

Joint Ventures e a Defesa da Concorrência no Brasil

Alfredo Lupatelli Jr.¹

Eliane Maria Octaviano Martins ²

INTRODUÇÃO

A *joint venture*, modelo estratégico de parceria empresarial, é amplamente utilizada no contexto econômico atual, principalmente com a consolidação dos blocos econômicos.

Nesse cenário, a ferramenta da parceria tem sido utilizada como pressuposto de sobrevivência e ampliação dos mercados frente à evolução da economia mundial, porém há que se observar alguns aspectos concorrenciais quando da formação e atuação desta parceria. Concomitantemente à consolidação de fórmulas de concentração empresarial insurge-se nesse interim a criação de cultura da concorrência.

No Brasil, no momento da formação de *joint ventures* devem ser observadas as implicações desta parceria sob a égide concorrencial da Lei antitruste brasileira 8884/94. A legislação brasileira, preocupou-se com os atos de concentração, devendo os mesmos serem submetidos a apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE toda vez que implique em participação de 20% ou mais da empresa resultante no mercado relevante ou que envolva alguma empresa com faturamento igual ou superior que R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)³.

¹ Consultor Empresarial;; Professor de Administração de Finanças Internacionais do curso de Pós-Graduação da UNILUS. (e-mail : cosmicom@hotmail.com); Coordenador de Redação da Revista de Direito do Mercosul.

² Vice-Presidente do Instituto Paulista de Direito Comercial e da Integração – IPDCI; Professora Titular de Direito Comercial e Direito Marítimo da Universidade Santa Cecília – UNISANTA e de Administração de Finanças Internacionais do curso de Pós-Graduação da UNILUS (e-mail : emom@uol.com.br); Coordenadora de Redação da Revista de Direito do Mercosul.

³ Aproximadamente US\$ 250.000.000,00 (cotação do dólar R\$1,60).

A atual lei se baseia na experiência norte-americana e européia e também com as leis que vêm sendo editadas por países que deixam economias planificadas e ingressam em regime de economia de livre mercado. A lei brasileira, pode ser considerada mais branda do que a norte-americana e a européia, tendo em comum o controle da concentração de poder econômico, que resulte da integração empresarial e a repressão às infrações à ordem concorrencial.⁴

Hoje, pode-se afirmar que existe no Brasil uma economia de livre mercado e o grau de concorrência alcança um nível jamais registrado em sua história, principalmente com a consolidação do Mercosul.

É nesse quadro que analisaremos o instrumento em referência, a grande “vedete” da economia globalizada. Preliminarmente, devido a imprecisão conceitual que norteia o tema, cumprirá traçar aspectos gerais do instituto em referência para posterior enquadramento anticoncorrencial.

1. AS “JOINT VENTURES” NO CONTEXTO ECONÔMICO

Diferentemente do que ocorreu nos anos 60, momento em que o investimento do capital de risco eram as estratégias expansionistas utilizadas, hoje, com o elevado custo do capital, as técnicas de *joint venture* tem sido largamente utilizadas como ferramenta do mundo capitalista, nas estratégias de internacionalização de grupos econômicos, evitando os riscos políticos e econômicos de investimentos diretos em subsidiárias ou filiais no exterior.⁵

A nova ordem econômica internacional, combatendo o protecionismo, firmou tendência para a integração dos mercados e para a futura integração de economias entre nações. O mercado internacional, reestruturando-se regionalmente, e ainda cada vez mais liberalizado, tem provocado o acirramento de concorrências entre as empresas, e assim, tem favorecido o confronto de competências.

As empresas expostas neste novo ambiente, e pressionadas por uma competitividade crescente, agora preocupam-se também com sua

⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, in *Manual de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, 1998.

⁵ V. RASMUSSEN, Uwe Waldemar. *Holdings e joint ventures*. São Paulo : Ed. Aduaneiras, 1988.

sobrevivência. Tornou-se praxe a revisão para menor de margens de lucratividade, políticas de investimentos, e a expansão de seus negócios em novos mercados, e novos modelos de atuação estratégica.

É essa a realidade que impulsiona a recorrência a novas e maleáveis técnicas de associação. A percepção de que a união das vantagens relativas ou oportunidades (que podem ser tecnológicas, de mercado, fornecimentos, etc.) podem constituir diferencial significativo na conquista do mercado e, de fato, é um forte apelo à união de interesses e empresas.

1.1. Joint Ventures e Mercosul

A tendência de globalização dos mercados denota irreversibilidade e deve ser encarada sem xenofobismos. Pesquisas realizadas no final do ano passado revelaram que, para 60% das empresas brasileiras, o Mercosul não proporcionou aumento de negócios. Por outro lado a mesma pesquisa indica que menos de 500 empresas são responsáveis por 80% das exportações do Brasil. A razão para essa concentração reside na pequena atuação das pequenas e médias empresas no mercado internacional que encontram dificuldades inúmeras, que vão desde a falta de estrutura até o desconhecimento de como atuar nesses mercados.⁶ (Vale lembrar os inúmeros e muitas vezes complexos mecanismos e procedimentos que se interpõem na colocação de produtos nos mercados estrangeiros.)

A atuação empresarial intra-mercosul deverá crescer geometricamente. A associação empresarial via *joint venture*, indubitavelmente, se apresenta como um excelente modelo estratégico para a realização de negócios e facilitaria sobremaneira uma inserção mais eficaz de nossas empresas nesse cenário. Ressalta Harry Simonsen: "*De qualquer forma, parece que dois velhos axiomas podem ser bem entendidos, bem aplicados para produzir bons resultados: o primeiro reza que é preciso agir e que a imobilidade pode efetivamente ser prejudicial e até mesmo fatal. O segundo reza que, neste caso, a velocidade é muito mais importante que a precisão*".

¹ ESPÓSITO, Maurício. *Empresas do Brasil ignoram Mercosul*. Folha de São Paulo, 01.03.98.

² SIMONSEN Jr., Harry. Mercosul: campo de provas à globalização. *Gazeta Mercantil*, 08.07.98.

2. ANÁLISE DOUTRINÁRIA

A *joint venture* na forma atual é “*originária dos Estados Unidos, onde tudo é permitido a priori, exceto o que já está proibido de antemão*”.⁸ Figura cuja tradução literal se enquadra em ‘empreendimento comum’, tem sido precursora e muito proliferada, sempre evoluindo em seu contexto, adaptando-se às mais diversas situações.

Juridicamente, inexistente definição legal exata que possa abarcar um conceito universal, delimitando com precisão a expressão. *Joint venture* é um modelo de estratégia. Doutrinariamente ou jurisprudencialmente predomina a imprecisão terminológica, o que torna a *joint venture* um conceito “fluido”.⁹ Sua caracterização e consequente definição é construída caso a caso de acordo com a natureza do empreendimento, o objeto da associação, a atuação dos parceiros, dentre outros fatores.

Joint venture é uma figura jurídica que contempla as associações e as alianças estratégicas entre empresas. Constitui forma associativa *sui generis*; é modelo jurídico nascido e desenvolvido da prática dos mais variados campos de negócios, reconhecida pela jurisprudência e configurada por contratos formais. Sua aplicação estende-se desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades numa única empresa.

2.1. Estrutura Jurídica da “joint venture”

A *Joint venture* não configura per si uma forma legal na legislação societária brasileira.

Do ponto de vista jurídico, afirma-se que a *joint venture* pode ser efetivada através de várias técnicas, como por meio de consórcios de empresas, fusão, através de cisão, criando uma sociedade nova ou até adquirindo

⁸ COSTA, Lígia Maura, in *Estratégias de integração entre empresas no âmbito do Mercosul: o exemplo das joint ventures*, artigo extraído de site da Internet não identificado.

⁹ Rae V. Cameron, 112 *Mont* 159, 168, 114 p. 2d. 1060 (1941), *apud* Luiz Olavo Baptista, in *A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista*, *Revista de Direito Mercantil*, ano XX, 42, abr/jun 81. “A reading of the cases on the subject confirms the observation to the effect that the courts have not laid down an exact definition of the term joint adventure which can be used as a general rule by means of which the ultimate question can be determined”.

participação acionária, dentre outras formas também coexistentes.¹⁰

Qualquer modelo legal societário poderá ser utilizado para esse tipo de transação.

No Brasil verifica-se a tendência de *joint ventures* societárias (*corporate*) efetivadas via Sociedade Anônima (Lei 6.404/76) e Sociedade por Quotas de Responsabilidade Ltda. (Lei 3.708/19) em detrimento das contratuais (*non corporate*) via Consórcio de Empresas (Lei 6.404/76)¹¹ ou Sociedade em Conta de Participação (arts. 325 e 326 do Cod. Comercial.). A característica essencial de uma *joint venture* é a intenção de realizar um projeto ou empreendimento comum, utilizando ou a *forma societária* com a criação de uma empresa, esta assumindo nova e distinta personalidade jurídica; ou então *na forma contratual*, destituídas de personalidade jurídica e regida por contratos de associação. Constituirão as *corporate* ou *non corporate joint ventures*, e caso os co-ventures aportem ou não recursos financeiros, teremos as chamadas *equity* e as *non equity joint ventures*.

2.2. Formas de "Joint Venture"

Fundamentalmente, existem *joint ventures contratuais (non corporate)*, regidas por um contrato de associação, com relações meramente obrigacionais, sem a formação de uma nova empresa ou estrutura societária formal, destituída portanto de personalidade jurídica. E as *joint ventures societárias*, com a criação de uma nova empresa com personalidade jurídica distinta.

Quanto ao prazo de duração, independentemente de *configurarem corporate ou non corporate*, as *joint ventures* se apresentam de caráter transitório (destacando-se a estruturação via sociedade em conta de participação ou consórcios de empresas) ou permanente (filiais comuns internacionais).¹²

¹⁰ *idem*.

