

Joint Ventures internacionais: particularidades e aspectos concorrenciais

Giovanna Bakaj¹

RESUMO:

A *joint venture* é fruto das necessidades de um mundo globalizado. Antes de ser um conceito jurídico, é um conceito econômico que impacta diretamente no mundo do direito. O presente trabalho tem como objeto o interessante campo das *joint ventures* internacionais, a partir de uma análise das suas particularidades e de seus aspectos concorrenciais. Inicialmente, são feitas digressões sobre cooperação internacional, logo depois, aborda-se o tema pesquisa e desenvolvimento, adentra-se nos aspectos concorrenciais e, por fim, traz-se à baila as questões relativas à lei aplicável à *joint venture* internacional e a eleição do foro pelos parceiros. Ao final, demonstra-se que a diferença entre *joint ventures* nacionais e internacionais reside no funcionamento e não na estrutura.

Palavras-Chave: *Joint venture*, *Joint venture* internacional, *Joint venture* nacional, Lei aplicável, Eleição de foro, Direito da Concorrência, Cooperação internacional.

ABSTRACT:

Joint ventures are considered to be an economic concept, instead of a legal one, and are extremely important for the survival of enterprises within our globalized world. This paper will analyse international joint ventures from a functioning point of view by presenting international cooperation aspects, as well as competition law, research and development, as well as applicable law aspects.

Key words: Joint venture, International joint venture, Applicable law, Competition law, International cooperation.

¹Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: giovanna.bakaj@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Funcionamento das *joint ventures* internacionais 2.1. Cooperação internacional 2.2. Pesquisa e Desenvolvimento 2.3. Aspectos concorrenciais 2.4. Lei aplicável à *joint venture* e foro competente 3. Conclusão 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

O fenômeno da globalização tem acarretado a remodelação das estruturas empresariais visando atender as exigências de consumidores que almejam produtos diferenciados, a preços competitivos e com qualidade. Vem surgindo uma nova ordem econômica mundial decorrente dos avanços tecnológicos nas redes de trabalho, conforme afirma Filos:

O mercado digital oferece novas e ilimitadas oportunidades para aqueles que operam através deste. Conceber essas novas oportunidades traz novos desafios. Os participantes no mercado digital constatarem que para alavancar os benefícios dele derivados, as atitudes tradicionais e as perspectivas para realizar negócios precisam ser redefinidas²

O fator determinante da competitividade de uma empresa dinâmica é minimizar o tempo para criação e exploração de oportunidades e agregar serviços e opções aos seus produtos. Uma empresa que tem sucesso nesses fatores é recompensada pelo mercado, enquanto as que não tem sucesso acabam sendo deixadas de lado.

Diante desse panorama é essencial às empresas estarem aptas a antecipar as tendências do mercado, de forma a sobressair em relação aos demais concorrentes. Elas devem, portanto, ser proativas para criar novas oportunidades de clientes e devem estar aptas a dar respostas rápidas a oportunidades inusitadas³.

Dentre as estratégias para se adequar a um mercado com tais características, a cooperação empresarial surge como opção para incrementar a dinamicidade da sociedade empresária, tendo em vista que possibilita levar produtos ao mercado em menor tempo e com menor custo. Diversas são as formas de cooperação, e uma possível é a *joint venture*, objeto do presente estudo.

²FILOS, E. Banahan. Will the organization disappear? The challenges of the new economy and future perspectives. In: *E-business and Virtual Enterprises: Managing, business-to-business, cooperation*, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 3 – 20. Apud: VIDOTTO, Rodrigo Silva. Uma visão sobre alianças estratégicas: consórcios, joint ventures e organizações virtuais. Disponível em: <http://www.ifbae.com.br/congresso2/pdf/trab27.pdf>. Acesso em: 30.06.2013.

³VIDOTTO, Rodrigo Silva. *Uma visão sobre alianças estratégicas: consórcios, joint ventures e organizações virtuais*. Disponível em: <http://www.ifbae.com.br/congresso2/pdf/trab27.pdf>. Acesso em: 30.06.2013.

As *joint ventures* internacionais são um meio de cooperação que permite o desenvolvimento, tanto às empresas que tem pouco capital para investimento ou *expertise* limitada, como àquelas que tem capital, mas falta o acesso a um mercado ou conhecimento da cultura de um local, por exemplo. Dessa forma, o empreendimento comum⁴ possibilita uma união de esforços para implementar um projeto específico de longa, média ou curta duração.

Apesar de inexistir consenso do conceito de *joint venture*, pode-se separá-las em diversos tipos, segundo características peculiares à criação e funcionamento do empreendimento comum. Dentre esses tipos, interessante e relevante ao presente trabalho é a distinção de *joint ventures* nacionais e *joint ventures* internacionais, essa última, objeto do presente trabalho.

Em geral, afirma-se que a *joint venture* nacional é aquela composta por parceiros de mesma nacionalidade, já as internacionais seriam aquelas em que os *co-ventures* possuem nacionalidades distintas.

Essa distinção, apesar de parecer lógica em um primeiro momento, pode ocasionar situações inusitadas no contexto internacional, pois em casos, por exemplo, em que dois sujeitos de mesma nacionalidade e residentes em países distintos celebrassem contrato de *joint venture*, a *joint venture* seria nacional. Outro caso interessante, ocorreria quando dois sujeitos de nacionalidades distintas residentes no mesmo país celebrassem um contrato de empreendimento comum, haveria uma *joint venture* internacional.

Diante das dificuldades apresentadas ao tentar-se conceituar as *joint ventures* internacionais como aquelas em que os *co-ventures* tem nacionalidades distintas, ou seja, de um ponto de vista mais estrutural, adotaremos um conceito que destaca os efeitos. Sendo assim, o conceito proposto é o de que *joint ventures* internacionais são aquelas em que os impactos são transnacionais. Em que, por exemplo, dois *players* de mesma nacionalidade se unem para implementar um projeto de exportação, de forma a gerar, necessariamente, impactos no mercado internacional, o que não exclui possíveis efeitos no mercado nacional.

A partir do mencionado conceito, buscar-se-á destacar o funcionamento especial das *joint ventures* internacionais, quando comparadas às *joint ventures nacionais*, lembrando que partimos do princípio de que, do ponto de vista estrutural, as semelhanças são maiores que as diferenças. Importa destacar que mencionada distinção entre estrutura e função encontra fundamento no autor Norberto Bobbio, o qual adota esse formato em uma de suas obras⁵.

⁴Adotamos o termo empreendimento comum como sinônimo de *joint venture*.

⁵BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

Esse trabalho segue uma metodologia baseada no estudo comparado de doutrinas, legislações e perspectivas práticas das problemáticas analisadas.

2. Funcionamento das *joint ventures* internacionais

O estudo tradicional das *joint ventures* parece dar ênfase em seus aspectos estruturais, devido, talvez, às dificuldades de identificação de um conceito jurídico para uma noção, sobretudo, econômica, conforme já mencionado.

O presente trabalho, contudo, tem como objetivo ampliar a análise das *joint ventures*, a seus aspectos relativos a funções. Para tanto, inicialmente, estudaremos algumas particularidades das *joint ventures* internacionais relacionadas à cooperação internacional para, em seguida, apresentar a aplicação das *joint ventures* ao campo da pesquisa e desenvolvimento, os aspectos concorrenciais dos empreendimentos comuns e, por fim, as questões relacionadas à legislação aplicável e eleição de foro.

2.1. Cooperação internacional

O processo de produção de empresas engloba diversas atividades realizadas por uma sociedade empresária ou por contribuições sucessivas de diferentes empresas que vão acrescentando valor ao produto final. Dentre as fases do processo de produção está a concepção do produto, a produção, o estudo de mercado, a distribuição e, por fim, a prestação de serviço pós-venda.

