assim, é possível que na *joint venture* contratual, o objetivo do empresariado de neutralizar a concorrência possa ser atingido.

Neste passo, o ordenamento jurídico brasileiro incluiu a *joint venture* na definição de ato de concentração. O art. 90 da Lei 12.529/2011 cita especificamente em seu inciso IV que a *joint venture* pode ser considerada um ato de concentração. Note-se que a Lei 8.884/1994 não citava expressamente a *joint venture*, mas ela já era considerada pela jurisprudência do Cade uma operação que poderia desencadear concentração. Esta inclusão na legislação demonstra aquiescência do legislador às alterações na atividade empresarial e na economia.

A legislação foi mais específica e tal especificidade está no mesmo sentido do entendimento de José Eduardo Faria, que sugere que o Estado, sem condições de regular ou intervir diretamente na economia, passa a substituir as normas abstratas, gerais e impessoais por normas particularizantes, específicas e finalísticas. A inclusão de tipos específicos de operações na Lei 12.529/2011 foi uma forma de especificar os atos de concentração passíveis de análise pelo Cade.

Para José Eduardo Faria, uma das consequências da “reestruturação do capitalismo”, provocada pela globalização, é a diferenciação socioeconômica, que é a tendência da economia ser dividida em sistemas e subsistemas diversificados, especializados e interdependentes, que criam regras próprias (auto-regulação). A diferenciação socioeconômica dificulta a hierarquização das funções e dos papéis dos setores ou agentes, pois nenhum sistema especializado se sobrepõe a outro. Assim, a tendência é não existir um sistema hierarquicamente superior, com a função de direção e controle sobre os demais sistemas e subsistemas, o que dificulta a ação do Estado, com o fim de atingir o “interesse público” e o “bem comum”. Tal situação dificulta o papel do Estado de regulador da economia.

Mas o papel do Estado vai além da edição de normas: o Estado é essencial para a acumulação de capital. Ele é que possibilita os lucros significativos das empresas e bancos. E, com a globalização, a tendência é que as funções do Estado se expandam, pois quanto mais funções tem o Estado, mais ele precisa arrecadar para cumpri-las, o que acarreta um aumento na carga fiscal. Há ainda o fenômeno da diminuição da legitimação das estruturas estatais.

Para Wallerstein, estamos vivendo uma crise terminal no capitalismo, já que a sociedade se desiludiu com os Estados, o que acarretou um sentimento de antiestatismo. E os Estados, que perderam sua legitimidade, não desempenham de forma satisfatória suas funções de garantidores do quase-monopólio, prejudicando os capitalistas. Contudo, essa afirmação não deverá ser aplicada totalmente no contexto das *joint ventures* contratuais. Os Estados continuam tentando desempenhar suas funções de garantidores do quase-monopólio, mas mesmo que não desempenhem de forma tão eficiente tais funções, prejudicando os capitalistas, o próprio mercado altera as suas construções para manter o capitalismo. O

mercado, a sociedade, a economia se desenvolvem e criam mecanismos com a finalidade de alcançarem seus objetivos.

Como se viu, a legislação da concorrência abordou a *joint venture*. Contudo, há um espaço entre a construção teórica da legislação e o mercado. A legislação concorrencial é uma forma de observação pelo direito da economia. O comando legal poderá ou não acarretar alteração no mercado, mais especificamente, no desenvolvimento das atividades empresariais.

Isto porque nem sempre os administradores realizarão as suas atividades de acordo com as leis que os regulam. Assim, se o administrador desrespeita a legislação e não há sanção, o direito não terá conseguido interferir na economia, o que significa que não haveria, neste caso, regulação econômica. Quanto a este ponto, há situações em que o Estado deixa de regular de forma proposital, concedendo espaço para a auto-regulação e outras que o Estado não consegue regular. No caso das *joint ventures* contratuais é possível afirmar, em razão da art. 90 da Lei 12.529/2011, que o Estado tentou regular, mas não foi bem sucedido, em razão das alterações constantes da atual sociedade complexa, diferenciada socioeconomicamente e globalizada.