¹¹ Vide BASSO, Maristela, *op. cit.* p. 67 que assinala que o consórcios de empresas é uma modalidade de *joint venture* e que os consórcios de empresas bem como as sociedades em conta de enquadram-se em formas de *Joint venture* transitórias. Vide também LUPATELLI Jr., Alfredo e MARTINS, Eliane Maria Octaviano, *in* Consórcios de Empresas e Mercosul..., cit.

¹² V. BASSO, Maristela *in* *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998, p. 50.

2.2.1. "Joint ventures" contratuais ("non corporate joint ventures")

Joint venture é uma fórmula contratual que consente instauração de uma relação de colaboração destituída de esquema societário.¹³

Dentre as principais características das *non corporate* - ajustando-se, evidentemente, o contrato de *joint venture* a cada caso - destacam-se: limitação do objetivo a um empreendimento determinado ou empresa *ad hoc*;²⁴ caráter eminentemente contratual e não institucional; formalização por meio de contrato;¹⁵ intenção explícita de criar a *joint venture* vinculada ao objeto; atuação restrita aos limites fixados; obrigação de lealdade entre os contratantes (*fiduciary relationship*); presença de risco; gestão e controle conjuntos e capacidade de cada participante agir pelos demais, no âmbito do objeto; prazo de duração limitado; expectativa de lucro (*adventure*)¹⁶ e conseqüente repartição entre os participantes (é considerada característica essencial, porém a repartição dos prejuízos é elencada como acessória, dependendo do acordo entre as partes).

Questão de primeira ordem para os tribunais, a identificação da presença do instituto da *joint venture* contratual ou societária, exige, com freqüência, a análise da presença das características como as retro mencionadas e de escritos entre as partes, como também servindo-se da verificação da conduta das partes.¹⁷

2.2.1.1. *Joint ventures* contratuais e consórcios de empresas

O Consórcio de Empresas, uma das formas jurídicas de se con-

¹³ Cf. STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

¹⁴ WILLISTON in "The History of the Law Business Corporation before 1800" in *Selectr Essays in Anglo American Legal History*, vol. 3, 1909, cit. apud BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 52.

¹⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 49.

¹⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo, *op. cit.*, p. 46, a respeito da jurisprudência norte-americana: "No que concerne ao que reúne as partes nesse negócio, muitas decisões são no sentido de que deve haver o lucro: um julgado porém chama de 'joint interpris' a forma associativa sem fim lucrativo".

¹⁷ *Idem*, p. 53.

solidar a *joint venture* contratual, destituída de personalidade jurídica, (arts. 278 e 279 da Lei 6404/76) consistem em fórmulas flexíveis de concentração provisória, efetivadas pela associação de empresas que se relacionam para a realização de um determinado objetivo. Cria-se uma nova estrutura organizacional que representa o agrupamento (Consórcio), sem contudo intervir na identidade de cada componente, permanecendo estes juridicamente independentes.

O amparo legal se dá pela Lei 6.404/76 (Sociedades Anônimas) e os artigos 278 e 279 elencam os elementos essenciais do contrato. A lei também indica diversas cláusulas facultativas. Cabe porém destacar a ausência de presunção de solidariedade na Lei, deixando a matéria aberta para os eventuais ajustes e pactuamentos específicos de cada caso. Já perante a terceiros, por força do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, artigo 28, parágrafo 3º, estas sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis. O mesmo se dá com relação à legislação trabalhista, tendo em vista o disposto no artigo 2º, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho aprovada pelo Decreto-Lei 5.452/43 e nos termos da legislação antitruste (art. 17 da Lei 8884/94) conforme abordagem específica.

2.2.2. “*Joint ventures*” societárias (“*corporate joint venture*”)

A característica essencial de uma *joint venture* societária¹⁸ é a intenção de realizar um projeto ou empreendimento comum, com a criação de uma empresa, esta assumindo nova e distinta personalidade jurídica. Caso os parceiros sejam de nacionalidades distintas, o país sede regulará a constituição da nova sociedade, sua administração, o processo decisório, societário e tributário. “*A opção pela criação de uma ‘joint venture’ com uma empresa é quase sempre motivada pelo suporte institucional que esta alternativa proporciona às associações de duração relativamente longa ou longas propriamente, como também para se enquadrar nas peculiaridades do país no qual se pretende operar em uma associativa estável*”, assinala Maristela Basso.¹⁹

Além das características acima apontadas, as relacionadas a se-

¹⁸ BASSO, Maristela in *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 47.

¹⁹ idem, p. 81.

guir podem ser tomadas como tópicos que diferenciam estas *joint ventures* das contratuais : há aporte de capitais; constituição de nova sociedade na forma da Lei; natureza jurídica limitada ou não a um empreendimento; maturação do negócio a médio ou longo prazo; expectativa de lucro.

3. DISCIPLINA JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

No Brasil, reprimem-se duas formas de práticas concorrenciais ilícitas : a concorrência desleal e a infração da ordem econômica.²⁰ Compartilhamos do entendimento de Fábio Ulhoa Coelho que, enquadrando concorrência desleal como uma hipótese de concorrência ilícita a diferença de infração à ordem econômica, “na medida em que as lesões produzidas pela primeira não alcançam outros interesses além dos do empresário diretamente vitimado pela prática irregular. Na infração da ordem econômica, a concorrência ilícita ameaça as estruturas da economia de mercado, e, portanto, um universo muito maior de interesse juridicamente relevantes são atingidos. Em razão de tal diferença, a lei não se preocupou em estabelecer mecanismos de repressão administrativa à concorrência desleal, contentando-se com as repressões civil e penal”.

Desta forma, a conduta concorrencial ilícita poderá ser analisada essencialmente sob três ângulos diversos : da Repressão Civil, Penal e Administrativa (infrações à ordem econômica).

4. DA INFRAÇÃO A ORDEM ECONÔMICA

No Brasil, o perfil da ordem econômica delineado pela Constituição Federal de 1988 é neoliberal, assegurando a livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único acima transcrito *c/c* art. 5, XIII) e a livre concorrência (art. 170, IV), princípios norteadores da ordem econômica. A Carta Magna Brasileira (art. 170)²¹ - a chamada constituição econômica assegura que a lei reprimirá o abuso do poder econômico visando a dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros, determinando parâmetros que devam nortear o comportamen-

²⁰ V. COELHO, Fábio. Curso de Direito Comercial. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 183.

²¹ Diz o art. 170 da CF/88: “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (grifo nosso), tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios :IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor” (...)

to do mercado.²² A Repressão aos abusos do poder econômico têm amparo Constitucional no art. 173 §4º - CF/88 *in verbis* : “§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” adotando portanto a Lei Antitruste brasileira o sistema econômico caracterizado pela livre iniciativa, pelas leis de mercado e pela livre concorrência.

A legislação que reprime as infrações à ordem econômica é a Lei nº 8.884/94, regulando o mercado com aspectos preventivos e também punitivos, tendo como objetivo principal o impedimento de deturpações no mercado. As sanções previstas são de caráter pecuniários e administrativos.²³ Dispõe sobre a prevenção e 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 (art. 1), indicando a coletividade como titular dos bens jurídicos por ela tutelados.

A lei 8.884/94 não pode ser considerada um ideal legislativo, sendo alvo de muitas críticas baseadas na forma genérica, imprecisa e abstrata das terminologias empregadas na lei, incompatíveis com a natureza penal da norma, delega dessa forma um grau enorme de subjetividade, tanto ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica como ao Poder Judiciário.²⁴ A referida lei padece das contradições da heterogeneidade

²² Vide Celso Ribeiro Bastos, art. cit. e Luís Fernando Schuartz, in *Poder Econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro*. São Paulo: Editora dos Tribunais, Revista de Direito Mercantil, n. 94, 1996.

²³ Cf. PEREIRA Neto, Caio Mário da Silva in *Defesa da Concorrência no Mercosul*, *Revista Direito Econômico*, CADE, ano I, n. 24.

²⁴ Exemplo dessa subjetividade é encontrada no art. 21 que ora transcrevemos: “Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica : XVIII - vender, injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo...” O que pretende o legislador enquadrar nas terminologias “além de outras” e “injustificadamente”? Vide MARTINS, Eliane Maria Octaviano in *Da concorrência desleal : o Dumping predatório no contexto intrnacional e no mercado interno brasileiro*, *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires : La Ley, ano2, n.3 jun/98 e MARTINS, Eliane Maria Octaviano e MELLO, Lauro MensBoletim Latino-Americano da Concorrência da Comissão da Comisión de Libre Cometencia da Comunidade Europeia, n 5, nov/98 in <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>

constitucional. Contém elementos estruturalistas bem como influências intervencionistas (conceito de aumento abusivo de preços).²⁵

4.1. Da Atuação do CADE

O CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – órgão judicante em todo o território nacional, com sede e foro no Distrito Federal, foi criado pela Lei 4137/62 passando a constituir uma autarquia federal em 1994 com o advento da lei antitruste em vigor 8884/94.²⁶

O CADE é vinculado ao Ministério da Justiça e tem por objetivos gerais apurar e reprimir abusos do poder econômico; decidir se houve ou não infração da ordem econômica e aplicar penalidades previstas em lei, impondo ou não multas, e determinando a cessação de práticas (art. 7º da Lei 8884/94) . Decide também sobre legitimidade da concentração do poder econômico, avaliando se os efeitos de determinados atos jurídicos - fusão, incorporação de empresas ou qualquer outra forma de integração, como as *joint ventures* - restringem, ou poderão restringir, ou eliminam, por qualquer forma, a concorrência.

