



Universidade de Brasília

MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO

10/0035558

***JOINT VENTURE: A TENTATIVA DE AUTONOMIZAÇÃO DE UM NOVO
PARADIGMA CONTRATUAL***

**Brasília/DF
2015**

MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO

***JOINT VENTURE: A TENTATIVA DE AUTONOMIZAÇÃO DE UM NOVO
PARADIGMA CONTRAUAL***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão

**Brasília/DF
2015**

MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO

***JOINT VENTURE: A TENTATIVA DE AUTONOMIZAÇÃO DE UM NOVO
PARADIGMA CONTRAUAL***

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão.

Aprovada em _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Ana de Oliveira Frazão
(Orientadora – Presidente)

Prof. Dr. Paulo Burnier da Silveira
(Membro)

Prof. Dra. Inez Lopes Matos Carneiro
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Professora Ana que me orientou cuidadosamente durante toda a pesquisa, sempre disponível e paciente com minhas constantes perguntas, e-mails e mensagens. Agradeço não somente pela orientação, mas pelo exemplo de Operadora do Direito atuante que sempre foi, seja enquanto pesquisadora, professora, Conselheira, ou Diretora da Faculdade. Incansável.

Agradeço também a todos os integrantes do GECEM- Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado da Faculdade de Direito da UnB, que muito contribuíram para várias das reflexões existentes nesse estudo.

Aos meus pais, Aldemar e Marcello, e às minhas Mães, Fernanda e Norma, pelo amor constante e irrestrito, pela criação cuidadosa e pela educação sempre priorizada. A meus pais, agradeço, também, por serem responsáveis pelo encantamento que hoje possuo em relação ao universo jurídico. Nas figuras de meus amados avós, Selma e Aldemar, de meus irmãos Aldo, Ricardo e Rafaela, de Dona e de Ed, agradeço igualmente a todo o restante de minha família.

A Rodrigo, Priscila, Danielli e Jô, que com os ensinamentos diários muito contribuíram para minha formação profissional no período em que estagiei no Escritório Marcello Lavenère Machado Advocacia.

À família Curra Russo, à Dinha, Tia Beth, Tio Sandro, Xando, Beto, Dona Eda, Debora e Cida, por terem me acompanhado durante grande parte de minha formação acadêmica, proporcionando-me sempre uma conexão imensamente agradável e feliz com a vida existente fora do mundo do Direito.

A meus amigos e minhas amigas, que fizeram destes anos de graduação uma época memorável. Ao Grupo Consenso, ao GTRIB e à Advocatta, por também terem contribuído diretamente com minha formação acadêmica. A todos os professores, funcionários e estudantes da Faculdade de Direito e da Universidade de Brasília, por fazerem da UnB um lar tão fascinante e acolhedor.

A todos e a todas, todo amor do mundo e mais um tanto.

RESUMO

O presente estudo analisa uma possível delimitação do espectro elementar e conceitual do contrato de *joint venture*. Para tanto, fez-se necessárias distinções, comparações e classificações em meio a modalidades contratuais que lhe são próximas. Após os resultados obtidos, foi realizado um estudo de caso, a fim de demonstrar que as análises construídas se faziam corretas, bem como para constatar a importância de se autonomizar essa forma contratual.

Palavras- Chave: *joint venture*, contratos associativos, cooperação empresarial, interpenetração, formas híbridas de organização.

ABSTRACT

This paper analyzes the elementary and conceptual definition of joint venture agreement. Therefore, it was necessary distinctions, comparisons and rankings with some contractual arrangements that are similar to *joint venture*. After choosing an appropriate definition, a case study was conducted to demonstrate the importance of individualizing this contractual form.

Key-words: joint venture, associative contracts, interfirm cooperation, interpenetration, hybrid forms of organization.