A economia é observada pelo universo jurídico e o direito é observado pela economia. O direito e a economia são sistemas autopoieticos, ou seja, autônomos, que se observam mutuamente e evoluem de forma conjunta. O direito analisa as prováveis condutas anticompetitivas do contexto econômico, ou seja, analisa o mercado. E o Cade, ao julgar determinado abuso do poder econômico, que visa a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário dos lucros, também analisará o mercado sob a perspectiva jurídica. Em ambos os casos, o direito observa a economia. A economia, como outro sistema autopoietico, por sua vez, observa o direito sob o seu ponto de vista, com a finalidade de manter o que é eficiente para ela.

De fato, no processo de elaboração da norma, o legislador verifica as prováveis condutas anticompetitivas no contexto econômico e ao julgar o Cade analisa juridicamente o mercado.

A *joint venture* contratual é um instrumento meramente contratual, situado entre o “teto econômico” e o “piso social”. O legislador editou uma norma que abarca a *joint venture* contratual: a Lei 12.529/2011 cita expressamente a *joint venture* no artigo 90, IV, como associação que pode gerar um ato de concentração. Portanto, se uma *joint venture*, tanto contratual como societária, preencher os critérios do art. 88, o ato deverá ser submetido à análise do Cade. Ademais, a Superintendência-Geral do Cade poderá, de fato, instaurar procedimento investigatório de natureza inquisitorial para apuração de infrações à ordem econômica (art. 66 da Lei 12.529/2011).

Contudo, qual é o mecanismo que o legislador irá utilizar para coagir o infrator a não realizar o ato de concentração por meio da *joint venture* contratual? Não há forma alguma de coação, porque o ato de concentração realizado de forma contratual está distante das construções teóricas, ou seja, da norma. A norma que impõe a apresentação do ato de concentração ao Cade, neste caso, não influencia os atos praticados na economia.

E como o Cade procederá à investigação se não há criação formal de uma empresa, com NIRE registrado na Junta Comercial ou CNPJ cadastrado na Secretaria da Receita Federal do Brasil? É muito difícil para o Cade, apesar de todos os recursos que possui, visualizar um ato de concentração efetuado por meio de um contrato. Portanto, a norma que dá poderes ao Cade de investigação fica sem efeito. O ato de concentração realizado de forma contratual está distante das construções teóricas.

Por outro lado, a *joint venture* societária inclui a formação de uma terceira empresa ou a alteração dos objetivos sociais de uma empresa já existente e isto poderia ser fiscalizado pelo Estado, mais especificamente pelo Cade. Neste caso, a norma observa o mercado, a sociedade e a economia efetivamente. Assim, não é cabível a visão de que a legislação de direito concorrencial seria simbólica; ela tem efetividade parcial.

De acordo com tal conclusão, têm-se outros questionamentos. Conforme foi abordado no decorrer da dissertação, a contratualização e formação de companhias globais por meio dos contratos é uma realidade e há uma tendência de

crescimento deste tipo de negociação. Os contratos são atualmente um importante instrumento utilizado pelos agentes econômicos para efetivar suas transações negociais e uma das principais características do contrato atual é a sua flexibilidade. Muitos defendem o retorno da *lex mercatoria* e a *joint venture* contratual poderia ser um dos símbolos deste retorno, já que ela é um instrumento criado pelos próprios operadores do direito contratados pelas grandes companhias, que podem desejar tanto uma cooperação quanto a concentração, horizontal ou vertical.

O direito da concorrência observa a movimentação do mercado e tenta, de diversas maneiras, alcançar as negociações privadas. O direito brasileiro, tanto por meio da Constituição Federal, quanto por meio da lei, prevê o combate ao abuso do poder econômico, que visa a dominação do mercado; a eliminação da concorrência; ou o aumento arbitrário dos lucros.