Integram o plenário do CADE sete membros (um Presidente e seis conselheiros) indicados pelo Presidente da República e, se aprovados pelo Senado Federal, por ele nomeados para cumprirem um manda-

²⁵ROCHA, João Luiz Coelho . *Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste (Lei 8.884/94)*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil 97, 1995 que afirma com veemência, que a Lei 8884/94 é uma heresia: “*Tal é a componente cultura básica brasileira, essa maceração da latimidade ao calor dos trópicos, que as regras da conduta social, por exemplo, se pautam por alterações bruscas e radicais numa ciclotímia exarcebada que dificilmente encontra vias moderadoras... Pois vemos esse fenômeno agora espelhado nos termos da Lei 8.884/94, alei antitruste. No seguimento de tantas reclamações sobre falta de provisões que enquadrassem certos comportamentos antieconômicos de alguns empresários, veio promulgada uma legislação que, pretendendo ser severa, extrapola, se excede, perde as propriedades técnicas, falseia na indispensável valoração jurídica de seus conceitos, e acaba afrontando essenciais princípios da ordem constitucional ... Aqui, no caso da Lei 8.884/94, parece infelizmente, que o legislador perdeu às vezes o passo e o primo, e sob o fito meritório de severamente tratar os assaques à ordem econômica, acaba por abrir o flanco a freqüentes injuridicidades, inconstitucionalidades, autênticas heresias à ordem jurídica”.*

²⁶ V. Lei 9.021/95 que dispõe sobre a implementação da autarquia CADE criada pela Lei 8884/94.

to de dois anos, só podendo ser destituídos mediante processo específico (arts. 4^o a 10 da Lei 8884/94).

Das decisões do CADE, nos termos expressos da Lei 8.884/94, cabe recurso, exclusivamente, à Justiça. A lei 8884/94 não prevê recurso da decisão do CADE a outra instância do executivo. A Lei brasileira, nesse caso também, segue a regra das demais leis de defesa da concorrência.

O CADE atua de forma colegiada e independente em suas decisões, subordinadas essas apenas à revisão do Poder Judiciário, aliás, essa é a forma que se consagrou no direito norte-americano em 1914, e depois no direito comunitário europeu. A base dessa experiência ensina que, sendo independente, estará o órgão de defesa da concorrência imune a pressões políticas, passíveis de serem exercidas pelo governo; imune também a pressões de natureza econômicas, passíveis de serem exercidas por agentes eventualmente contrariados; e, finalmente imune a pressões de grupos sociais e de corporações que defendem interesses específicos. Portanto, estará o órgão de defesa da concorrência melhor habilitado a cumprir sua destinação, ou seja, a de defender o interesse público, no caso, de existir uma concorrência a mais livre possível. E, decidindo o colégio, melhor expressará as diferentes correntes de entendimento do direito econômico²⁷.

4.2. Secretarias de Direito Econômico – SDE

A SDE – SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO – foi criada em 1988, com finalidade instaurar e conduzir inquéritos administrativos para apurar a existência de infrações à ordem concorrencial e remetê-las ao CADE para julgamento. A Secretaria de Direito Econômico está vinculada ao Ministério da Justiça e o seu titular é nomeado, e

²⁷ Na prática, a atuação do CADE como qualquer outro órgão administrativo condiciona e determina os recursos humanos e materiais, postos à sua disposição. E, em ponto menor, mas relevante, conta o desenvolvimento de uma cultura jurídica e econômica da concorrência. Esses dois fatores só são apurados, em um grau mínimo de eficiência, quando se afirma na consciência social do país a noção de que o regime de livre concorrência deve ser buscado e protegido. Este é um dos desafios da sociedade brasileira, que, em sua Constituição Federal, inscreveu esse princípio. Cf DUTRA, Pedro *in* A livre concorrência e sua defesa, *Revista de Direito Econômico*, CADE, Brasília, Jan./mar 1996, p 81.

demissível a qualquer tempo, pelo Ministro da Justiça. Nos casos de concentração empresarial, *incumbe à SDE emitir parecer sobre aspectos concorrenciais dos efeitos verificados, ou a verificar, dos atos jurídicos que darão ou deram causa à concentração* (v. arts. 13 e 14 da lei em referência). À Secretaria de Acompanhamento Econômico – SAE – vinculada ao Ministério da Fazenda, em forma análoga à da SDE, *incumbe emitir parecer sobre os aspectos econômicos nos casos de concentração empresarial e nos processos que investiguem infrações à ordem concorrencial.*

5. “JOINT VENTURES” E AS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Antes de adentrarmos ao tema, há que se diferenciar dois aspectos relacionados com as *joint ventures* no âmbito da Lei 8884/94:

a) a *joint venture* no momento de sua formação (enquadrável como ato de concentração nos termos do art. 54 e ss.);

b) a *joint venture* já formada como infratora da ordem econômica manifestando atos que produzam efeitos anticoncorrenciais descritos na Lei 8884/94 (arts. 15 a 21).

Destarte, seja no momento de sua formação ou em momento posterior a *joint venture*, uma vez caracterizada infração da ordem econômica, *sujeitar-se-á, incontinenti, à lei antitruste brasileira conforme análise a seguir.*

Ademais, há que se enquadrar os atos praticados pelas *joint ventures* nas modalidades de infração da ordem econômica. As infrações viabilizadas mediante *realização de acordo (ainda que oral) entre empresas – denominadas colusão*; e as infrações perpetradas por um só agente econômico. As infrações viabilizadas pelas *joint ventures* enquadram-se na modalidade de colusão. Assente-se ainda que, a colusão pode ser de três categorias: *horizontais* (envolvendo empresas situados no mesmo estágio da produção e circulação econômica); as *verticais* (empresas situadas em estágios diferentes de circulação e produção) ou de *concentração* (empresas que se submetem à mesma direção econômica com ou sem perda de autonomia jurídica).²⁸

5.1. Da aplicabilidade e territorialidade da legislação antitruste às “joint ventures”

No que concerne à territorialidade, o âmbito de aplicação da legislação pátria é todo o território nacional, onde seja cometida a infração, ou que nele venha a produzir efeitos, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil (art. 2º).

Será aplicável às 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, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (art. 15); enquadrando-se portanto no âmbito de aplicabilidade quaisquer das formas de *joint ventures* (*corporate e non corporate*).

6. DA CARACTERIZAÇÃO DAS INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

Para caracterização das infrações da ordem econômica é necessária análise de dois artigos 20 e 21 concomitantemente. O art. 20 caracteriza as infrações a partir dos efeitos causados por atos sob qualquer forma manifestados. Somente caracterizará infração se a conduta desleal provocar os efeitos do 20. Caso estes efeitos não se façam presentes, não se caracterizará a infração punível nos termos da Lei 8884/94, sem prejuízo de enquadramentos da conduta no âmbito civil e penal

Normatiza o artigo 20 da Lei 8884/94 *in verbis*:

Art. 20. “*Constituem infração da ordem econômica*”²⁹,

²⁸ Cf. FARIA, Werter in Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1992 *apud* COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit. p. 203.

²⁹ Diante a existência de diversos sentidos (políticos, econômicos e jurídicos) relacionados à expressão *ordem econômica*, mister se faz delinear a terminologia utilizada pela caput do art. 20, e assim, transcrevemos o posicionamento de João Bosco Leopoldino, op. cit. p. 87: “*Pode-se definir ordem econômica como o conjunto de princípios estabelecidos pela Constituição e que tem por objetivo fixar os parâmetros da atividade econômica, coordenando a atuação dos diversos sujeitos que põem em prática aquela mesma atividade. Ao conjunto desses princípios costuma-se dar o nome de constituição econômica, salientando-se que está ela intrinsecamente ligada à constituição política, formando uma unidade indissociável*”.

independentemente de culpa, os atos que 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 - A dominação de mercado de bens ou serviços, permitindo os casos resultantes de maior eficiência da empresa;

III - O aumento arbitrário de lucros;

IV - A posição dominante no mercado, quando esta é exercida de forma abusiva.”

Os objetivos mencionados pelo art. 20, praticados por qualquer agente nos termos do art. 15 retro-mencionado - seja o agente uma *joint venture* ou não - deverão ser analisados em correlação com os atos que são postos a julgamento, constantes (ou não) do art. 21. Não se investiga a intenção, mas os efeitos produzidos.”³⁰ . O ponto vital para o enquadramento das infrações à ordem econômica assenta-se na análise dos objetivos relacionados aos efeitos e não na intenção.

A lei consolida ainda no art. 20, a teoria da responsabilidade objetiva da empresa. Na análise do tipo para que haja a apuração da responsabilidade, a legislação brasileira, não exige a existência do elemento subjetivo, havendo culpa mesmo se o agente agiu independente dela, basta a existência da prática da conduta ilícita tipificada conforme analisar-se-á em item específico.

Acertadamente, complementa o parágrafo primeiro do art. 20, que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficácia de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no artigo 20, II, ou seja, não caracteriza o ilícito de domínio de mercado relevante de bens ou serviços. Destarte, a dominação de mercado fruto de eficácia empresarial não poderia ensejar a configuração de infração à ordem econômica.

³⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino, *ibid.*, pg. 88.

6.1. Da posição dominante

Nos termos art. 20, § 2º da Lei 884, ocorre *posição dominante* quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

Complementa o § 3º, que a posição dominante a que se refere o § anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia.

Define-se mercado relevante como o mercado “que interessa no caso concreto, sob o aspecto geográfico ou sob o aspecto de um determinado produto”.³¹

6.2. Das condutas

O artigo 21 da Lei 8884/94 elenca diversas condutas que, dentre quaisquer outras, caracterizarão infração da ordem econômica caso produzam os efeitos do artigo 20.

Preleciona o art. 21 *in verbis* :

“ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

³¹ FONSECA, op. cit., p. 89. V. tb jurisprudência norte-americana, em especial o caso *United States v. Yellow Cab Co.*

V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgações de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

X - 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;

XI - 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;

XII - 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;

XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XIV - 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;

XV - 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;

XVI - açambarcar ou impedir a livre exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações sem justa causa comprovada;

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;

XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do GATT;

XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;

XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades de empresa sem justa causa comprovada;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - 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;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos”.

O art. 21, conforme se analisa, é meramente exemplificativo e não taxativo, como se observa da expressão : “as seguintes condutas,

dentre outras (...)"'. Conforme análise anterior, qualquer conduta elencada nesse artigo, dentre outras, *por si só não será enquadrada como infração* se não provocar os efeitos do artigo 20, mesmo que não sejam alcançados.