SUMÁRIO

OBJETIVOS E ESTRUTURA DO TRABALHO	9
INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1- ESTRUTURA DA JOINT VENTURE POR UM PRISMA ECONÔMICO E CLASSIFICAÇÃO CONTRATUAL	17
1. NOTAS INTRODUTÓRIAS	17
2. A NOVA FORMA DE SE ORGANIZAR DA INDÚSTRIA E O FENÔMENO DA “CONTRATUALIZAÇÃO”	18
3. CLASSIFICAÇÃO CONTRATUAL.....	27
4. FIGURAS EXPLICATIVAS	39
5. COMPARAÇÕES ENTRE JOINT VENTURE E ALGUNS OUTROS INSTITUTOS EXISTENTES NO MUNDO JURÍDICO (SCP E CONSÓRCIOS)	45
5.1 JOINT VENTURE E CONSÓRCIO	46
5.2. JOINT VENTURE E SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO (SCP)	47
6. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	50
CAPÍTULO 2- ESTRUTURA E DINÂMICA CONTRATUAL.....	52
1. NOTAS INTRODUTÓRIAS	52
2. ESTRUTURA DO CONTRATO DE JOINT VENTURE	53
2.1. ACORDO-BASE.....	54
2.2. CONTRATOS-SATÉLITES	58
3. JOINT VENTURE SOCIETÁRIA X JOINT VENTURE CONTRATUAL.....	59
3.1. DA POSSIBILIDADE DE REGULAÇÃO DA <i>JOINT VENTURE</i> CONTRATUAL PELO DIREITO SOCIETÁRIO	60
3.2 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS ACERCA DA JOINT VENTURE MERAMENTE CONTRATUAL	68
3.3 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS ACERCA DA JOINT VENTURE SOCIETÁRIA	70
4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	74
CAPÍTULO 3- A BUSCA POR UM CONCEITO SATISFATÓRIO E A TENTATIVA DE AUTONOMIZAÇÃO	76
1. NOTAS INTRODUTÓRIAS	76

2. CONCEITO DE JOINT VENTURE	77
3. ELEMENTOS DISTINTIVOS, CONCEITUAIS, ELEMENTARES E TIPOLÓGICOS.....	80
3.1. EMPRESA.....	80
3.1.1 EMPRESA E SEU CARÁTER ORGANIZACIONAL	82
3.2. A escolha da Tradução. EMPRESA COMUM X EMPREENDIMENTO COMUM: Núcleo Organizacional e Relações Obrigacionais. A discussão entre Silva Morais e Lima Pinheiro.	83
3.3. INTEGRAÇÃO (CONCENTRAÇÃO)	88
3.4 AUTONOMIA DA EMPRESA COMUM.....	90
3.5 . NÃO OBRIGATORIEDADE DE UM FIM LUCRATIVO IMEDIATO	92
3.6. PRESERVAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS CO-VENTURES.....	93
3.7. UM NOVO CENTRO DE DECISÃO. CONTROLE COMUM/COMPARTILHADO	94
3.8 FIM COMUM.....	97
4. POSSIBILIDADE DE AUTONOMIZAÇÃO DA FIGURA	98
5. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	104
CAPÍTULO 4- FINALIDADES ÚTEIS E PREJUDICIAIS DA EMPRESA COMUM E ANÁLISE DE CASO: UMA TENTATIVA DE DEMONSTRAÇÃO DE UTILIDADE DAS OBSERVAÇÕES PROPOSTAS	106
1. NOTAS INTRODUTÓRIAS	106
2. FUNÇÕES/FINALIDADES E VANTAGENS DA EMPRESA COMUM.....	107
3. FINS/FUNÇÕES PREJUDICIAIS DA <i>JOINT VENTURE</i>, LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE E O CADE	108
4. O CASO.....	114
5. OS VOTOS.....	116
6. A IMPORTÂNCIA E UTILIDADE DAS DISTINÇÕES, O SURGIMENTO DO CARÁTER INTEGRACIONAL E A POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO DE UMA JOINT VENTURE.	124
7. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	129
CONCLUSÃO.....	130

OBJETIVOS E ESTRUTURA DO TRABALHO

De modo bastante simplificado, *joint venture* é uma relação interempresarial organizada, voltada a um determinado fim conjunto, recorrentemente utilizada no mundo contemporâneo. Mas o que é de fato uma *joint venture*? Uma forma contratual? Uma sociedade?

Surgida há alguns séculos atrás, essa figura começa a sofrer um processo de complexificação de sua forma, a partir do desenvolvimento econômico acelerado decorrente da Revolução Industrial no século XVIII. Essa evolução da *joint venture* se intensifica ao longo do século XX, quando a Indústria passa a pensar e repensar constantemente diferentes formas de se organizar eficientemente, buscando sempre uma estrutura que se fizesse capaz de sobreviver em meio a um mercado cada vez mais competitivo.