O direito concorrencial foi uma conquista da sociedade, mais especificamente dos consumidores, e do mercado, pois ele objetiva disciplinar a atividade econômica, coibindo e prevenindo abusos do poder econômico e defendendo a livre concorrência. Por esse motivo, a importância deste é inegável. Contudo, uma questão é persistente: o Estado tem condições de fiscalizar as relações privadas e verificar em quais delas há abuso do poder econômico?

O mercado, a sociedade e a economia criam mecanismos para se desenvolverem de forma a alcançar seus objetivos, mantendo o capitalismo. A sociedade atual complexa e diferenciada socioeconomicamente, caracterizada pelos sistemas e subsistemas diversificados, especializados de atuação autônoma e interdependente, e globalizada, caracterizada pela relação constante entre pessoas e empresas do globo, provam a mencionada criação de mecanismos para a manutenção do capitalismo.

De fato, o sistema capitalista deseja a concentração, a neutralização da concorrência, e este não é o ideal do direito da concorrência. O desenvolvimento do mercado, da sociedade e da economia e o atual viés contratualista dessas relações indicam que estes agentes buscam se afastar da fiscalização do Estado. Assim, o Estado, cada vez mais, tem dificuldade em fiscalizar as relações em que há abuso de poder econômico.

As *joint ventures* contratuais são usuais em nossa sociedade e serão cada vez mais, pois a tendência à contratualização é inegável, conforme foi verificado no capítulo 3. Mas, o Estado não tem e possivelmente não terá condições de fiscalizá-las, já que elas são formadas por meio de contratos, que nem sempre são expostos à sociedade e ao Estado. Esta circunstância pode trazer prejuízos à livre concorrência e conseqüentemente ao consumidor, à sociedade, ao mercado e à economia.

Referências da Dissertação

- ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- ARRIGHI, Giovanni, BARR, Keinneth, HISAEDA, Shuji. *A transformação da empresa capitalista in: Caos e Governabilidade no Moderno Sistema Mundial*, orgs. ARRIGHI, Giovanni e SILVER, Beverly J.. trad. Vera Ribeiro, ver. de trad. César Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto; Ed. UFRJ, 2001.
- BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil, Globalização, União Européia, Mercosul, ALCA*. São Paulo: Editora Singular, 2005.
- BASSO, Maristela. *Joint ventures: manual prático das associações*. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BAPTISTA, Luis Olavo. *Empresa Transnacional e Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- BID, OCDE. *Lei e Política da Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris: OCDE, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos Comerciais*, 4. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo Código Civil por Carlos Alberto Bittar Filho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988.
- _____. Lei 8.884/1994, de 11 de junho de 1994.
- _____. Lei 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011.
- _____. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01 de agosto de 2001 (DOU 17/08/2001).

_____. Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012.

BUCKLEY, Peter J., CASSON, Mark. *An Economic Model of International Joint Venture Strategy in Journal of International Business Studies*, Vol. 27, nº 5, Global Perspectives on Cooperative Strategies (1996), pp. 849-876. Hants, UK: Palgrave Macmillan Journals, 1996.

CAMPBELL, Denis. *Comparative Law Yearbook of International Business - Vol. 30A - International Joint Ventures. Netherlands: Kluwer Law International*, 2009.

Department of Justice and the Federal Trade Commission. Horizontal Mergers Guidelines, U.S. Issued: April 2, 1992, Revised: April 8, 1997, 1 Market Definition, Measurement and Concentration, 1.0 Overview.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização econômica: notas para uma discussão*. São Paulo, v. 11, n. 30.08.1997. Retirado de <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004&lng=en&nrm=iso> em 11.11.2011.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*, 1. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Sociologia Jurídica: direito e conjuntura*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FARIA, Werter R. *Constituição Econômica: Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

FERRAZ, Daniel Amin. *Joint venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FORGIONE, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 2. ed., 2. tir. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GALGANO, Francesco. *Lex mercatoria*. Bologna: *Universale Paperbacks il Mulino*, 2001.