O bem jurídico lesado é a livre iniciativa ou a livre concorrência.³² Se presentes atos contrários às relações de livre concorrência de mercado, que tenham como objeto romper o equilíbrio da ordem do mercado, basta que possam produzir os efeitos descritos, *independentemente de culpa*, e, ainda que não sejam alcançados, mas que estejam tais atos entre os incisos I a IV, caracterizarão infrações, cabendo sanções correspondentes.³³

7. DA RESPONSABILIDADES DOS CO-VENTURES

Nos termos da legislação antitruste referentemente às diversas *formas de infração da ordem econômica implicar-se-á* responsabilidade solidária da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores .

Complementa-se que serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, *de fato ou de direito*, que pratiquem infração da ordem econômica (v. arts. 15 e 16).

Isto posto, configuradas as práticas anticoncorrenciais praticadas pela *joint venture*, independentemente da estrutura jurídica adotada (societárias ou contratuais) a responsabilidade dos co-ventures é *solidária*.

A responsabilidade solidária será aplicável tanto às estruturas contratuais (*non corporate joint ventures*) adotadas que porventura sejam destituídas de personalidade jurídica e solidariedade não presumida entre os participantes como os consórcios de empresas³⁴ e as sociedades

³² FONSECA, op. cit., p. 97.

³³ Idem.

³⁴ BARROS LEÃES, Luiz Gastão Paes de em palestra proferida em 1975, publicada no livro *Curso de Direito Comercial*, São Paulo : Ed. Resenha Tributária e EDUC, 1976 *apud* Mauro R. Penteado, op.cit. p. 154 : "a principal motivação para essa solidariedade não ser presumida em lei - mas sim eventualmente convencional, fixada no contrato do consórcio - é que muitos consórcios internacionais de obras públicas não seriam realizados no Brasil se essa solidariedade fosse presumida. Então, esses argumentos de fato, que não podem ser desdenhados, determinaram que ambos os projetistas excluíssem, de maneira expressa, a solidariedade no contrato consorcial."

em conta de participação³⁵ (as partes se responsabilizam nos termos do contrato, solidariamente ou não) como às estruturas societárias (*corporate joint venture*) de responsabilidade limitada como as sociedades anônimas e sociedades por quotas de responsabilidade limitada.

7.1. Da aplicabilidade da "Theory of Disregard of Legal Entity"

Poderá ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ao responsável por infração da ordem econômica quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração (grifo nosso, v. art. 18).

Sustentamos em estudo anterior, que o mencionado dispositivo legal que aplica corretamente, em parte, o *disregard of legal entity*, perde-se ao equiparar a situação da má gestão, com excesso de poderes ou contra os estatutos etc., com a hipótese de ocorrer falência ou insolvência por má administração.³⁶

Não se pode equiparar, para determinação da extensão da responsabilidade pelos atos sociais, os atos ilegais, antiestatutários, os abusos de direito, com a simples má administração. Assim um administrador que efetue escolha empresarial desastrada, levado pelo risco inerente da atividade empresarial, ficaria no mesmo patamar do administrador que age ilicitamente. Estranha-se tal enquadramento legislativo, pois num país como o Brasil, cuja instabilidade econômica ainda se faz latente, nem sempre a má administração se dá por exclusiva culpa do empresário!

Opinamos que, tal preceito legal é patentemente inconstitucional, sendo vedado ao legislador ferir o princípio da igualdade. Cumpre ressaltar o posicionamento de José Joaquim Gomes Canotilho, que afirmou existir, no início, uma redução do princípio da igualdade ao princípio da legalidade. Porém posteriormente verificou-se que o princípio da igualda-

³⁵ V. tb responsabilidade solidária das co-ventures : Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, artigo 28, parágrafo 3º e legislação trabalhista, tendo em vista o disposto no artigo 2º, parágrafo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho aprovada pelo Decreto-Lei 5.452/43.

³⁶ V. MARTINS, Eliane Maria Octaviano e MELLO, Lauro Mens, art. cit.

de determina não só a atuação do juiz e do administrador na aplicação da lei, como ao legislador na sua elaboração³⁷. E ainda, conforme explica Norberto Bobbio³⁸ o princípio da igualdade deve ser entendido como a impossibilidade de uma discriminação arbitrária, sem justificação.

Esta é a hipótese mencionada na qual equipara-se a pessoa que age antijuridicamente com pessoa que age juridicamente. A justificação de proteção da sociedade, muito utilizada como fundamento de regimes de exceção, não mais serve de resposta para a questão. Não se quer difundir a prática de crimes econômicos e abusos do poder econômico, ao contrário, o que não se aceita é, mais uma vez, fazer-se uma verdadeira “caça as bruxas onde as verdadeiras bruxas nunca são queimadas”.

7.2. - Da responsabilidade objetiva dos infratores

Consolidada ainda está a responsabilidade objetiva dos infratores, existente no artigo 20, que prevê constituir-se a infração da ordem econômica independentemente de culpa.

Rui Stocco³⁹ posiciona-se no sentido de que: “a caracterização da infração administrativa independe de culpa *stricto sensu*, quer dizer, do elemento volitivo ou vontade, a caracterizar o dolo, ou da negligência, imprudência ou imperícia, configuradoras da culpa *lato sensu* (...)”. Afirma o autor, que trata-se de ilícito de mera conduta ou simples atividade, “bastando que o agente pratique a ação ou omissão que se subsuma ao arquétipo legal. Dessume-se isso da expressão “ainda que não sejam alcançados”(os efeitos)”.

Entendemos que a tentativa é inadmissível, tendo em vista tratar-se de ilícito de mera conduta, considerando que esta foi equiparada à consumação.

Stocco tece ainda algumas críticas em relação a Lei antitruste, prelecionando que “desse modo a só tentativa já configura a infração da

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 380/387.

³⁸ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2ª ed., 1997, p. 28.

³⁹ STOCO, Rui, in *Abuso do Poder Econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais nr. 11. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1995.

ordem econômica, até porque o preceito acima transcrito ao se referir aos atos “que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos” deixou claro que se contenta com a só tentativa para efeito de penalização. O rigor da lei não se justifica. Mostra-se, aliás, na contramão das conquistas recentes e da evolução jurídica de nosso país. A admissão da responsabilidade objetiva e a criação de preceitos de natureza punitiva prevendo ilícitos de mera conduta estabelecerá a possibilidade de cometimento de injustiças com prejuízos irreparáveis. Ao CADE caberá a difícil missão de dar à nova lei a exegese que melhor se coaduna com os princípios constitucionais e com a correta e justa distribuição de justiça”.

A Lei 8.884/94 cria ilícitos civis objetivos, independentemente de culpa.

Ocorre que o princípio básico da lei brasileira, consubstanciado no artigo 159 do Código Civil, é a necessidade de culpa⁴⁰ o que impede a aplicação deste dispositivo.

Cita-se, novamente, João Luiz Coelho, que afirma não ter “cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta não jurídica punível e não de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco como acontece nos casos de responsabilidade objetiva”⁴¹.

Poder-se-ia alongar a exposição mencionando erros e inconstitucionalidades da Lei 8.884/94, porém deve-se tomar uma posição mais moderada com a finalidade de não se inutilizar, um importante instrumento.

Menciona-se Paulo Salvador Frontini⁴² que minimizando as críticas afirma apesar dos defeitos é possível concluir que “se houver vontade política, a Lei 8.884 poderá revelar-se útil ao país. Como a nação vem sinalizando reações contra uma tradição legislativa, nessa área, de marcas

⁴⁰ Neste sentido Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, 7ª ed., I/36 e Clóvis Bevilacqua, *Código Civil*, ed. Histórica, I/426).

⁴¹ Ob. cit., p. 110.

⁴² FRONTINI, Paulo Salvador. Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.

decepções, e uma herança cultural de absentéismo cívico, é cabível dizer que a sociedade civil está dotada, hoje, de razoável instrumento normativo para fazer valer seus superiores e inalienáveis interesses”.

Como ensina Miguel Reale⁴³, no Estado Moderno, as funções deste devem ter “como centro de referências o primado da sociedade civil sobre as estruturas burocráticas”.

Assim apesar dos defeitos, a Lei Antitruste vem sendo aplicada brilhantemente pelo CADE para a melhoria da economia global e, indiretamente, da sociedade como um todo, que a vem interpretando de modo que não fira, na sua aplicação, os direitos subjetivos garantidos constitucionalmente.

7.3. Das penas

As sanções previstas para a prática de condutas ilícitas são aplicadas nas esferas administrativa embora sejam executadas na esfera judicial.

Nos termos do art. 23 da lei 8884/94 a prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela *infração cometida por empresa*, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador;

III - No caso das demais 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 de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência — UFIR, ou padrão superveniente.

⁴³ REALE, Miguel. *Nova fase do Direito Moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 118.

Complementa o parágrafo único que, em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Sem prejuízo das penas cominadas no art. 23, quando a gravidade do fato ou o interesse público geral, poderão ser aplicáveis isolada ou cumulativamente outras penas, nos termos do art. 24:

I - a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

A legislação adota medidas preventivas para coibir a prática de tais atos pelas empresas, dotando o SDE e o CADE de competência para aplicação das mesmas. São medidas preventivas aplicáveis por estes órgãos: a imediata cessação da prática da conduta ilícita e quando possível, retorno a situação anterior. A legislação prevê ainda multa diária pelo descumprimento das ordens emanadas por tais órgãos, quando delibera adotando uma medida preventiva e esta não é acatada pelas empresas ou

seus dirigentes.⁴⁴

A decisão do CADE, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer, constitui título executivo extrajudicial (art. 60), cuja execução será promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou da sede ou domicílio do executado, à escolha do CADE (art. 64).