As empresas, nesse processo de produção, podem desenvolver atividades similares, ou seja, que requerem as mesmas capacidades produtivas para a sua realização, ou complementares, quando diz respeito a fases separadas do processo global de produção que requerem distintas capacidades produtivas.

No sistema de economia de mercado as empresas buscam obter diversas vantagens competitivas e, para tanto, se utilizam de distintas estratégias. Nas últimas décadas as principais estratégias tem sido a concentração, mobilização e reforço de recursos em segmentos de mercados ou produtos.

Uma empresa que tem o seu processo de produção globalizado, por exemplo, e em que há a possibilidade de diminuir o custo médio de produção da unidade à medida que se aumenta a quantidade de unidades produzidas, tende a adquirir empresas que integram o

processo produtivo, por ser inferior ao custo de realização interna de determinada fase da produção. Sendo assim, há tendência às empresas se especializarem em determinadas atividades e adquirir empresas que realizem atividades complementares.

A estratégia de especialização, contudo, não deslegitima a estratégia de diversificação, a qual pode ser geográfica, vertical ou horizontal. Na diversificação geográfica a empresa expande a sua atividade a novos mercados geográficos, na horizontal a empresa tende a interiorizar as diferentes atividades que integram a cadeia produtiva visando, por exemplo, a convergência de padrões técnicos ou o domínio de tecnologias complementares em uma mesma linha de produção. Por fim, na diversificação vertical a empresa passa a realizar atividades distintas daquelas que tradicionalmente realizava. Nesse âmbito de diversificação há grande incentivo à cooperação interempresarial.

A teoria econômica tradicional leva em consideração tão somente a coordenação econômica de atividades complementares, que ocorre mediante trocas no mercado embasada em mecanismo de preço. Atualmente, contudo, “a estratégia de cada empresa não passa necessariamente pela concorrência com todas as outras empresas que intervêm no mesmo mercado.”⁶

Nesse contexto, a cooperação de empresas tem se destacado. Empresas concorrentes podem combinar seus recursos na realização de empreendimentos comuns sem a perda de individualidade jurídico-econômica.

No comércio internacional a cooperação interempresarial tem início na década de sessenta. Na Europa há um elevado número de acordos de cooperação celebrados entre empresas europeias e empresas de outros países, para sobreviver à concorrência extra-comunitária, principalmente. Nos países em desenvolvimento, as *joint ventures* foram impulsionadas por planos de industrialização que visavam a independência econômica.

Frequentemente, as multinacionais que celebravam acordos de cooperação tinham que se conformar com exigências dos Estados para acolher os investimentos. Usualmente, as empresas estrangeiras eram obrigadas a se associar a um parceiro local para realizar o empreendimento em um determinado país.

Em relação a investimentos estrangeiros, vários países industrializados favoreceram a associação de capitais estrangeiros a capitais locais, mediante a concessão de incentivos fiscais e benefícios financeiros. Alguns deles condicionavam o exercício de certas atividades econômicas básicas ou estratégicas à associação a um parceiro local. Nos países em que a

⁶PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 50.

economia era fechada a investimentos estrangeiros, as *joint ventures* foram a fórmula encontrada para a abertura ao investimento estrangeiro. Como exemplo, há os países do Leste Europeu, os quais adotaram na década de sessenta os empreendimentos comuns para permitir a presença de investidores estrangeiros no país.

Houve reforço da tendência para a cooperação de empresas com a alteração no ambiente do comércio internacional, bem como com as inovações tecnológicas. Passou a haver um crescimento do comércio mundial e uma maior integração da economia mundial, ocorrendo uma globalização de investimentos e da produção de diversas empresas.

A tendência geral de evolução mostrou-se favorável a uma reorientação das políticas econômicas nacionais em direção aos princípios do mercado e à integração da economia mundial. Nos países industrializados, esta reorientação foi particularmente visível na liberalização dos mercados financeiros e do investimento estrangeiro directo, na privatização de empresas públicas e na desregulação dos serviços, em especial nas áreas dos transportes e das telecomunicações. Um grande número de países em desenvolvimento iniciou políticas orientadas ao mercado, tomando medidas para liberalizar o comércio e abrir as suas economias à concorrência internacional. Os processos de integração regional ganharam novo alento, designadamente na Europa com o início, em 1985, do Programa para o Mercado Único Europeu e a assinatura, no ano seguinte, do Acto Único Europeu; na América do Sul, com a criação do Mercado Comum do Sul (Mercosul) pelo Tratado de Assunção, assinado em 1991; e, na América do Norte, com a assinatura, em 1993, do North American Free Trade Agreement (NAFTA)⁷.

Nesse cenário houve o que se pode chamar de globalização das estratégias empresariais e, conjuntamente, uma maior importância do investimento estrangeiro directo no comércio internacional.

Atualmente, na estratégia internacional das empresas, não mais se adota um modelo de *joint venture* em que uma grande empresa estrangeira realiza uma parceria com um *player* do mercado local para entrar nesse mercado. Usa-se a *joint venture* como um instrumento para colaboração em diversas fases do processo produtivo como, por exemplo, a extração de matérias-primas, investigação e desenvolvimentos de novos produtos e não se restringe a um mercado nacional ou regional.

Para a cooperação internacional há, todavia, o obstáculo das diversas conformações jurídicas. Para solucionar os mencionados obstáculos analisam-se os sistemas jurídicos nacionais, mas, também utilizam-se princípios, regras e noções gerais de direito internacional.

Nesse ponto, faremos um recorte apenas sob o foco do Direito Internacional Privado e não do Direito Internacional Público.

⁷*Ibid*, p. 54.

O Direito Internacional Privado pressupõe uma pluralidade de ordens jurídicas estaduais com diversidade de regimes materiais. Nessas ordens jurídicas estaduais, por sua vez, há variação da delimitação entre atividades reguladas pelo Direito Público e aquelas objeto do Direito Privado, o que dificulta o estabelecimento do caráter privado no direito internacional.

Diante da regulação pelo Direito Internacional Privado dos empreendimentos comuns, cabe analisá-los, brevemente, como modo de conformação jurídica do investimento estrangeiro direto.

Há sistemas que apenas aceitam o investimento estrangeiro direto por *joint ventures* contratuais, ao contrário dos que aceitam o investimento pela formação de uma sociedade dotada de personalidade jurídica. Há, ainda, aqueles Estados que tem uma permissão genérica e irrestrita aos investimentos estrangeiros diretos e aqueles que não aceitam de forma alguma o investimento estrangeiro direto.

Podemos também dividir em sistemas de intervenção, em que o Estado intervém para disciplinar, condicionar ou promover o investimento estrangeiro, e sistemas de não-intervenção, em que não há intervenção do Estado. Os sistemas de intervenção, por sua vez, subdividem-se em sistemas de exclusão, de autorização e de mera declaração prévia.

Para os Estados que adotem o sistema de não-intervenção, o contrato de empreendimento comum como operação de investimento estrangeiro não implica na sujeição a regime específico de direito privado ou direito público, salvo em relação às formalidades estabelecidas pelo regime de investimento estrangeiro e aos direitos e obrigações decorrentes de contratos de investimento.

Após a análise da viabilidade jurídica da *joint venture* com o intuito de internacionalização da empresa é importante entender como tal instituto promove o crescimento econômico.

A *joint venture* possibilitará a expansão mercadológica em diversos segmentos geográficos e demográficos de forma rápida, tendo em vista que há o início quase imediato das operações, devido à existência de um *co-venture* local, usualmente. Dentre outras vantagens, ainda, há a cooperação entre concorrentes, o que também facilita o crescimento. Por fim, há redução do investimento a ser feito por cada empresa, do risco do empreendimento e dos custos fixos.