Após o fracasso do Fordismo, estruturas altamente verticalizadas passam a se fragmentar. O “tamanho” passou a não mais significar eficiência. O mercado muito mais dinâmico e imprevisível passou a exigir capacidade adaptativa dos meios de produção. O mundo cada vez mais conectado fez com que competidores antes distantes passassem a disputar o mesmo espaço, requisitando assim dos empreendedores um remodelamento negocial profundo de seus investimentos. Tornar-se eficiente passou a não ser mais somente uma forma de alcançar lucros cada vez maiores. Tornar-se eficiente passou a ser, antes de tudo, uma questão de sobrevivência.

A questão que se colocava à essa época era: “e agora, como se organizar de novo?” As grandes e rígidas estruturas hierarquizadas já não mais atendiam as necessidades desse novo cenário. O mercado, como descrito, fazia-se cada vez mais arisco e oportunista. Após um mapeamento das falhas existentes nas duas formas de alocar recursos até então conhecidas - a empresa e o mercado - o grande questionamento do “*make or buy*” parecia haver encontrado uma resposta adequada. Surge uma terceira via.

A Indústria descobre que a cooperação pode ser muito mais vantajosa que a dicotomia empresa/mercado. A nova forma de produzir não consiste nem em uma internalização pura, nem em uma externalização total da alocação de recursos. É um meio-termo extremamente

interessante que soluciona boa parte das falhas pertencentes às antigas opções. Em meio à construção desse novo paradigma, uma nova pergunta surge: “qual seria a intensidade perfeita dessa mistura mercado/empresa?” E a resposta pra essa pergunta é tão imprevisível quanto o novo mercado que se forma: “depende”.

Com a finalidade de se adequar e satisfazer as incertezas dessa resposta, a Indústria passa a moldar estruturas nos mais variados graus de cooperação. Entre a concentração completa e o mercado, passa a existir uma gama de formas flexíveis e disponíveis às mais variadas áreas negociais existentes.

Com o intuito de emprestar uma base jurídica adequada à essa nova forma de empreender, o universo contratual se vê diante de uma (quase) impossível tarefa de se adaptar a esse mercado remodelado. Tal como ocorreu no plano econômico a mescla entre empresa e mercado, passa a ocorrer no plano jurídico uma forte mistura entre os contratos de sociedade e os contratos meramente sinalagmáticos, o que acaba por impulsionar o “nascimento” e a utilização de uma nova categoria contratual: OS CONTRATOS HÍBRIDOS.

Contratos associativos passam a ganhar destaque. Modalidades como consórcio se tornam cada vez mais comuns. O conceito econômico de *joint venture*, após uma longa caminhada, parece finalmente começar a se adaptar ao mundo jurídico. Entretanto, começam a surgir questionamentos acerca desses contratos. Muitos destes questionamentos por conta da incontestável incapacidade do Direito em acompanhar os fenômenos econômicos em uma mesma velocidade. Outros tantos diante da real dificuldade que é compreender o que de fato são esses assim chamados contratos híbridos, tendo em vista a enorme flexibilidade e variedade estrutural que alcançam. Qual conceito possuem? Que formas têm? A quais categorias contratuais pertencem? Que autonomia alcançam?

Em um recorte feito em torno da *joint venture*, o presente trabalho buscará responder essas perguntas. A questão central que o estudo tentará solucionar será: *Qual o grau de autonomia que essa forma contratual atinge? Porque essa autonomização é importante?* A busca por essa resposta é necessariamente composta por alguns questionamentos decorrentes dessas perguntas centrais, os quais deverão ser enfrentados, como, por exemplo: (i) existe um conceito minimamente delimitado de *joint venture*?; (ii) existem elementos estruturais nucleares que caracterizam essa figura? ; (iii) como se formou essa estrutura contratual?; (iv) com quais finalidades ela foi formada? ; (v) qual o formato do contrato de *joint venture*? (vi) à

qual categoria ele pertence? (vii) a *joint venture* é um tipo contratual? (viii) qual a importância de uma delimitação conceitual e estrutural? (ix) até onde vai a autonomia desse contrato?

No intuito de responder de forma sistemática essas questões, o trabalho foi dividido em 4 capítulos. Na introdução será dado um breve panorama histórico da evolução da *joint venture*, relatando suas origens e suas formas de utilização, buscando sempre mostrar como sua compreensão jurídica se desenvolveu ao longo do tempo.