- _____. *The New Lex Mercatoria in Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 2, issue 1, article 7, 1995. Retirado de <<http://digitalcommons.law.ggu.edu/annlsurvey/vol2/iss1/7>> em 2.11.11.
- GAMBARO, Carlos Maria. *O contrato internacional de joint venture*. Revista de Informação Legislativa, v. 37, n. 146, abr./jun. de 2000.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da Modernidade*, trad. Raul Fiker, 5. reimp. São Paulo: Editora Unesp, 1991.
- Guia Prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil, 3. ed. revista, ampliada e bilíngue. São Paulo: CIEE, 2007.
- GOBAN, Eduardo Molan, DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste: o combate aos cartéis*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- Horizontal Mergers Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Issued: April 2, 1992, Revised: April 8, 1997, 1 Market Definition, Measurement and Concentration, 1.0 Overview.*
- IANNI, Octávio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.
- KVINT, Vladimir L., *International M & A, joint ventures and beyond*, org. David J. BenDaniel e Arthur H. Rosebloom. New York: John Wiley & Sons, Inc., 1998.
- LUIKI, Paulo. *Joint Venture: definition and legal issues em Joint Venture in the International Arena*, 2. ed., Org. Darrell Prescott e Salli A. Swartz. Illinois: ABA Publishing, 2010.
- MAGALHÃES, José Carlos de, SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. *A concentração de empresas e a competência do CADE*. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 140, out./dez. de 1998.
- MAGALHÃES, José Carlos de, VALLE, Regina Ribeiro do. *Mundialização do Direito in Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*, coord. Selma Ferreira Lemes, Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins, 1. ed., 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

- McCORMICK, Roger. *Legal risk, Law and justice in a globalising financial market. Law and Financial Market Review, July, 2007.*
- MERCOSUL. Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul. Retirado de <http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrenci_a_Mercosul.pdf> em 13 de março de 2012.
- MINERVINI, Nicola. *O exportador*, trad. Patrizia Minervini, 4. ed. São Paulo: Prentice Hall, 2005.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- _____. São Paulo: Tese apresentada ao concurso para provimento do cargo de professor titular na área de direito constitucional junto ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e globalização econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- PRESCOTT, Daniel. *Antitrust Aspects of Joint Ventures em Joint Venture in the International Arena*, 2. ed., org. Darrell Prescott e Salli A. Swartz. Illinois: ABA Publishing, 2010.
- RASMUSSEN, U. W. *Holdings e Joint Ventures: uma análise transacional de consolidações e fusões empresariais*, 2. ed. São Paulo: Aduaneiras, 1991.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As condutas*, 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007 (A).
- _____. *Direito Concorrencial - As estruturas*, 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007 (B).
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste – Aspectos Internacionais*, 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*, 4. ed. São Paulo: LTr, 2003.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*, trad. e pref. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- TOURAINÉ, Alain. *La Globalización: ¿Espantajo Ideológico?. In: ¿Cómo salir del liberalismo?, Colección Estado y Sociedad nº 71*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1999. Retirado de <<http://www.cholonautas.edu.pe>> em 09 de novembro de 2011.
- VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- WALD, Arnoldo. *A Arbitragem e os Contratos Empresariais Complexos. In: Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 2, nº 7, out./dez. de 2005.
- _____. *Obrigações e Contratos*, 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002, com a colaboração do Desembargador e Professor Semy Glanz. São Paulo: Saraiva, 2006.
- WALLERSTEIN, Immanuel. Entrevista concedida a Gustavo Opschpe para a Folha de São Paulo, em 17 de outubro de 1999. Especial para Folha Editoria: MAIS!; p. 5-9. Disponível em <<http://www.globalizacion.org/biblioteca/WallersteinRuinaCapitalismo.htm>> em 21 de dezembro de 2011.
- _____. *Globalização: uma trajetória a longo-prazo do sistema mundo in O declínio do Poder Americano*. Org. _____, Rio de Janeiro: Contraponto, 2004.
- _____. *O fim do mundo como o concebemos: ciência social para o século XXI*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- _____. *World-Systems Analysis - An Introduction*. Durham e Londres: Duke University Press, 2004.