O contrato de empreendimento comum pode possibilitar, também, a “expansão ou extensão de produtos”⁸, na medida em que um empreendedor associa-se a outro com linhas de produtos ainda não saturadas e passa a atuar no mercado com novos produtos quase imediatamente. Isso é interessante no caso de um produto passar a ser obsoleto e ser necessária a sua substituição.

Estratégias de horizontalização ou verticalização também promovem o crescimento econômico da empresa. O contrato de *joint venture*, no caso de estratégia de horizontalização, possibilita a cooperação entre empresas de forma a expandir a atuação da empresa a novas áreas de mercado, porém em um mesmo setor de atividade. Já na horizontalização a criação de uma *joint venture* possibilita a associação entre todos os setores envolvidos na elaboração do seu produto, tais como os fornecedores de matéria-prima, os produtores do bem e os canais de distribuição.

As *joint ventures* podem, ainda, ser utilizadas para a aquisição ou disseminação de tecnologia com o intuito de aumentar a competitividade de seu produto. Pode o empresário aumentar a eficiência fabril, adquirir técnica de *design* ou utilizar marcas mundiais com o escopo de se tornar mais competitivo. O parceiro que transfere a tecnologia, por sua vez, tem a oportunidade de conquistar novos segmentos mercadológicos.

Após a implementação formal da *joint venture* passa-se à implantação do empreendimento comum em várias fases. Há a formação de uma estrutura técnico-administrativa do novo empreendimento, em seguida, há o início das atividades, passando-se de uma fase estratégica para adentrar em uma fase operacional. E, logo, busca-se a extração de recursos.

Nesse ponto, adentra uma questão de controle. Quando apenas uma empresa exerce controle de uma atividade, os recursos gerados são direcionados à cúpula do grupo, havendo, em seguida, um novo ciclo do processo de crescimento.

Nas *joint ventures* não é assim que ocorre, tendo em vista que o poder de gestão sobre o empreendimento é, usualmente, repartido entre os *co-ventures*. E é nesse ponto, que se encontra o ponto crucial para compreensão da dinâmica de crescimento da *joint venture*. Diante desse quadro, uma disputa pelo controle seria sobremaneira prejudicial. Portanto, desde que exista uma estratégia de atuação única na *joint venture*, possível será o crescimento do empreendimento comum.

⁸FERRAZ, Daniel Amin. Joint Venture e contratos internacionais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 179.

O controle do empreendimento comum pode decorrer da posição majoritária de um dos *co-ventures* em virtude da própria estrutura de evolução da *joint venture*, tendo como ponto de partida o acordo-base.

Sendo um dos *co-ventures* majoritário, terá ele o controle efetivo do empreendimento comum. Ficará mais fácil viabilizar o controle da *joint venture*, pois aplicará a sua estratégia, mantendo o rendimento dos demais *co-ventures*.

A existência de *co-venture* majoritário é incomum, pois, geralmente, os *co-ventures* tem uma participação equilibrada no empreendimento comum. Nesse caso de inexistência de um controle efetivo por parte de um dos *co-ventures*, poderíamos ser levados a crer que não existiria uma forma única de atuação no seio da *joint venture*, o que poderia esvaziar o empreendimento comum em benefício da produção individual de cada *co-venture*. Ocorre que existe a estrutura técnico-administrativa, a qual tem esse papel essencial de possibilitar o crescimento do empreendimento comum, conforme segue:

É aí que entra o papel fundamental da tecnoestrutura (estrutura técnico-administrativa do empreendimento comum), para o crescimento econômico da *joint venture* em si mesma⁹.

A estrutura técnico-administrativa da *joint venture* não guarda qualquer relação direta com os *co-ventures*. Mencionada estrutura detém o controle operacional do empreendimento comum e somente a ele se dedica. Tem interesse no crescimento da empresa para o desenvolvimento da *joint venture* em si, e não dos *co-ventures*. Essencial nesse ponto é o acordo-base, o qual dá suporte à existência de um corpo administrativo forte e autônomo.

Esse mesmo corpo técnico-administrativo tem o dever de buscar os objetivos e a política comuns previstos no acordo-base. Sendo assim, é um importante instrumento a possibilitar o crescimento da *joint venture* e das estratégias de globalização.

Antes, todavia, da análise dos elementos *supra*, para a implementação do empreendimento comum, a escolha pela cooperação com outra empresa perpassa o dilema do individualismo/cooperativismo bem expresso no dilema do prisioneiro.

O dilema do prisioneiro é um dos primeiros modelos teóricos sobre o qual se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples: imagine-se dois prisioneiros, a serem interrogados pela prática do mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado, e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que, se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativas ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os

⁹*Ibid*, p. 185.

jogadores a confessarem. Essa é, seguramente, a melhor estratégia individual, pois, qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois, se o outro não confessar, o primeiro jogador estará livre e, se o outro confessar, o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que, nesse caso, as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse)¹⁰.

No dilema do prisioneiro, portanto, o que se contrapõe é a decisão individual e aquela tomada no interesse coletivo, e o que se deve analisar é a incapacidade das partes de cooperarem para obter a solução para os jogadores considerados.

Tendo como parâmetro o dilema do prisioneiro pode-se concluir que a solução cooperativa não é obtida, devido à impossibilidade de se saber qual será o comportamento a se esperar da outra parte o que acarreta um comportamento defensivo de um *player* em relação a outro.

Pelo estudo do dilema dos prisioneiros e da teoria dos jogos, sob o ponto de vista da cooperação, Calixto Salomão Filho afirma que “três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes”¹¹.

Diante de tais condições, Calixto Salomão Filho dispõe que a tendência a cooperar aumenta à medida que aumentar a importância da relação futura com a outra parte¹².

Ocorre que, atualmente, as condições são de difícil observação concreta, tendo em vista que as relações ocorrem entre diversos participantes, além da impessoalidade nas relações. Nesse contexto, portanto, a globalização tenderia a acentuar um individualismo.

Calixto Salomão propõe, então, que são necessárias instituições e valores que permitam a cooperação. Quanto às instituições, afirma que devem ser criadas apenas aquelas necessárias ao estabelecimento das condições ao surgimento da cooperação. Ao haver a implementação das condições, ocorre de forma natural o cumprimento das decisões econômicas apresentadas pelas instituições. Em um ambiente de cooperação há tendência ao cumprimento das regras e, em caso de descumprimento, os próprios participantes da relação fazem o controle.

Logo, no que diz respeito à cooperação, o mais importante é a criação de um ambiente institucional a ela propício e o direito é um dos caminhos para implementá-lo. O direito, nesse

¹⁰FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97.

¹¹*Ibid*, p. 98.

¹²*Ibid*, p. 99.

caso, deve ser utilizado para oferecer mais uma alternativa no campo econômico, ampliando as escolhas econômicas. O aparato jurídico deve, contudo, prevenir e punir casos em que a cooperação passa a ser uma forma de concentração econômica.

Não é distinto o panorama no âmbito da cooperação empresarial e, mais especificamente, nas *joint ventures* internacionais. Apesar de extremamente atrativas como forma de cooperação, devido a certos fatores, elas, frequentemente, não atingem a performance ideal. Em estudo¹³ realizado com financiamento do *International Finance Corporation* foram pesquisadas *joint ventures* entre empresas locais de países em desenvolvimento e companhias estrangeiras localizadas em países desenvolvidos para tentar entender as dificuldades de negociação para formação do empreendimento comum e aqueles que surgem após a implementação do empreendimento.

Inicialmente, houve o questionamento a administradores de *joint ventures* sobre a importância do acordo-base. A maioria dos administradores questionados opinou ser o acordo-base um elemento essencial para o estabelecimento de uma relação duradoura, pois acreditam ser uma parte essencial na construção de uma *joint venture* sólida. Outros administradores, contudo, não atribuíram tanta importância ao acordo-base por entenderem que nenhum contrato de empreendimento comum pode funcionar sem boa-fé e dedicação de ambas as partes envolvidas no projeto.