Das decisões interpostas como medidas preventivas cabe recurso administrativo para o plenário do CADE, no prazo de 05 dias, sem efeito suspensivo, ou usada a via judicial, não sendo possível o uso de recursos no âmbito executivo (art. 52). O arquivamento de um processo administrativo pelo SDE deve ser recorrido de ofício ao CADE.

Compete ao CADE ou a SDE "*ad referendum*" celebrar compromissos de cessação da prática sob investigação, o processo é arquivado após o decurso de prazo fixado por estes órgãos ficando apenas suspensos enquanto estiver sendo cumprido o compromisso (art. 7).

Também é atribuição do CADE autorizar a prática de atos vedados de forma genérica, que sob qualquer forma possam prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação do mercado.

⁴⁴ Lei 8884/94, art. 25 : " Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do CADE determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta Lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais de Referência — UFIR, ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração. "Art. 26. A recusa, omissão, enganosidade ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados pelo CADE, SDE, SEAE, ou qualquer entidade pública atuando na aplicação desta Lei, constitui infração punível com multa diária de 5.000 UFIR, podendo ser aumentada em até vinte vezes se necessário para garantir sua eficácia em razão da situação econômica do infrator.

Art. 27. Na aplicação das penas previstas nesta Lei serão levados em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; VIII - a reincidência."

8. ATOS DE CONCENTRAÇÃO E AS JOINT VENTURES

A legislação antitruste brasileira, ao contrário das demais dos países integrantes do Mercosul, preocupou-se com os atos de concentração, devendo os mesmos serem submetidos a apreciação do CADE toda vez que implique em participação de 20% ou mais da empresa resultante no mercado relevante ou que envolva alguma empresa com faturamento igual ou superior que R\$ 400.000.000,00. A legislação pátria prevê ainda o compromisso de desempenho.

Assim, a legislação antitruste brasileira (Lei 8.884/94), procura enquadrar os excessos cometidos pela formação de *joint ventures*. Seja qual for o modo de concentração ou de cooperação entre empresas – *joint ventures* ou não -, não será permitido o abuso do poder econômico que tenha por objetivo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, como indica o artigo 173, § 4º da Constituição Federal de 1988 retro-mencionado.

A lei antitruste não veda a utilização do contrato de *joint venture* pelas empresas, mas exige a aprovação e registro pelo CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

8.1. Da autorização pelo CADE

Preleciona o caput do art. 54, *in verbis*: “Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE⁴⁵, portanto, tais atos – “... limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência...” - não devem eliminar da concorrência uma parte substancial do mercado livre relevante, ou seja, deverá haver proporcionalidade entre limites e objetivos visados.

Poderá o CADE autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições (art. 54, § 1º):

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

⁴⁵ A Resolução 15/98 do CADE disciplina as formalidades e os procedimentos relativos aos atos de que trata este artigo.

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

O critério de cumulatividade ou alternatividade permanece atrelado aos objetivos, o que significa que na realidade, nunca serão exigidos os três objetivos, ou seja a Lei 8.884/94, impõe a presença das condições enumeradas nos incisos I a IV.⁴⁶ O critério adotado é o da razoabilidade, a exemplo da Comunidade Européia.

Destarte, analisando a temática específica, há que se observar o objetivo da *joint venture*, se ficar evidente que o objetivo dessa associação é *aumentar a produtividade*, ou que tenham como finalidade *melhorar a qualidade* de bens ou serviços, ou que ainda visem a propiciar a *eficiência* e o *desenvolvimento tecnológico* ou *econômico*, poderá ser autorizada.

Outros requisitos impostos pela lei devem ser verificados quando da análise de autorização nos moldes do parágrafo primeiro do art. 54 em tela:

a) que os atos praticados pelas empresas, em detrimento da liberdade de concorrência, surjam *benefícios equitativamente distribuídos*, de tal forma a não romper irremediavelmente o equilíbrio entre empresas participantes e os consumidores (art. 54, II);

b) que tais atos não devem eliminar a concorrência uma parte substancial do mercado relevante, referentemente àqueles bens e serviços (art. 54, III);

c) a de proporcionalidade entre limites e objetivos visados, ou seja, que se observem os limites estritamente necessários para atingir os objetivos

⁴⁶ FONSECA, op. cit.

propostos (art. 54, IV).

Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final (§2º do art. 54).

De acordo com o art. 54, § 3º da lei antitruste, incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou *qualquer forma de agrupamento societário* que implique participação de empresas ou grupos de empresa resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). Portanto, a formação de *joint ventures* se submete na íntegra a este dispositivo, caso resulte participação de 20% de mercado relevante ou se qualquer das co-ventures registrar faturamento bruto anual equivalente a 400.000.000,00 (quatrocentos milhões) de reais. No que tange ao elemento quantitativo trazido pela lei Compartilhamos da opinião de João Bosco Leopoldino da Fonseca: "*o percentual de 20% (vinte por cento) é rigoroso e o valor do faturamento tomado como parâmetro é aleatório. Tais parâmetros deveriam ser deixados a critério do CADE, na apreciação do caso concreto, à luz dos princípios legais e dos princípios gerais e específicos que regem a matéria.*"⁴⁷.

Conclui-se que, o CADE, de acordo com os limites de sua competência conferida no inciso XII do art. 7º da presente lei, deverá apreciar rigorosamente os atos e condutas sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromissos de desempenho, quando for o caso.

Nesse sentido cumpre transcrição de posicionamento de Benjamin Shieber:⁴⁸ "*O fundamento desta política é permitir*

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ SCHIEBER, in Abusos do Poder Econômico : Direito e Experiência Antitruste no Brasil e nos E.U.A. São Paulo : *Revista dos Tribunais*, 1966, apud FONSECA, *op. cit.*, p. 147.

legitimação de acordo em restrição da concorrência é uma crença de bons trustes (...). O Ministro Nelson Hungria exprimiu as razões que baseiam a política de permitir legitimação de acordos em restrição da concorrência nos seguintes termos: 'Devemos Ter em mente antes de tudo, o seguinte: na atualidade, no mundo econômico moderno, a corporação é elemento indispensável. Os trustes, os consórcios e os cartéis, muitas vezes são necessários para manter o equilíbrio entre a produção e o consumo ou mesmo para defender a indústria nacional... Temos que distinguir entre trustes, consórcios e cartéis benéficos e aqueles outros que são maléficis'.

Mister se faz rigoroso controle, coibindo os abusos econômicos mas sem prejudicar a competitividade das empresas neste novo contexto globalizado. Destarte, tais associações devem ser consideradas lícitas, pois não se pode, a priori, condenar qualquer forma de associação de empresas, ao contrário, constituem importantes instrumentos de sobrevivência empresarial face a economia globalizada⁴⁹

8.2. Do prazo para exame do contrato pelo CADE

O contrato de formação da *joint venture* deverá ser apresentado para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SAE. A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) UFIR nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de

⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 223 / 224: "O consórcio entre empresas apenas será vedado se tiver por escopo cercear a liberdade de comércio, por visar a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o monopólio na obtenção de elevação de preço, ante a ilegalidade de tais finalidades. Urge impedir abusos econômicos, pela contínua melhoria de distribuição de renda, sem que se prejudique a eficiência, que garanta às empresas o poder de competição (Lei n. 5.727/71), por ser importante a concentração e a coordenação entre empresas para o fortalecimento das empresas sediadas no país, para atender as necessidades do mercado interno e para enfrentar os concorrentes no mercado internacional. A Lei n. 1.161/74 veio a incentivar a formação de consórcio entre empresas, inclusive no campo da comercialização, assegurando sua maior produtividade, para que as empresas aqui sediadas obtivessem o indispensável poder de competição, assegurando o desenvolvimento econômico do Brasil."

UFIR a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.⁵⁰ (§§ 4º e 5º da lei 8884/94).

Nos termos do § 9º do art. 54, se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividade ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a tercei-

⁵⁰ Cf. FONSECA, *op. cit.*: "(...)O §6º fixa os prazos dentro dos quais, sucessivamente, serão elaborados o parecer técnico da SPE, a manifestação da SDE e a decisão do CADE. Cada um terá 30 dias, o que faz supor que, aritmeticamente, depois de 90 dias deverá surgir a decisão do CADE. A complexidade da matéria, o volume dos processos e a dificuldade das questões a serem abordadas, bem como ainda a restrita estrutura desses órgãos, levam a crer que o dispositivo legal permanecerá letra morta. (...)O §7º estabelece uma condição resolutiva para a eficácia decorrente dos atos a que se refere o artigo. Praticados esses atos, tem eles eficácia imediata, e a aprovação retroagirá à data de sua realização. Se o CADE não os aprovar no prazo de 30 dias estabelecido no parágrafo anterior, serão considerados automaticamente aprovados. Será aprovação por decurso de prazo. Na verdade, esse parágrafo se refere somente ao prazo concedido ao CADE, sem qualquer referência aos prazos precedentes concedidos à SPE e à SDE. Ora, os atos praticados na atividade econômica não podem esperar indefinidamente por decisões administrativas para terem eficácia. Daí terem as empresas duas opções: numa primeira alternativa, o prazo será de 90 dias para a aprovação. Decorrido ele, os atos se consideram automaticamente aprovados, independentemente de qual seja o órgão responsável pela demora; numa segunda hipótese, deverá contar-se o prazo de 30 dias a partir do ingresso do processo no CADE. Deverá ser tomada aquela situação que melhor favoreça à empresa. Se o processo ficar, por exemplo, 60 dias na SPE e 30 na SDE, o ato será considerado aprovado, independentemente do pronunciamento do CADE. O cômputo deverá fazer-se em dias corridos, e não dias úteis. É óbvio que, se a SPE, a SDE ou o CADE vierem a solicitar esclarecimentos ou a exigir documentos que sejam necessários para a adequada instrução do processo, tal fato causará a suspensão dos prazos nos §§ 6º e 7º, que passarão a não fluir, segundo dispõe o § 8º, até que sejam cumpridas aquelas exigências."

ros.⁵¹

A aprovação de que trata o artigo 54 poderá ser revista pelo CADE, de ofício ou mediante provocação da SDE, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados (Art. 55).