No Capítulo 1, buscar-se-á a origem, os aspectos econômicos da figura e a compreensão de como a reorganização Industrial interferiu no universo contratual. Analisar-se-á essa interferência por meio dos contratos híbridos, tentando a partir daí mostrar qual a real classificação contratual da *joint venture*, bem como os elementos que motivam tal classificação. Para que se constate um certo grau de individualização que tal contrato possui, será feita algumas comparações entre este e outras formas contratuais consolidadas que lhe são próximas.

No Capítulo 2, será feito um passeio interno pelo sistema contratual da *joint venture*, o qual tentará mostrar como se constrói o elemento organizacional de sua estrutura e como ele funciona em alguns aspectos, a fim de que se justifique de modo mais fundamentado a individualização de *joint venture* que será feita no primeiro capítulo, por meio de sua *organização diferenciada*. Dessa forma, poderá ser debatido de modo mais claro o verdadeiro grau de autonomia que essa figura possui.

No Capítulo 3, feitas as análises anteriores, buscar-se-á um conceito de *joint venture* que possa refletir de modo satisfatório tudo o que foi demonstrado até aquele ponto. Posteriormente, tentará se delimitar em certa medida até onde vai o grau de autonomia que a *joint venture* possui enquanto uma forma contratual individualizada.

No Capítulo 4, último capítulo, será feita uma análise de caso, a fim de que se faça perceptível a importância prática de toda a observação anteriormente feita. Por que se faz necessário delimitar minimamente um espectro nuclear de *joint venture*? A quem pode interessar a falta de autonomia dessa figura?

Ante o exposto, pode-se dizer que a pesquisa buscará discutir uma caracterização da figura dos contratos de *joint venture*, procurando debater uma possível delimitação de um

conteúdo elementar típico dessa estrutura contratual, de modo que se veja facilitada e acertada a aplicação do Direito à hora de observações práticas dessa figura.

INTRODUÇÃO

Muito antes de a *joint venture* ter surgido como um possível modelo organizacional no direito anglo-saxônico, há quem defenda a existência de uma forma precursora dessa figura já na antiguidade.¹ Na Babilônia, na Síria, na Fenícia e no Egito antigo, comerciantes e homens de negócios diversos já operavam em conjunto, utilizando-se de um dispositivo comercial que lhes permitia diminuir riscos, custos e concretizar grandes operações comerciais marítimas.

Séculos mais tarde, surge na Grã-Bretanha algo semelhante, o qual foi primeiramente nomeado de *joint “adventure”*.² Este modelo de negócio acaba ganhando força à época das expedições ultramarinas realizadas em direção à América e à Índia, que tinham como objetivo a exploração dos recursos naturais que estes lugares possuíam.

Tendo em vista as longas distâncias enfrentadas mar adentro, a falta de segurança que as embarcações ofereciam, o valor das transações que estavam em jogo, as doenças que acometiam a tripulação e outros fatores tantos, tais negócios acabavam por ser demasiadamente arriscados. Assim sendo, a *joint venture* acaba se apresentando como uma alternativa interessante para se mitigar o risco destas verdadeiras aventuras comerciais³.

Ademais, faz-se interessante relatar que àquela época na Grã-Bretanha existiam as conhecidas “*chartered companies*”⁴, as quais já possuíam personalidade jurídica e limitação da responsabilidade. Essa formação societária era outorgada por meio de um ato real, o assim chamado “*Royal Charter*”. Tais companhias estavam sujeitas à regulação e fiscalização da coroa britânica, a qual as submetia às diretrizes de estatutos comumente rígidos.⁵

Também por este rigoroso controle exercido pelo Estado em relação às *chartered companies* é que a modalidade de organização supracitada de *aventura em conjunto* acaba se

¹ JAEGER, Walter; *Joint Ventures: origin, nature and development*; 1960;p.2

² JAEGER, Walter; *Joint Ventures: origin, nature and development*; 1960;p.2

³ FALCONE, Pedro; *Origem e evolução histórica das joint ventures*; 2013

⁴ “Essas companhias se desenvolveram no continente Europeu no início das grandes conquistas coloniais. Geralmente criadas por um grupo de investidores privados, tinham monopólio de exploração e colonização de territórios em nome do governo cedente, bem como direito aos lucros advindos dessas atividades. Os governos europeus formaram ou encorajaram a criação dessas companhias nacionais para concorrer com as empresas de nações rivais.... A Companhia das Índias Orientais e a Companhia das Índias Ocidentais são exemplos de chartered companies” FALCONE, Pedro; *Origem e evolução histórica das joint ventures*; 2013