A pesquisa, todavia, não encontrou relação entre o tempo necessário para completar um acordo e a satisfação dos empreendedores com a operação.

A determinação da estrutura do capital a ser utilizado foi considerado elemento de grande importância e, concomitantemente, de difícil negociação. Outro ponto considerado de difícil implementação foi a definição do controle das *joint ventures*, tendo em vista que mesmo existindo um acionista majoritário, não há garantia de controle de todos os âmbitos de operação do empreendimento comum. A questão relativa às condições para transferência de tecnologia também foi considerada importante na negociação, sendo necessário definir qual tipo de tecnologia será transferida e sob quais termos será ela disponibilizada para o empreendimento comum.

Vários outros problemas surgem durante as negociações. Por exemplo, a definição do valor da contribuição de cada um dos empreendedores. Um dos empreendedores introduz uma nova tecnologia e o outro participa com um negócio que já foi implementado. Como definir o valor dessas contribuições? Como quantificar?

¹³KARMOKOLIAS, And Yannis. JASPERSEN, Fred. GLEN, Jack. MILLER, Robert. International Joint Ventures in Developing Countries. *Finance & Development*, march 1997, p. 26 - 29.

A questão relativa à obtenção de informações confiáveis durante as negociações é extremamente importante. Há países que, devido à não utilização dos padrões contábeis mundiais, por exemplo, acarretam a produção de informações que não refletem a realidade. Inverídicas as informações, podem, mais a frente, causar problemas ao empreendimento comum.

É importante que os *co-ventures* definam a forma de resolução de controvérsias, tendo em vista que em uma relação complexa e dinâmica como a *joint venture*, problemas são inevitáveis. Caso intransponíveis, deve estar prevista a forma de dissolução da sociedade, também.

Ponto importante de negociação na hora de formação da *joint venture* é aquele que diz respeito à administração do empreendimento comum. Há certos dados que indicam que o sucesso de uma *joint venture* está diretamente relacionado à não interferência dos *co-ventures* na administração do empreendimento comum¹⁴.

Nesse ponto, importante apontar que a não interferência do *co-venture* no empreendimento comum é algo difícil, tendo em vista que o *co-venture* funciona como um investidor e busca resultados. Sendo assim, mesmo existindo, por exemplo, um corpo de administração independente na *joint venture*, esse corpo administrativo acaba, de certa forma, estando subordinado aos parceiros que implementaram a *joint venture*.

A política de distribuição dos lucros é outro ponto sensível que deve ser levado em consideração na hora de estruturação da *joint venture*, tendo em vista que é um dos motivos determinantes para a realização de um empreendimento comum. Pode ocorrer de um dos empreendedores desejar expandir e ganhar mercado e o outro querer aumentar o volume de capital para poder implementar outras operações. Diante disso, há alto risco de eclosão de conflitos e, portanto, a negociação é o momento certo para contornar tais conflitos.

Após ultrapassar essas questões iniciais que podem surgir ao longo da negociação de um contrato de *joint venture* passa-se à análise dos problemas que podem surgir após o início da operação do empreendimento comum.

Um grande problema relaciona-se ao fator multinacional do empreendimento comum, tendo em vista que muitas das *joint ventures* em países em desenvolvimento envolvem grandes sociedades empresarias multinacionais que compõem outros empreendimentos comuns e tem subsidiárias integrais em vários outros países. Usualmente, do ponto de vista local, os parceiros locais são considerados grandes, todavia, quando comparados às

¹⁴*Ibid*, p. 27.

multinacionais pode-se dizer que são anos. Daí surgem dificuldades, tendo em vista que existem diferenças de objetivos dos dois tipos de sociedades empresárias. Enquanto o parceiro multinacional deseja que a *joint venture* tenha uma atuação que beneficie todo o seu império, o parceiro local pode desejar uma atuação voltada exclusivamente ao mercado local.

Diante de mencionado cenário podem surgir problemas relacionados a direitos de exportação, por exemplo, pois a multinacional tenderá a restringir a exportação do produto advindo da *joint venture* a locais em que já tenha atuação, enquanto o parceiro local enxerga o empreendimento comum como um veículo para expansão de seu negócio. De acordo com o estudo realizado com patrocínio do *International Finance Corporation* em grande parte dos acordos realizados, houve restrição a importações.

Problemas relacionados a incidência de impostos também são frequentes em *joint ventures* internacionais, especialmente quando o empreendimento comum importa partes ou componentes da multinacional ou exporta produtos pela *co-venture* multinacional. A multinacional pode manipular os preços de transferência de uma parte da multinacional para a outra, de forma a diminuir os impostos o que, nem sempre, ocorre no melhor interesse do *co-venture* local.

A questão relativa à distribuição dos dividendos e implementação de investimentos também é outra fonte de “dores de cabeça”. O parceiro multinacional pode, por exemplo, preferir receber os dividendos a reinvestir no empreendimento o que pode divergir da vontade do parceiro local, o qual poderá almejar reinvestir na *joint venture* de forma a acelerar a sua expansão, ou vice-versa.

A desproporcionalidade do tamanho dos parceiros do empreendimento comum também é fonte de questões turbulentas, pois a importância da *joint venture* para o parceiro local é distinta daquela relacionada à empresa multinacional, devido à sua dimensão. Além disso, os investimentos iniciais necessários a uma rápida expansão do empreendimento comum, usualmente, são de grandes proporções e, nem sempre, tem o parceiro local fôlego financeiro para implementar o investimento.

Por fim, problema que pode emergir na administração da *joint venture*, diz respeito às atitudes dos formadores do empreendimento comum. Por exemplo, uma alteração do controle do parceiro local em uma empresa familiar, em que o patriarca é sucedido por membro da família que não possui qualquer interesse em manter-se no empreendimento comum. Outras questões podem decorrer da divergência dos interesses dos parceiros em incrementar a linha de produção em relação a um determinado produto, enquanto o outro prefere manter a forma em que se encontra. Divergências em relação à obtenção de recursos materiais mais baratos

para a produção, em relação à retenção de tecnologia pela multinacional em detrimento da *joint venture* e, ainda, pela diversidade cultural dos parceiros.

Como se pode ver, diversos são os problemas relacionados à implementação e manutenção de um empreendimento comum. Sendo assim, interessante o seguinte trecho:

*Changing relationships. Joint ventures involve dynamic relationships, and it is almost impossible to foresee at the time of agreement just how underlying conditions might change. For example, learning takes place, and it can modify how one partner view the contributions of the other.*¹⁵

As *joint ventures* são dinâmicas e se estabelecem, em grande parte, de acordo com a vontade das partes. Sendo assim, é importante que se apresente no acordo-base previsões para solucionar, pelo menos, a maioria dos problemas que podem surgir durante a vida do empreendimento comum. Para tanto, é bom conhecer as experiências vividas no âmbito de outras *joint ventures* internacionais e que tipos de problemas apareceram no decorrer da aventura conjunta. Diante disso, o estudo realizado com fundos do *International Finance Corporation* (IFC) é muito relevante, tendo em vista que compila dados, a partir de experiências práticas, das principais questões a serem abordadas durante as negociações para criação de *joint ventures*, bem como os principais problemas que podem surgir com o seu funcionamento.

2.2. Pesquisa e Desenvolvimento

A pesquisa é essencial para o desenvolvimento empresarial, tanto para a produção de tecnologia, quanto para a produção de novos produtos e distribuição dos mesmos. Todavia, em alguns casos, uma empresa por si só, pode não ter os recursos necessários para fomentar um projeto de pesquisa e desenvolvimento. Nesse caso, a sociedade empresaria tende a cooperar com outra para gerar inovação e a *joint venture* é uma das formas de cooperação. A forma de associação mencionada é benéfica, pois se combinam atributos complementares das sociedades empresarias para se implementar um projeto específico.