8.3. Do arquivamento do contrato de "joint venture"

As Juntas Comerciais ou órgãos correspondentes no Estados, nos termos do art. 56 da Lei 8884/94 não poderão arquivar quaisquer atos relativos à constituição, transformação, fusão, incorporação ou agrupamento de empresas – aqui se incluindo o contrato de *joint venture* - bem como quaisquer alterações, nos respectivos atos constitutivos, sem que dos mesmos conste:

- I - a declaração precisa e detalhada do seu objeto;
- II - o capital de cada sócio e a forma e prazo de sua realização;
- III - o nome por extenso e qualificação de cada um dos sócios acionistas;
- IV - o local da sede e respectivo endereço, inclusive das filiais declaradas;
- V - os nomes dos diretores por extenso e respectiva qualificação;
- VI - o prazo de duração da sociedade;
- VII - o número, espécie e valor das ações.

9. OS CASOS POLÊMICOS

Recentemente, o Brasil vem centrando suas atenções em alguns episódios relacionados com a concorrência predatória e *joint ventures*. Algumas decisões polêmicas do Conselho Administrativo de Defesa

⁵¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino. Lei de proteção da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1995, op. cit., pg. 150/152.: "Há, contudo, três hipóteses em que ressaltam as situações já definitivamente cristalizadas anteriormente ao indeferimento: em primeiro lugar, se os atos a que se refere o artigo não forem realizados sob condição suspensiva; em segundo, se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros; em terceiro, se já se consumaram efeitos fiscais."

Econômica – CADE repercutiram internacionalmente. Dentre as quais destacamos :

9.1. Ato de concentração nº 58/95 - Miller Brewing x Brahma

A decisão do CADE proferida no Caso Miller Brewing e Brahma ordenou a dissolução de uma *joint venture* formada entre as empresas citadas no prazo de dois anos. Na ocasião, as Requerentes informaram que “a opção estratégica” das grandes cervejarias nacionais, diante do “desafio de conquistar o mercado continental” foi a de “associarem-se a cervejarias estrangeiras”, com o objetivo de “criar, em curto espaço de tempo, resposta à demanda dos nichos de mercado, que refloresceu com o fim do controle de preços e é presentemente estimulada com a estabilidade econômica”⁵².

Mister se faz destaque a trecho do voto proferido pelo Presidente Gesner Oliveira sobre o papel de um órgão como o CADE em uma economia moderna⁵³, opinião que compartilhamos na íntegra:

“A Lei 8884/94 é explícita ao impor aos seus aplicadores a consideração de ocorrência de eficiências e estímulos ao desenvolvimento econômico.

Parece evidente, portanto, que a autoridade de defesa da concorrência deve otimizar sua atuação, procurando sinergias com as políticas públicas de estímulo ao investimento. Isto não significa subordinar a defesa da concorrência à política de governo. Trata-se antes de fazer aquilo que a sociedade reclama e o legislador estabeleceu: procurar equilíbrio e harmonia entre as diferentes ações do Estado em benefício do aumento de bem estar da população.

Nesse contexto, cabe uma reflexão sobre o papel de um órgão como o CADE em uma economia moderna. Nesse espírito, acredito que não cabe ao CADE:

⁵² Cf. relatório e Voto do Conselheiro Renault de Freitas Castro proferido na 41ª sessão ordinária realizada em 11 de junho de 1997 in www.mj.gov.br/cade.

⁵³ Cf. voto no caso Brahma x Miller proferido na 41ª sessão ordinária realizada em 11 de junho de 1997 in www.mj.gov.br/cade.

- avaliar efeitos sobre o bem estar de mecanismos de diferenciação de produto, tal como efetuado no relatório. Não é preciso ir muito longe na teoria econômica para saber que o que deve prevalecer são as preferências reveladas dos consumidores no mercado e não aquelas presumidas pelos burocratas;

- avaliar qual a melhor forma de entrada de uma empresa estrangeira. As associações podem reduzir o tempo de ingresso e conseqüentemente ter efeito benéfico. Quem deve avaliar o dinamismo do mercado brasileiro são as próprias empresas. Valho-me do próprio texto do voto à página 49 onde afirma que:

Examinei a possibilidade de indicar formas alternativas de entrada da Miller que fossem aceitáveis ou até desejáveis do ponto de vista da concorrência. Concluí, no entanto, que, no caso, não caberia ao CADE fazer tais indicações, que poderiam caracterizar-se como ingerência indevida do CADE em estratégias comerciais da Empresa. Essa decisão deve caber à Miller, posto que é o seu interesse comercial o principal motivador do negócio, e sobre o qual ninguém tem melhor conhecimento do que ela própria”⁵⁴

Cumprida transcrição do acórdão do caso em tela :

Acórdão

EMENTA: “Joint venture” e outras tratativas entre Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M1855. Mercado nacional de cerveja. Mercado altamente concentrado. Operação que resulta em elevação do poder de mercado de empresa dominante. Fortalecimento da estrutura existente. Barreiras à entrada de novos concorrentes e ao crescimento das empresas com pequena participação no mercado. Produto de consumo em crescimento. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições, mediante compromisso de desempenho.

⁵⁴ V. site do CADE in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

Vistos, relatados e discutidos estes autos na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em conformidade com os votos e registros eletrônicos realizados, por maioria, aprovar com restrições, nos termos do voto do Conselheiro Relator, a “joint venture” formada por Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M1855 no que se refere ao mercado nacional de cerveja, por entender que o tempo originalmente estabelecido pelas requerentes pode causar dano ou ameaça de dano à concorrência. Decidiram, ainda, que, caso não aceitas as condições, deverão as requerentes excluir a República Federativa do Brasil do escopo do Acordo de Associação Internacional e rescindirem os acordos e contratos celebrados, bem assim que o descumprimento da decisão constitui infrações a ordem econômica, sujeitando as requerentes ao pagamento de multa diária no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), vencidos o Presidente Gesner Oliveira e o Conselheiro Arthur Barrionuevo. Participaram do julgamento o Presidente Gesner Oliveira e os Conselheiros Leônidas Rangel Xausa, Antônio Carlos Fonseca da Silva, Renault de Freitas Castro, Lucia Helena Salgado e Silva, Paulo Dyrceu Pinheiro e Arthur Barrionuevo, presente a Procuradora-geral, Marusa Freire.⁵⁵

A formação da *joint venture* em questão foi reapreciada com base no art. 27 da Resolução CADE nº 5/96 decidindo-se pela aprovação do ato condicionada mediante Termo de Compromisso, devidamente homologado posto que o dano seria passível de neutralização mediante estabelecimento de condições visando reestabelecer o dinamismo concorrencial do mercado.

Acórdão

Ementa. Formação de “joint venture”. Reapreciação com base no art. 27 da Resolução CADE nº 5/96. Mercado nacional de cerveja. Estrutura de mercado concentrada. Competição prevalecte por diferenciação de imagem. Fortalecimento de posição dominante. Aliança defensiva de posicionamento de produtos com efeito de desencorajar nova entrada. Ocupação de nicho de maior dinamismo no mercado. Reforço das barreiras à entrada de novos concorrentes. Operação que supera os li-

⁵⁵ Acórdão extraído do site do CADE in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

mites necessários aos objetivos perseguidos. Dano passível de neutralização mediante estabelecimento de condições visando reestabelecer o dinamismo concorrencial do mercado. A aprovação do ato condicionada, mediante Termo de Compromisso, devidamente homologado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, após o voto de vista do Presidente do CADE, Gesner Oliveira, por unanimidade conhecer do pedido de reapreciação do Ato de formação de “Joint Venture” realizada entre a Companhia e Cervejaria Brahma (CCB), Miller Brewing Company (MBC) e Miller Brewing M1855, Inc. (Miller). Decidiram ainda por maioria aprovar a operação sob as condições estabelecidas no voto de vista da Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Vencidos o Conselheiro-Relator Renault de Freitas Castro, que condicionou a aprovação à implementação pela CCB de programa de cooperação em produção e distribuição à pequenas cervejarias, o Conselheiro Antonio Fonseca que rejeitou o pedido de reapreciação, mantendo a decisão original, o Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro na extensão de seu voto e o Conselheiro Arthur Barrionuevo que não considerou a operação lesiva à concorrência, não se opondo no entanto, aos termos de compromisso negociado com as requerentes. Ficando decidido que: 1) a CCB deverá, após 15 (quinze) dias da aprovação do edital pelo Cade, disponibilizar, por meio de oferta pública, parcela de sua capacidade de envasamento nas embalagens não-retornáveis, típicas do segmento premium; 1.1) os termos do edital de oferta e do contrato de envasamento serão submetidos à aprovação do Cade no prazo de trinta (trinta) dias a contar da data de publicação do extrato do Termo de Compromisso, 1.2) o prazo de duração do contrato será de dois anos, renováveis por mais dois, com opção de mais um ano; 1.3) a seleção da empresa que contratará o envasamento será feita por meio de oferta pública, estando habilitadas a participar cervejarias que tenham registrado participação inferior a 10% no mercado nacional de cerveja em 1997; 1.4) será vencedora da oferta pública a empresa que contratar maior quantidade; 1.5) o preço de envasamento a ser cobrado pela CCB será o equivalente ao do envasamento da cerveja de marca Miller; 1.6) o volume de envasamento a ser ofertado pela CCB será o equivalente ao do envasamento da cerveja de marca Miller; 1.7) fica vedado qualquer outro tipo de vínculo entre a vencedora da oferta pública e a CCB; 2) não havendo empresas interessadas ou habilitadas a CCB deverá realizar oferta pública limitada de envasamento, estando habilitadas a dela participar apenas aquelas micro-cervejarias participantes do Programa de Auxílio Técnico; 3)