⁵ FALCONE, Pedro; *Origem e evolução histórica das joint ventures*; 2013

tornando ainda mais difundida, tendo em vista que tal forma organizativa não possuía personalidade jurídica, não estando deste modo sujeita à rígida fiscalização estatal, sob a qual se encontravam submetidas as *chatered companies*.

Esse modelo antecessor das *joint ventures* atuais funcionava em caráter temporário, com duração que variava de acordo com o tempo que era despendido nas expedições marítimas. Ao final das expedições, os participantes daquele *empreendimento em comum* dividiam os lucros de acordo com a participação de cada um na *aventura em conjunto*⁶

Já no século XIX, aparecem também na Escócia determinadas figuras que acabam por ser designadas no sistema jurídico daquele país por “*joint ventures*”. Todavia, alguns autores não consideram tal forma jurídica como um ancestral direto do que viria a ser o instituto que ora se conhece como “*joint venture*”. Tais figuras existentes no direito escocês muito estavam ligadas à ideia de “*partnership*”, possuindo somente raras nuances distintivas destas, relacionadas, por exemplo, à limitação da duração do empreendimento, e à delimitação do objeto do referido empreendimento.

Um pouco mais tarde nos Estados Unidos, começa a se desenvolver um conceito mais moderno de *joint venture*,⁷ com uma forma um pouco mais autônoma e mais próxima do modelo que existe hoje. O desenvolvimento dessa figura no cenário estadunidense surge da necessidade de criação de uma modalidade de associação interempresarial, tendo em vista que àquela época o sistema jurídico daquele país não permitia a criação de um ente societário que fosse formado por duas outras sociedades.

As primeiras expressões de *joint ventures* nascem então no cenário norte-americano ainda no século XIX como formas organizativas de determinados empreendimentos imobiliários existentes na Filadélfia.

A partir de então, tal figura passa a evoluir de acordo com as necessidades de investimentos que foram surgindo, desenvolvendo-se ao adentrar no século XX, sem lograr ainda uma delimitação jurídica estável e clara. Apesar de não alcançar uma recepção conceitual no plano normativo estadunidense, o conceito de *joint venture* passa a ser discutido

⁶ FALCONE, Pedro; Origem e evolução histórica das *joint ventures*; 2013

⁷SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, 2006; p. 176

no âmbito jurisprudencial daquele país, principalmente em casos que diziam respeito ao Direito da Concorrência (“*antitrust*”).⁸

No começo dessa discussão jurisprudencial, as *joint ventures* foram assimiladas nas cortes norte-americanas como *partnerships*, sendo analisadas nas decisões como uma forma específica desse referido tipo societário. Eram descritas como “*limited*”, ou “*special*”, ou “*informal*” *partnerships*.⁹

Todavia, com o passar dos anos, as cortes norte-americanas começaram a diferenciar as *joint ventures* das *partnerships*, passando a reconhecer o caráter *sui-generis* do modelo organizativo ora estudado.

Chisholm v. Gilmer, Simpson v. Richmond, McRoberts v. Phelps, Shell Oil Co. v. Prestidge e People v. Rankin são alguns dos casos que ajudaram nesta construção de diferenciação entre as *joint ventures* e *partnerships*, feita pelas cortes americanas.¹⁰

Naquela época, a *joint venture* começou a ser utilizada nos Estados Unidos em diversas áreas, dentre elas, na construção de ferrovias, na mineração, no ramo imobiliário e por petrolíferas.

Até os dias atuais, contudo, nem a jurisprudência, nem a doutrina, tanto nos Estados Unidos, como no resto do mundo, conseguiu definir de modo preciso e consensual um conceito que logre abranger todos os aspectos que o objeto de pesquisa ora estudado apresenta. Não por uma questão de incompetência dos pesquisadores, mas pela enorme flexibilidade desse modelo contratual.

No cenário brasileiro, conforme foi descrito por Patrícia Carvalho em seu artigo, “*Joint Venture – Um olhar voltado para o futuro*”, o modelo estrutural de “aventura em conjunto” passa a ter relevância apenas nos idos de 1990, com a abertura comercial que ocorreu durante o governo Collor.