No caso de *joint venture* criada para pesquisa e desenvolvimento, os parceiros tem de dar contribuições que vão além da concessão de fundos para realização do projeto. Há, sobretudo, o compartilhamento de riscos e custos de investimento, tecnologias e *know-how*,

¹⁵*Ibid*, p. 29. Tradução livre do Autor: Relações que se modificam. Joint ventures envolvem uma dinâmica das relações e é quase impossível prever no momento de firmar o contrato como as condições para sua implementação irão se transformar. Há, por exemplo, o aprendizado e isso pode ocasionar mudanças na forma como um parceiro vê o outro.

tudo com objetivo de expandir as capacidades de ambos os parceiros, além da própria *joint venture*.

As vantagens advindas dessa cooperação são diversas. É uma forma de prevenir pesquisa em duplicidade, além de ser uma forma mais eficiente de aplicação dos recursos escassos dos parceiros envolvidos. Há uma aceleração do advento de resultados da pesquisa, gerando inovações de forma mais rápida e a introdução de um novo produto no mercado de maneira acelerada.

É possível, ainda, que a pesquisa crie um novo produto ou possibilite o aparecimento de uma nova indústria. Além disso, beneficia os consumidores ao permitir o acesso a inovações de forma menos custosa e mais acelerada, por exemplo.

Um campo de ampla aplicação das *joint ventures* internacionais é o de desenvolvimento de fontes alternativas de combustíveis. Como exemplo há o empreendimento comum criado pela *Chevron Corporation* e a *Weyerhaeuser Company* com o intuito de desenvolver a próxima geração de biocombustíveis renováveis, por meio da conversão de biomassa proveniente de celulose, em biocombustíveis de baixa emissão de carbono. Nesse caso, houve a junção de forças de dois líderes do mercado de combustíveis, em que ambos contribuem com fundos, mas, sobretudo, com tecnologia e mão-de-obra qualificada. O impacto, nesse caso, é internacional, tendo em vista que a criação de novas fontes de combustíveis renováveis é uma agenda mundial.

Outro campo de aplicação do instituto das *joint ventures* é o farmacêutico, em que as pesquisas envolvem, usualmente, altos investimentos e, concomitantemente, riscos de não se obter o resultado desejado, além daqueles provenientes do registro de patentes. Um exemplo interessante nesse campo, é o *dajoint venture MSD Wellcome Trust Hilleman Laboratories*, a qual tem como *co-ventures* a *MSD Laboratories India LLC* e a *Wellcome Trust*. Nesse caso, há uma multinacional associada a uma sociedade empresaria indiana com o objetivo de desenvolver vacinas de alto impacto e preços acessíveis voltadas para países em desenvolvimento. Há, no caso, também, uma *joint venture* internacional, tendo em vista que as descobertas provenientes da pesquisa impactarão diversos países em desenvolvimento.

As *joint ventures* para pesquisa e desenvolvimento tem vários benefícios, conforme já mencionado, todavia há riscos a elas associados, pois os retornos são especulativos. Primeiramente, há dificuldade de prever o valor necessário de investimento. Há, ainda, incertezas quanto à produção de “inovação“. Por fim, problemas associados à transferência de tecnologias e a proteção ao conhecimento que está sendo transferido.

Apenas para finalizar, no caso de *joint ventures* voltadas à pesquisa e desenvolvimento, a estrutura do empreendimento comum não tende a assumir uma característica específica, todavia, a sua função transcende as barreiras nacionais. Maiores considerações sobre essa problemática, contudo, serão feitas apenas na conclusão.

2.3. Aspectos concorrenciais

Para trazer à baila os aspectos concorrenciais no âmbito das *joint ventures*, há uma interessante passagem da obra de Luís de Lima Pinheiro que vale a pena transcrever, conforme segue:

Nas ordens jurídico modernas são, assim, vários os planos de incidência de complexos normativos jurídico-públicos e de outros complexos normativos jurídico-econômicos sobre relações que se estabelecem entre particulares ou em que participam entes públicos agindo como particulares.¹⁶

O Direito da Concorrência é um exemplo de complexo normativo jurídico-público que incide sobre relações de empreendimento comum, pois ao celebrar um contrato de *joint venture*, empresas efetiva ou potencialmente concorrentes, podem eliminar ou restringir a concorrência. Trata-se de um contrato com visíveis efeitos econômicos.

Neste âmbito, portanto, tem de se buscar um equilíbrio entre a preservação das estruturas concorrenciais e as liberdades econômicas, bem como os interesses particulares que motivam a cooperação e concentração empresariais e os fins de política econômica favoráveis à cooperação econômica e integração de capitais.

Para se alcançar o equilíbrio tem de se encontrar os pontos em que os empreendimentos comuns podem acarretar problemas do ponto de vista concorrencial. Conforme Luís Pinheiro, pode-se dizer que as *joint ventures* suscitam problemas de Direito da Concorrência em dois planos distintos: “o dos meros acordos entre empresas independentes e o da formação de empresas comuns”¹⁷.

Apesar do contrato de *joint venture* não se encaixar, em geral, no que se pode definir por cartel, muitas vezes o fim e o objeto da colaboração empresarial podem implicar em restrição da concorrência e regulação do comportamento concorrencial, independentemente da intenção das partes nesse sentido. Além disso, as *joint ventures* internacionais podem, em tese, receber tratamento de “cartéis de exportação” da parte de outras jurisdições.

¹⁶PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 338.

¹⁷PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 341.

Na União Europeia são incompatíveis com o mercado comum acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que afetem o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum, conforme previsto no art. 101(1)¹⁸ do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Conforme exposto, todavia, nem todos os contratos de empreendimento comum acarretam efeitos restritivos à concorrência. Sendo assim, o risco da ocorrência de tais efeitos surge apenas quando as empresas são potenciais concorrentes. Diante disso, pode-se apontar observação realizada na Comunicação da Comissão Europeia relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas relativas à cooperação de empresas, emitida em 1968, segundo a qual não há efeitos anticompetitivos quando as empresas não estejam em concorrência em relação a seus produtos ou serviços ou, ainda, quando não tenham condições de executar individualmente as encomendas, dentre outros que estejam enquadrados nos contratos de empreendimentos comuns.

No art. 101(3)¹⁹ do Tratado de Funcionamento da União Europeia as disposições do art. 101(1) podem ser declaradas inaplicáveis a acordos ou categorias de acordos entre empresas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, para promover o progresso técnico ou econômico, e sem impor às empresas interessadas restrições que não sejam indispensáveis para atingir tais objetivos, nem dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência.

¹⁸ Art. 101 (1) TFUE: São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

¹⁹ Art. 103(3) TFUE: As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
 - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
 - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,
- que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

O fato dos acordos empresariais poderem ser positivos para os fins da União Européia faz com que existam as concessões de isenções individuais a acordos concretos ou isenções a categorias de acordos²⁰.

Além disso, caso a cooperação implique na criação de uma empresa comum dever-se-á verificar a aplicabilidade das normas relativas ao controle de concentrações, ou seja, a regulação europeia de controle de concentração (Regulamento nº 139/2004 do Conselho Europeu).

O art. 3(4) da regulação europeia de concentração dispõe o seguinte:

4. A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma concentração na acepção do artigo 3(b)(1).

As concentrações que se enquadram no art. 3(4) são conhecidas como “*full-function joint ventures*“, aquelas que não forem “*full-function joint ventures*“ não são submetidas à regulação europeia de controle de concentração, mas podem ser submetidas ao art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Européia.