a CCB deverá, após 15 (quinze) dias da aprovação do edital pelo Cade, oferecer à micros-cervejarias, por meio de oferta pública, contratos de auxílio técnico - Programa de Auxílio Técnico - de modo a transferir tecnologia de produção e de difundir seus conhecimentos em técnicas de gerenciamento e de engenharia de montagem disponibilizados à CCB pela Miller com as "melhores prática"; 3.1) os termos do edital de oferta e dos contratos de auxílio técnico, serão submetidos à aprovação do CADE no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data de publicação do extrato do Termo de Compromisso de Desempenho; 3.2) o prazo de duração do contrato será de cinco anos, renovável por mais cinco anos, 3.3) sairão vencedoras da oferta pública as três micros-cervejarias que propuserem o melhor preço; 3.4) estão habilitadas a participar da oferta pública do Programa de Auxílio Técnico micro-cervejarias, existentes ou em projeto, definidas como aquelas empresas que produzem e vendem sua própria cerveja apenas nas suas próprias instalações; 3.5) fica vedado qualquer outro tipo de vínculo entre a vencedora da oferta pública e a CCB; 4) deverão ser eliminadas todas as referências a preços de produtos produzidos e/ou importados pela Skol e pela CCB de todos os Acordos firmados com a Miller; 5) deverá a CCB e Miller promover a assinatura em 15 (quinze) dias, a contar da publicação do acórdão, do Termo de Compromisso homologado. Participaram do julgamento além do Presidente, do Relator e da Conselheira-Designada para lavrar o acórdão, os Conselheiros Antonio Fonseca, Paulo Dyrceu Pinheiro e Arthur Barrionuevo Filho. Ausência eventual e justificada do Conselheiro Leônidas Rangel Xausa. Presente a Procuradora-Geral do Cade, Doutora Marusa Vasconcelos Freire. Brasília, 13 de maio de 1998 (data do encerramento do julgamento iniciado em 08 de abril de 1998).⁵⁶

9.2. *Antarctica e Anheuser-Busch (Budweiser) - "joint-venture" Budweiser Brasil Ltda*

Medida similar ao caso Miller-Brahma foi tomada pelo CADE, determinando que a empresa formada através de uma *joint venture* deveria desaparecer em dois anos.

Acórdão

EMENTA: Aquisição de participação acionária e formação de "Joint Venture". Lei 8.884/94, art. 54. Mercado nacional de cerveja. Estrutura de mercado concentrada. Fortalecimento de posição dominante. Reforço das barreiras à entrada de novos

⁵⁶ Acórdão extraído do site do CADE in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>

concorrentes. Eliminação de concorrência potencial. Desestímulo à entrada de novos "players" independentes no mercado. Não agregação de dinamismo ao mercado. Não geração de eficiências e benefícios a serem compartilhadas com o consumidor. A operação supera os limites necessários aos objetivos perseguidos. Não atendimento às condições previstas no § 1º do art. 54 da Lei 8.884/94. Aprovação do ato condicionada à aceitação de condições, mediante Compromisso de Desempenho.

Vistos, relatados e discutidos estes autos na conformidade dos votos e das notas eletrônicas, acordam os Conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por maioria, após os votos - vistas do Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho e do Presidente do CADE, aprovar sob condições o Ato de aquisição de participação acionária e formação de "Joint Venture", nos termos do voto da Conselheira-Relatora, por entenderem que o tempo originalmente estabelecido pelas Requerentes pode causar dano ou ameaça de dano à concorrência. Decidiram, ainda, que o não atendimento às diretivas indicadas nesta decisão constituirá infração à ordem econômica, sujeitando as Requerentes, individualmente, ao pagamento de multa diária de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Decisão por maioria, vencidos o Conselheiro Arthur Barrionuevo e o Presidente Gesner Oliveira. O Conselheiro Antonio Fonseca, embora adotando integralmente as razões do voto e do aditamento da Relatora, ficou vencido na extensão do seu voto que não aprova a operação e tendo em vista a boa fé das Requerentes, a demora no exame da operação pelo Sistema de Defesa da Concorrência e o custo do desfazimento da aliança, faculta as Empresas continuar a aliança pelo prazo máximo de 24 meses contado da publicação da decisão do Conselho, devendo as Empresas terminar o negócio dentro desse prazo na forma que lhes convier e nos termos do § 9º do art. 54 da Lei 8.884/94. Por unanimidade o Conselho referendou a decisão da Relatora de encaminhar procedimento em separado, no âmbito do CADE, com vistas a esclarecer dúvidas suscitadas quanto à integralidade da documentação enviada pelas Requerentes. Participaram do julgamento além do Presidente e da Relatora, os Conselheiros Leônidas Xausa, Antonio Fonseca, Renault de Freitas Castro, Paulo Dyrceu Pinheiro e Artur Barrionuevo, presente a Procuradora-Geral, Marusa Freire. Ausente justificadamente o Conselheiro Paulo Dyrceu Pinheiro na sessão de encerramento.⁵⁷

⁵⁷ Acórdão extraído do site do CADE in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>.

9.3. Casos apreciados pelo CADE na vigência da lei antitruste anterior (Lei 4.137/62)

Na vigência da Lei 4.137/62, destacam-se ainda três casos em que, no primeiro há apreciação e autorização do CADE para a formação de "joint venture"; no segundo, não há apreciação do CADE em razão da matéria; e finalmente no terceiro não há existência de efeitos proibitivos pela lei do CADE.⁵⁸

9.3.1. Decisão na Representação 10/87, de 7.5.87, Consulentes: Volkswagen A.G. e Ford Motor Co.

Decidiu o CADE pela licitude da formação da joint venture a Volkswagen A.G. e Ford Motor Co. objetivando a otimização da produção comum e redução de custos:

FORMAÇÃO ENTE CONCORRENTES OBJETIVANDO
OTIMIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E REDUÇÃO DE CUSTOS
- ADMISSIBILIDADE - LIMITES.

Lícita é a formação de "joint venture" entre empresas concorrentes, objetivando a otimização da produção comum e a redução de custos, eis que se inclui entre os atos de organização da produção sujeitos ao princípio da livre iniciativa, consagrado constitucionalmente, desde que as operações do novo ente obedeçam às prescrições da Lei 4.137, de 1962.

Referência: Decisão na Representação 10/87, de 7.5.87, Consulentes: Volkswagen A.G. e Ford Motor Co. (DOU de 11.5.87, Seção I, p. 6.953).

9.3.2. Decisão da Representação 10/87, de 7.5.87, Consulentes: Volkswagen A.G. e Ford Motor Co.

REESTRUTURAÇÃO DA EMPRESA E RACIONALIZAÇÃO
DE LINHAS DE PRODUÇÃO - ASSOCIAÇÃO COM EM-
PRESA DO SETOR QUE PASSA A TER PARTICIPAÇÃO
MINORITÁRIA NO CAPITAL VOTANTE - CONTROLE
SOCIETÁRIO E DECISÓRIO MANTIDO PELO ACIONISTA
MAJORITÁRIO ATRAVÉS DE ACORDO DE ACIONISTAS -
NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 74 DA LEI 4.137, DE 1962.

⁵⁸ Jurisprudência extraída da obra de FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, pg. 264.

A formação de "joint venture" através de associação minoritária com empresa do setor, garantido o controle societário e decisório do acionista majoritário através de acordo de acionistas, de que resulte racionalização da produção e a melhoria nas condições da concorrência através da criação de fontes alternativas de suprimento de insumos, não incide nos termos do art. 74 da Lei 4.137, de 1962, falecendo ao CADE, portanto, competência para apreciação da matéria.

Referência: Decisão da Representação 10/87, de 7.5.87, Consulentes: Volkswagen A.G. e Ford Motor Co. (DOU de 11.5.87, Seção I, p. 6.953).

9.3.3. *Decisão no Pedido de Registro de Acordo, de 5.6.87, Interessados: Cia. Industrial São Paulo e Rio, Cisper, Indústria e Comércio S.A., Campo bom - Indústria, Comércio, Participações e Representações S.A. e Cia. Vidraria Santa Marina*

Joint venture aprovada tendo em vista não se vislumbrarem efeitos proibidos pela lei antitruste em vigor.

ACORDO DE "JOINT VENTURE" - INEXISTÊNCIA DE EFITOS PROIBIDOS PELA LEI DO CADE - ADMISSIBILIDADE.

Admissível é o registro de acordo de *joint venture* em cujo teor não se vislumbrem efeitos proibidos pela Lei do CADE, sem prejuízo, porém, do acompanhamento normal da execução do ajuste.

Referência: Decisão no Pedido de Registro de Acordo, de 5.6.87, Interessados: Cia. Industrial São Paulo e Rio, Cisper, Indústria e Comércio S.A., Campo bom - Indústria, Comércio, Participações e Representações S.A. e Cia. Vidraria Santa Marina, Conselheiro-Relator: Geová Magalhães Sobreira (DOU de 8.6.87, Seção I, p. 8.799).

10. REPRESSÃO CIVIL

Cumprir fazer breves referências à responsabilidade civil perante atos de concorrência desleal. A responsabilidade civil se funda na culpa (subjéctiva) ou na possibilidade de socialização das repercussões económicas do dano (objectiva), assegurando ao empresário a reparação aos danos sofridos⁵⁹. Aplica-se o disposto no Código Civil, arts 1059 e 1525.⁶⁰

⁵⁹ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.* p. 188 e ss.

⁶⁰ Vide lei de Propriedade Industrial arts. 195 a 210.

11. CRIMES CONTRA A ECONOMIA POPULAR

A Lei Penal 1.521/51 coexiste com a Legislação administrativa 8.884/94, cumprindo ressaltar, inclusive, o art. 19 da legislação antitruste brasileira, dispondo que “a repressão das infrações da ordem econômica não exclui as punições de outros ilícitos revistos em lei”.⁶¹

O art. 3º, inciso III da lei em referência, enquadra como crime contra a economia popular “*promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio...*”

Tem-se, portanto, que a legislação brasileira - tanto no âmbito da legislação antitruste como no cerne da legislação que define os crimes contra a economia popular, não considera ilícita a concentração empresarial em si. A mera constituição de *joint venture* contratual não implica em crime ou infração contra a ordem econômica; todavia, cobrem-se as situações abusivas criminosas praticadas pela combinação interempresarial sob a égide da associação empresarial⁶², enquadráveis nas condutas delituosas descritas pelas Leis 8.884/94 e 1.521/51.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crescente internacionalização da economia decorrente principalmente da redução de barreiras ao comércio mundial, da maior velocidade das inovações tecnológicas e dos grandes avanços nas comunicações, tem exigido das empresas mudanças na atuação.

Tal fato poderá ser positivo para o mercado e para as nações, desde que provoque um maior equilíbrio competitivo e comercial, vindo portanto a *relevar “o papel cada vez mais imprescindível das políticas industrial, de comércio exterior e de defesa da concorrência (e da*

⁶¹ A presente abordagem tenciona, apenas, posicionar a *joint venture* perante as legislações 8.884/94 e 1.521/51. Para maior aprofundamento ao tema, vide art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal/88; art. 196 e incisos do Código Penal; art. 176, Dec. Lei 9279/96 (Código da Propriedade Industrial); Lei Del. 4/62 (intervenção no domínio econômico); arts. 4 a 7 e 11 a 17 da Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e outras relações de consumo).

⁶² Vide Mauro Rodrigues Penteado, in *Sociedades...* cit. p. 80.

*necessidade de articulação entre elas) na agenda da globalização da economia (...). Partindo-se do princípio de que a chamada globalização não é panacéia para os males distributivos de que padece a economia mundial, as fusões e associações de empresas, assim como os investimentos diretos explicados ou induzidos por esse "fenômeno", devem merecer cuidadosa avaliação de seus custos e benefícios sociais para o País, como em qualquer outro caso, sem a contaminação de exageros nacionalistas ou liberais, mas tendo sempre em vista os altos interesses das políticas públicas nacionais."*⁶³

As *joint ventures* consistem certamente, em modalidade jurídica atual, vital tanto no âmbito interno como na tendência de globalização dos mercados. As parcerias empresariais, indubitavelmente, estão se mostrando mecanismo jurídico e econômico responsável pela ação integracionista do Mercosul.

O processo de globalização deverá possibilitar uma economia de complementaridade, e nesse ínterim as formas de sinergia interempresarial constituirão em instrumento vital para a efetivação do processo integracionista.⁶⁴

O empresariado com certeza acompanha a evolução do cenário econômico e os efeitos da globalização nos mercados. Alguns perceberão as vantagens competitivas que se lhe apresentam os outros mercados, muitos verão novos concorrentes surgirem. Poucos desmistificam as opções de parcerias, elegem e negociam parcerias, firmam-se segundo uma das modalidades da associação, e uma *joint venture* certamente se apresentará mais apta a conquistar e sobreviver nos mercados.

A perspectiva apontada no mercado globalizado é que, a recorrência a modalidades de associações empresariais, na forma de *joint ventures* se fixe ainda mais, e principalmente com a consolidação de blocos econômicos, em especial o Mercosul, ensejando premente necessidade de desenvolvimento de novas formas de colaboração interempresarial.

⁶³ Cf. Cf. relatório e Voto do Conselheiro Renault de Freitas Castro proferido na 41ª sessão ordinária realizada em 11 de junho de 1997 in www.mj.gov.br/cade/default.asp.

⁶⁴ V. LUPATELLI Jr. Alfredo e MARTINS, Eliane Maria Octaviano Martins, in Mercosul : Atuação Empresarial e os Efeitos da Globalização, *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires : La Ley, vol. 2, dez. 98.

Tal como numa corrida de fundistas, haverão vencedores e vencidos.

E neste interim, cumpre ressaltar que, se realmente o objetivo do Mercosul é o mercado comum, não poderá negligenciar nos seguintes pontos vitais : a adoção urgente da supranacionalidade, conjuntamente com a relevância do papel fundamental do direito da concorrência e os abusos do poder econômico. Medidas eficazes de defesa da concorrência são, pois, inadiáveis, até porque em primeiro plano está em jogo a proteção do universo consumidor no Mercosul. Requer-se harmonização urgente das normas relacionadas à defesa da concorrência., que, a um só tempo, permita o desenvolvimento do fluxo de comércio intra-bloco e coíba as práticas restritivas da concorrência.

Destarte, as leis que visam coibir a concorrência desleal, devem ser analisadas com cautela e discernimento, de forma que sejam aplicadas com a prudência que o assunto requer. A investigação requer percepção acurada dos mecanismos inúmeros de uma economia livre, para que não se colham resultados indesejáveis causados à economia dos países e aos consumidores.

Não se deve reprimir o ato de concorrência, mas sim rechaçar a deslealdade na concorrência, coibindo abusos e desmandos. Efetivar a busca incessante da verdade e a aplicação da justiça, sob a égide da proteção à Nação, à ordem econômica e ao consumidor.

Ademais, exige-se conscientização de que o princípio da livre concorrência, calcado em competição honesta, livre de fraudes e abusos, é princípio norteador da ordem econômica consagrado pela CF/88. A concorrência em si, é benéfica e necessária para o mundo capitalista; preços baixos e monopólios de mercado, nem sempre são originários de deslealdade, mas fruto de eficácia empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. Formas de Associações de Empresas no âmbito do Mercosul. Seminário apresentado por ocasião do VI Congresso de Derecho Societário y II Congresso Ibero Americano de Derecho Societário y de la empresa. Mar del Plata, 2 a 4 de novembro, 1995.

BAPTISTA, Luiz Olavo . A Joint Venture – Uma Perspectiva Comparatista,

Revista de Direito Mercantil, ano XX, 42, abr/jun 81.

- BASSO, Maristela. *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 2ª ed.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 2ª ed., 1997
- CADE in <http://www.mj.gov.br/cade/jurispru.htm>
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1994, p. 380/387.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, 1998.
- COSTA, Lígia Maura. *Estratégias de integração entre empresas no âmbito do Mercosul: o exemplo das joint ventures*. Material extraído de Site da internet não identificado.
- DUBOIS Filho, Eduardo Mario Favier et. tal. *Derecho Societario Argentino e Iberoamericano*. Buenos Aires : Adhoc, 1993.
- DURÃO, Vera Saavedra. Odebrecht fará gasoduto no Peru. *Gazeta Mercantil*, Terça-feira, 16.09.97.
- DUTRA, Pedro . A livre concorrência e sua defesa, *Revista de Direito Econômico*, Brasília, Jan./mar 1996, p 81.
- ESPÓSITO, Maurício. Empresas do brasil ignoram Mercosul. *Folha de São Paulo*, 01.03.98.
- FARIA, José Ângelo Estrella. Integração econômica na América Latina : Sairemos do discurso ? *Revista de Direito Mercantil*, n. 79, jul/set. 1990.
- FRONTINI, Paulo Salvador. Caracterização de condutas contrárias à ordem econômica. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1994.
- LUPATELLI Jr., Alfredo e MARTINS, Eliane Maria Octaviano, in *Con-sórcios de Empresas – Aspectos Jurídicos e Funcionais*. *Ensaio Jurídicos – O direito em revista*, Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, vol. 6, 1998.

- _____ Mercosul : Atuação Empresarial e os Efeitos da Globalização, *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires : La Ley, vol. 2, dez. 98.
- _____ Consórcios de Empresas e Mercosul. *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires : Editora La Ley, ano 2, n. 4, ago/98.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Defesa da Concorrência, Supranacionalidade e Mercosul. *Revista de Derecho del Mercosur*, Febrero /98.
- _____ Da concorrência desleal : o Dumping predatório no contexto intrnacional e no mercado interno brasileiro , *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires : La Ley, ano2, n.3 jun/98 .
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano e MELLO, Lauro Mens. *Boletim Latino-Americano da Concorrência da Comissão da Comisión de Libre Cometencia da Comunidade Europea*, n 5, nov/98 in <http://leuropa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>
- OLIVEIRA, Gesner. CADE, as fusões e as mudanças da super 5, in *Boletim Latino-Americano da Concorrência da Comissão da Comisión de Libre Cometencia da Comunidade Europea*, n 5, nov/98 in <http://leuropa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>
- PASCAR, Norma Adelina. Análisis sobre concentraciones de Empresas en la Union Europea in DUBOIS, Eduardo Mario Favier et. tal. *Derecho Societario Argentino e Iberoamericano*. Buenos Aires : Adhoc, 1993
- PENTEADO, Mauro Rodrigues. *Consórcios de Empresas*. São Paulo : Livraria Pioneira Editora, 1979.
- PEREIRA Neto, Caio Mário Silva Pereira. *Defesa da Concorrência no Mercosul*. *Revista de Direito Econômico*, CADE, ano I n.º 24.
- RASMUSSEN, Uwe Waldemar. *Holdings e joint ventures*. São Paulo : Ed. Aduaneiras, 1988.
- REALE, Miguel. *Nova fase do Direito Moderno*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 118.
- ROCHA, João Luiz Coelho da. Alguns Aspectos Heréticos da Lei Antitruste (Lei 8.884/94). São Paulo: *Revista de Direito Mercantil* 97, 1995.
- RODRIGUES, José Roberto Pernomian. Os efeitos do dumping sobre a competição. *Revista de Direito Econômico*, ano I, n.º 22

- ROSSETI, José Paschoal. *Introdução à Economia*. Rio de Janeiro : Ed. Atlas, 1978.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. Fundamentos do direito de defesa na Concorrência. *Revista de Direito Econômico* , ano I, nº 22
- SIMONSEN Jr., Harry. Mercosul : campo de provas à globalização. *Gazeta Mercantil*, 08.07.98.
- STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- STOCO, Rui. Abuso do Poder Econômico e sua repressão (mecanismos penais e administrativos). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nr. 11. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1995.