As *full-function joint ventures*²¹ que tiverem uma dimensão comunitária tem de, necessariamente, fazer uma notificação prévia da operação. No caso das *partial-function joint ventures* não se tem que notificar pelo art. 101, tendo em vista que foi extinto pela Regulação nº 1/2003 o processo de notificação de acordos pelo art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

No conceito de *full-function joint ventures* estampado no art. 3(4) o termo autonomia refere-se a autonomia operacional, ou seja, para que haja autonomia operacional a *joint venture* tem que ter recursos suficientes para ter uma administração independente dedicada à sua operação diária. Para tanto são necessários recursos humanos e financeiros próprios.

A *joint venture* não será *full-function* quando realizar uma das funções das empresas que realizaram o contrato de empreendimento comum.

A *joint venture* não será suficientemente autônoma quando as empresas que a constituíram tiverem forte presença como fornecedores ou compradores dos produtos do empreendimento comum. Isso, contudo, conforme a Comissão Européia é possível durante um período inicial de, no máximo, três anos.

Em casos em que as vendas são realizadas durante um longo período de tempo para a empresa-mãe a Comissão Europeia irá avaliar se as empresas vendem mais de 50% do

²⁰PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 344.

²¹WISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press: Oxford, 2012, p. 837.

produto para empresas que não compõem a *joint venture*. Caso cheguem à conclusão de que a maior parte das vendas é realizada no mercado, afirmarão, normalmente, que se trata de *full-function joint venture*.

Outro caso interessante apresenta-se no “*trade market*”, ou seja, no mercado em que o empreendimento comum se especializa na venda e distribuição de produtos sem que haja integração vertical com as empresas-mãe. Nesse caso, há, ainda, fontes de fornecedores diversas das empresas-mãe das *joint ventures* e a empresa pode ser considerada uma *full-function joint venture*, tendo em vista que tem como fornecedores empresas concorrentes àquelas que constituíram o empreendimento comum²².

Para que a *joint venture* caracterize-se como *full-function* ela tem que ser um empreendimento de longo prazo, mesmo que exista previsão contratual de dissolução do contrato no caso de desacordo entre os contratantes ou no caso de não ser bem sucedido o empreendimento.

Por fim, cabe esclarecer que quando existirem contratos acessórios entre as empresas que constituíram o empreendimento comum e a *joint venture* pode haver outras restrições, as quais poderão requerer análise sob o art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

No Brasil, a lei que rege a defesa da concorrência é a Lei 12.529/2011. De acordo com a mencionada lei, algumas transações relacionadas a *joint venture* devem ser notificadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de acordo com o faturamento anual bruto das sociedades empresárias envolvidas²³. Sendo assim, caso se cumpra os parâmetros do faturamento bruto anual, as partes devem notificar o Cade previamente à implementação da *joint venture*.

A lei, contudo, não provê muitas informações acerca dos parâmetros utilizados para análise de uma *joint venture*, tampouco sobre as informações que as partes podem compartilhar na fase de pré-formação do empreendimento comum e os limites a serem respeitados pelas partes na fase de implementação da *joint venture*, quando já aprovada pelo Cade.

²² *Ibid*, p. 838.

²³ Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012: Art. 1o Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

Como se pode ver, no art. 90 da Lei 12.529/2011, há uma definição genérica dos tipos de transações que podem ser considerados concentrações, dentre eles está a *joint venture*:

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.

Em nossa legislação, distintamente daquela presente na União Européia, não há qualquer distinção entre *full-function joint venture* e as *cooperative joint ventures*, devendo ambas serem submetidas ao controle de concentrações, quando o requisito do faturamento bruto anual for preenchido. A única exceção encontra-se expressa no parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011 e ocorre quando há a criação de *joint venture* para participação em licitações públicas. Nesses casos, não se faz necessário notificar o Cade.

Importa tecer certas considerações acerca da caracterização do faturamento bruto anual da empresa. A notificação deve ocorrer quando uma companhia ou um grupo de companhias tiver alcançado faturamento bruto anual de mais de 750 milhões de reais e a outra companhia ou grupo de companhias obtiver um faturamento bruto anual de mais de 75 milhões de reais. Sendo assim, além de se levar em consideração os faturamentos ou volumes de negócios das companhias envolvidas nas operações, consideram-se os faturamentos ou volumes de negócios dos grupos econômicos dos quais fazem parte as companhias.

Para que se configure como grupo econômico, tem-se que analisar os parâmetros estabelecidos na Regulação nº 2/2012 do Cade, art. 4º, I e II.

Art. 4º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do portfolio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

Na regulação mencionada, em seu art. 8º, I²⁴, está prevista a hipótese de procedimento sumário em casos de *joint ventures* que não resultem em sobreposição horizontal ou integração vertical na nova sociedade. No mesmo art. 8º, contudo, determina-se que mesmo que haja sobreposição horizontal ou integração vertical na sociedade criada, pode haver procedimento sumário, tendo em vista os incisos IV e V, casos em que não há participação em um mercado relevante superior a 20%, ou seja, casos em que há irrelevância do ponto de vista concorrencial.

Outra resolução do Cade que se deve levar em consideração para formação de uma *joint venture* no país é a nº 1/2012, mais especificamente seu art. 108, §2º, que prevê que as partes que realizam operações que requerem notificação prévia devem manter estruturas físicas separadas e não podem modificar as condições concorrenciais até que o Cade profira uma decisão final, conforme segue:

Art. 108. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei no 12.529, de 2011, será prévio.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Caso descumpram essa regra, pode-se aplicar multa de 60 mil reais a 60 milhões de reais e anular a operação, além de haver submissão a uma investigação por prática anticompetitiva (art. 88, §3º e §4º da Lei 12.529/2012²⁵).

As partes, portanto, que desejam formar a *joint venture*, devem ser extremamente cautelosas na fase inicial de negociação, tendo em vista que qualquer intercâmbio de informações sensíveis pode violar dispositivo da Lei 12.529/2012.

²⁴ Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I - Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

²⁵ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

§ 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.

Percebe-se que há menção às *joint ventures* na lei e nas resoluções. Não há, todavia, um *guideline* que mostre como será apreciada a notificação para formação de um empreendimento comum.

O que se sabe, portanto, é que em casos de *joint ventures* que não geram concentração horizontal ou integração vertical há um procedimento sumário de análise.

Nos casos que não são submetidos ao procedimento sumário, analisa-se, nos casos de *joint ventures* entre competidores, a possibilidade de redução do nível de rivalidade entre as partes e a facilidade para práticas coordenadas no segmentos em que as partes da operação continuariam competindo. Além disso, em geral, na análise do risco, o Cade acessa a estrutura dos mercados nos quais as partes que irão celebrar o contrato atuam e competem, os níveis de concentração em cada mercado e o *market share* de cada uma das partes em cada mercado. O Cade também analisa se há a possibilidade de troca de informações ou coordenação entre as partes, de forma a acarretar efeitos anticompetitivos. Em casos como esse, pode aplicar condições à operação, por exemplo, determinando a implementação de regras de governança corporativa que limitem a interação e trocas de informações entre as partes, limitando o período de duração da *joint venture* ou, ainda, limitando as cláusulas de exclusividade.

Em casos de *purchasing joint ventures*, o Cade tende a acessar os possíveis efeitos nos mercados diretamente afetados pelo contrato de compra conjunta e nos mercados de revenda em que as partes que formaram a *joint venture* vendem seus produtos finais para verificar a possibilidade de se estabelecer um monopólio, de efeitos exclusionários em relação à compra de certos bens ou serviços, o compartilhamento de informações sensíveis entre competidores e a facilidade para práticas coordenadas nos mercados *downstream* em que as partes poderiam competir.

Por fim, em relação a cláusulas de não concorrência, é possível que o Cade as aceite em *joint ventures*, desde que não excedam as fronteiras dos mercados relevantes em que a *joint venture* irá conduzir as suas atividades e a razoabilidade das cláusulas considerando-se os objetivos do empreendimento comum.

Quanto ao momento de apresentação da notificação, a resolução nº 1/2012 estabelece que a notificação deve ser apresentada, preferencialmente, após as partes terem firmado contrato formal que as vincule e antes da implementação de qualquer ato para realização da transação. Sendo assim, a princípio, notificações baseadas em acordos sem vinculação podem ser aceitas.

As *joint ventures*, portanto, no âmbito do Cade, suscitam preocupações em relação à implementação de práticas anticompetitivas pelas partes que realizam a operação. Caso não

entrem no escopo do chamado “controle de estruturas“, estas *joint ventures* estarão sempre sujeitas ao “controle de condutas“ que ocorre de modo repressivo (e não preventivo). As práticas anticompetitivas são reguladas no art. 36 da Lei 12.529/2011. Nesse dispositivo determina-se que qualquer ação que tenha aptidão para produzir certos efeitos deve ser considerada como violação a ordem econômica.

2.4. Lei aplicável à *joint venture* e foro competente

A noção de lei aplicável às *joint ventures* existe, especialmente, no campo daquelas contratuais, tendo em vista que nas societárias tender-se-á a aplicar as leis do país de constituição da sociedade.

Nas *joint ventures* societárias o estatuto social da pessoa jurídica determina a lei aplicável nas suas relações jurídicas internacionais de direito privado e regula a natureza jurídica da pessoa jurídica, a sua constituição, dissolução e liquidação, capacidade de gozo ou de direito de exercício ou de fato, o seu nome comercial, sua organização interna, o regime jurídico da responsabilidade civil pela violação de normas do direito societário, a responsabilidade jurídica pelas dívidas da pessoa jurídica, a sua administração, gestão e funcionamento, representação perante terceiros, a emissão de títulos, entre outros.²⁶

Em geral, as legislações adotam duas teorias visando determinar o estatuto pessoal da pessoa jurídica. São elas a da incorporação e a da sede social. Consoante a teoria da incorporação, a lei aplicável é a do lugar de constituição da pessoa jurídica, logo é decisiva a sede estatutária ou a designada no contrato social da pessoa jurídica. Em contraposição, na teoria da sede social, o direito aplicável é aquele do lugar da sede efetiva da pessoa jurídica. Deve, portanto, obrigatoriamente, a sede designada no contrato social ou sede estatutária coincidir com a sede efetiva para reconhecimento da capacidade jurídica.

No Brasil aplica-se a teoria da incorporação às pessoas jurídicas, tendo em vista o estatuto social, conforme definido no art. 11²⁷ da Lei de Introdução às Normas Brasileiras. Há que se destacar que, no caso de uma pessoa jurídica querer se instalar no Brasil por filial,

²⁶RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 109.

²⁷Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

agência ou estabelecimento, deverá remeter os atos constitutivos às autoridades brasileiras, ficando sujeita à lei brasileira, conforme previsão do art. 11, §1º²⁸.

Sendo assim, caso haja a criação de pessoa jurídica para constituição da *joint venture* no Brasil, em geral, aplicar-se-ão as leis brasileiras.

No campo contratual um dos princípios basilares é o da autonomia da vontade, da liberdade para contratar. Conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves, “essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar, de escolher a pessoa com que fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.”²⁹.

O princípio da autonomia da vontade, previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 421³⁰ do Código Civil, encontra fundamentos no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordos de vontades, de forma a produzir efeitos tutelados pela ordem jurídica. Essa liberdade para contratar, todavia, pressupõe certas restrições, pois os indivíduos contratantes devem ser capazes e o objeto do contrato tem de, necessariamente, ser lícito, possível e determinado ou determinável.

A autonomia da vontade das partes está prevista, também, em relações amparadas pelo direito internacional privado e, nesse momento, entra uma análise das *joint ventures* internacionais contratuais.

A autonomia da vontade das partes no âmbito do direito internacional privado, significa que as partes podem escolher o direito aplicável ao contrato. Para tanto, as partes devem se manifestar e haver vinculação a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional. Ou seja, apenas em contratos que tenham bases internacionais é que a parte pode escolher a jurisdição aplicável. Caso contrário, aplica-se, em geral, a legislação do país em que se celebrou o contrato.

O princípio da autonomia da vontade não está, contudo, desvinculado da ordem jurídica estatal, conforme segue:

O princípio da autonomia da vontade das partes não é, porém, fonte de direito original, desvinculada da ordem jurídica estatal. Também não é uma regra de direito costumeiro internacional, pois é sempre a *lex fori* de cada país que decide se admite a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão³¹.

²⁸ Art. 11, §1º: Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

³⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³¹ RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 100.

O Estado tem de admitir a autonomia da vontade das partes para que seja possível a aplicação da lei designada pelas próprias partes e suas vontades subjetivas. Nesse caso, a vontade objetiva do legislador apenas se aplica subsidiariamente em caso de ausência de escolha pelas partes do direito aplicável.

O princípio da autonomia da vontade aplica-se, assim, principalmente às obrigações contratuais. Em algumas legislações e tratados internacionais, apenas, é que se faculta a autonomia da vontade das partes quanto ao regime de bens e sucessões, por exemplo. Todavia, essa discussão não é objeto do presente trabalho.

O momento da escolha do direito aplicável pelas partes é, em geral, o da celebração do contrato. Algumas legislações, todavia, admitem a escolha do direito aplicável em data posterior e outras permitem alteração do direito aplicável.

Na doutrina existe questionamento sobre se as partes podem escolher qualquer direito como aplicável ou se há restrições dessa liberdade. Entende-se, majoritariamente, que quando a própria lei estabelece limites à autonomia da vontade das partes, estas podem escolher o direito aplicável respeitando os limites da lei, sendo juridicamente ineficaz a escolha em caso de não cumprimento dos parâmetros legais. Inexistindo restrições legais expressas, possível é a escolha de qualquer ordem jurídica como direito aplicável.

No Brasil, conforme acima mencionado, portanto, está presente o princípio da autonomia da vontade das partes em relações contratuais e, sendo assim, é possível, em geral, a escolha da legislação aplicável. Esse dispositivo foi incluído, contudo, apenas em 2002. Antes disso, havia dúvida sobre a possibilidade de escolha da legislação aplicável, apesar de ser costume nos contratos internacionais celebrados com participação de empresas brasileiras haver cláusula expressa determinando a lei aplicável ao contrato.

Cabe fazer uma última observação em relação à escolha da lei aplicável, tendo em vista o art. 9º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, segundo o qual:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

O mencionado art. deve, contudo, ser apreciado conforme a Constituição Federal, a qual não proíbe a eleição, pelas partes, do direito aplicável ao contrato internacional, tendo

em vista que tal escolha está amparada pela autonomia privada, a qual tem origem na cláusula constitucional de liberdade, inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais³².

A eleição do foro para solucionar as controvérsias é outro ponto a ser definido no âmbito das *joint ventures* contratuais, tendo em vista que nas societárias o foro competente é, em geral, o do local de registro da sociedade.

A eleição do foro deve ser convencionada pelas partes e tem de estar prevista em uma cláusula do contrato. O local do foro pode ser o mesmo da lei aplicável, ou distinto. Cabe às partes, no uso de sua autonomia da vontade, escolher. Há, contudo, certas controvérsias em que não se considera a cláusula de eleição de foro para serem resolvidas. Elas, necessariamente, terão de ser julgadas pelos tribunais do país em que se der a questão. Um bom exemplo são os casos trabalhistas em geral.

Caso não haja a previsão contratual, tem de se analisar o contrato para verificar qual deve ser o foro competente.

A opção alternativa aos custosos e lentos tribunais estatais é a arbitragem. Diante do estabelecimento de cláusula em que se determina a arbitragem como forma de resolução das controvérsias, não há que se discutir qual o foro competente.

3. Conclusão

As *joint ventures* são um formato para implementação de negócios, antes de ser um conceito jurídico. Enquanto conceito, tem um sentido extremamente fluido e uma estrutura que varia de acordo com a vontade daqueles que irão implementar o empreendimento comum. Interessante nesse contexto, são as particularidades do funcionamento das *joint ventures* internacionais em relação àquelas domésticas.

As *joint ventures* internacionais tem uma função precípua de possibilitar cooperação internacional, a qual é enriquecedora do ponto de vista tecnológico, farmacêutico, automobilístico, enfim, de diversos pontos de vista, mas, sobretudo, de possibilitar a pequenas sociedades empresárias de países em desenvolvimento a associação a empresas de grande porte que auxiliem no seu crescimento e, muitas vezes, no desenvolvimento do país da empresa local.

³²BARROSO, Luís Roberto. TIBURCIO, Carmen. *O direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006.

Além disso, em países pequenos, muitas vezes as empresas não tem parceiros locais para ajudar na inovação em determinados mercados, sendo assim, impossível é a implementação de uma *joint venture* nacional. O empreendimento comum internacional acaba sendo uma das melhores ferramentas a possibilitar pesquisa e, conseqüentemente, inovação em alguns campos. O parceiro local contribui com conhecimentos que tenha em relação a um determinado mercado, por exemplo, e o parceiro estrangeiro, muitas vezes uma multinacional, contribui com tecnologia, ou capital, *e.g.*

Nesse âmbito específico de pesquisa e desenvolvimento, o funcionamento das *joint ventures* internacionais é interessante, pois é um meio que possibilita o compartilhamento dos riscos de empreender no campo dos estudos e que, ao mesmo tempo, ao gerar frutos, produz amplos benefícios à comunidade internacional. Enxerga-se isso a partir dos mencionados exemplos das *joint ventures* no campo farmacêutico, bem como de biocombustíveis.

Do ponto de vista concorrencial, o funcionamento de uma *joint venture* nacional e de uma internacional é distinto também. Primeiramente, e mais óbvio, é que no âmbito nacional a autoridade local analisa a questão sob o ponto de vista doméstico – nestes casos, em geral, os efeitos concorrenciais são inexistentes, pelo menos do ponto de vista estrutural, ainda que do ponto de vista comportamental possam gerar algum risco de comportamento do coordenador, que poderá ser objeto de controle posterior, por via repressiva e não preventiva. Do ponto de vista internacional, contudo, pode haver impactos concorrenciais significativos. Além disso, usualmente, as autoridades estrangeiras tem que coordenar as seus esforços de forma a ter algum sucesso nas investigações e *enforcement* das decisões.

Um bom exemplo para diferenciar o funcionamento das *joint ventures* nacionais das internacionais são os cartéis de exportação formados por sociedades empresárias de países asiáticos, cujos efeitos são sentidos na concorrência no âmbito internacional. Diferencia-se do funcionamento de uma *joint venture* nacional, tendo em vista que são dois players que se voltam ao mercado externo e estão sujeitos a uma “jurisdição” concorrencial distinta.

Os cartéis de exportação são *joint ventures* criadas, não com o objetivo de vender produtos no mercado interno. Ou seja, não são *joint ventures* nacionais. São *joint ventures* internacionais que impactam o comércio exterior. Mencionadas *joint ventures* internacionais funcionam de forma distinta daquelas nacionais, as quais impactam, exclusivamente, no mercado interno dos parceiros locais que implementam o empreendimento comum.

Por fim, a distinção entre o funcionamento de *joint ventures* nacionais, daquelas internacionais encontra fundamento no âmbito contratual e na questão relativa à lei aplicável. Nas *joint ventures* internacionais contratuais é possível a eleição de foro e a escolha da lei

aplicável, diversamente do que ocorre nas *joint ventures* nacionais, em que isso não é possível.

Sendo assim, do ponto de vista de funcionamento podem-se estabelecer certas distinções entre *joint ventures* nacionais e aquelas internacionais, pelo que se justifica uma migração de análise da estrutura à função, como sugerido neste trabalho.

4. Referências bibliográficas

AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Uma introdução às “*joint ventures*“. *Revista de Direito Público*, nº 64, ano XV, outubro/dezembro 1982, p. 263-283.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A “*joint venture*“ – Uma Perspectiva Comparatista. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 42, abril/junho 1981, p. 39 - 59.

BARROSO, Luís Roberto. TIBURCIO, Carmen. *O direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture* – um olhar voltado para o futuro. *Revista de Direito Privado*, n. 6, ano 2, abril/junho 2001, p. 162 – 172.

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

FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLORES, Thiago V. A Joint Venture Internacional e sua Aprovação consoante a Lei Antitruste Brasileira. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 22, 2002, p. 463.

FONG, Ivan K. WALKER, John Kent. International High-Technology Joint Ventures: an antitrust and antidumping analysis. *International, Tax & Business Law*, n. 57, 1989. Disponível em: <http://scjolarsjip.law.berkeley.edu/bjil/vol7/iss1/2>. Acesso em: 10.07.2013.

GLITZ, Frederico. MORO, Luana Casagrande Calomeno. Apontamentos sobre as *joint ventures* societárias constituídas sob o regime das sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, ano 9, n.1, janeiro/abril 2012, p. 77-95.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUTTERMAN, Alan. *A Short Course in International Joint Ventures*. World Trade Press: Novato, 2002.

HENRIQUES, Hécliton Santini. VASCONCELLOS, Gláucia Maria. A “*Joint Venture*“ no contexto da economia brasileira. *Anal. & Conj.*, Belo Horizonte, v.3, nº2, maio/agosto 1998, p. 104-117.

JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KARMOKOLIAS, And Yannis. JASPERSEN, Fred. GLEN, Jack. MILLER, Robert. International Joint Ventures in Developing Countries. *Finance & Development*, march 1997, p. 26 - 29.

- KILLING, J. Peter. "How to Make a Global Joint Venture Work". *Harvard Business Review*, v. 60, maio/jun. 1982, p. 120- 127.
- LOBO, C. A. da Silveira. As Joint Ventures. *Revista de Direito Renovar*, vol. 1, janeiro/abril 1995, p. 77-89.
- MACNEIL, Ian. "Relational Contract Theory: Challenges and Queries". *Northwestern University Law Review*. Spring, 2000.
- PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.
- PIRONON, Valérie. *Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*. Dalloz: Paris, 2004.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RODRIGUES, Suzana Braga. GUIMARÃES, Rogério. Joint-Ventures internacionais como agentes de desenvolvimento tecnológico e aprendizagem gerencial no contexto global. *Análise & Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2/3, maio/dez. 1993, p. 103 - 118.
- ROWLEY. *Modern Law of Partnership*. Indianapolis: The Merryl Brooks, 1916, p. 1933. *Apud*: FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comércio Internacional*. Franca: UNESP, 2006.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- VIDOTTO, Rodrigo Silva. *Uma visão sobre alianças estratégicas: consórcios, joint ventures e organizações virtuais*. Disponível em: <http://www.ifbae.com.br/congresso2/pdf/trab27.pdf>. Acesso em: 30.06.2013.
- VILLELA, Mariana. GÂNDARA, Lívia. DUARTE, Leonardo Maniglia. *Brazil: Joint Ventures*. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/46/sections/158/chapters/1811/>. Acesso em: 05/04/2013.
- WEBER, Max. *Law in economy and society*. Cambridge: Harvard University, 1954, p.194. *Apud*: Paula Forgioni. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. RT: São Paulo, 2009.
- WISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press: Oxford, 2012.