Tal abertura, tratada também como o primeiro estágio da globalização no país, trouxe às empresas que operavam em solo brasileiro inúmeros desafios, dentre os quais a autora retromencionada destaca cinco em especial: *a abertura da economia ao exterior; a estabilização monetária com o fim de quase 50 anos de inflação; a privatização das empresas*

⁸ SILVA MORAIS, Luis, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, p.202

⁹ JAEGER, walter; *Joint Ventures: origin, nature and development*; 1960; p.3 e p. 6.

¹⁰ JAEGER, walter; *Joint Ventures: origin, nature and development*; 1960; p.3 e p.4

*estatais; a globalização da economia; e o fim da vida útil da geração dos primeiros empresários brasileiros.*¹¹

Antes, o Brasil vivia em um mercado protegido, avaliando como perigosa a competição no setor empresarial, o qual vivia mergulhado no monopólio estatal em algumas áreas e no monopólio privado em tantas outras. De modo que com a baixa competitividade e dinâmica do mercado, as empresas que atuavam no país pouco se sentiam estimuladas a investir em eficiência, gestão e tecnologia.

Com a abertura do mercado supracitada, fez-se necessária uma reorganização estrutural das empresas brasileiras, para que elas pudessem sobreviver à competição que vinha de fora.

Foi nesse momento que as *joint ventures* surgiram como uma interessante opção no mercado brasileiro, fosse por meio da cooperação empresarial organizada entre duas empresas brasileiras, fosse por meio da cooperação entre empresas brasileiras e empresas estrangeiras.

Para as empresas brasileiras o importante era se tornarem competitivas e sobreviverem à abertura. Para as empresas estrangeiras, a abertura comercial de 90 foi uma grande oportunidade de atingir um enorme mercado consumidor, ao qual elas antes não tinham acesso. A *joint venture* então se apresentou como a solução mais acertada tanto para brasileiros, como para estrangeiros.

Atualmente as *joint ventures* são figuras em plena evolução no cenário econômico nacional. E vale relatar que com a modernização e o crescimento econômico experimentado pelo país desde meados da década de 90, hoje em dia, também empresas brasileiras atuam em outros mercados tantos, muitas vezes por meio de acordos de *joint venture* com empresas estrangeiras. É o caso, por exemplo, da *joint venture* entre a BRF (Brasil Foods) com a chinesa DCH (Dah Chong Hong), na qual a empresa brasileira assinou um acordo que lhe permite acesso à distribuição no mercado chinês e também a possibilita desenvolver a marca *Sadia* no país asiático, bem como lhe garante alcance a canais de varejo e *food service*.¹²

¹¹ CARVALHO, Patrícia; Joint Venture- Um olhar voltado para o futuro; Revista de Direito Privado, vol.6, p.162, abr/2001; p. 162 – 172.

¹²<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1048466-brasil-foods-firma-joint-venture-com-chinesa-dah-chon-hong.shtml>;--Segue algumas informações sobre este acordo de joint venture, extraídas da reportagem contida no link acima, para que se possa analisar em um caso concreto como se pode ser realizada a divisão obrigacional em um contrato desta espécie. “A joint venture contempla a participação de 50% para a BRF e 50% para a DCH, com abrangência em produtos in natura e processados. Em comunicado, a empresa brasileira precisou que as

CAPÍTULO 1- ESTRUTURA DA JOINT VENTURE POR UM PRISMA ECONÔMICO E CLASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Antes de se adentrar na análise primordialmente jurídica do conceito e da estrutura de *joint venture*, faz-se pertinente apresentar sua evolução até sua forma atual, ressaltando alguns de seus aspectos econômicos, tendo em vista que o conceito de *joint venture* propriamente dito, antes de ser um conceito jurídico, consiste em um conceito de base econômica.

De modo que, para entender sua estrutura, sua forma contratual e os elementos que lhe podem ser caracterizadores, faz-se imprescindível a compreensão das formas de organização da Indústria e de mercado existentes. Especialmente o desenvolvimento destas a partir do início do século XX.

O que acima restou exposto é o que se tentará apresentar doravante. Em um segundo momento, utilizando-se dos resultados da análise tentada nesta primeira parte, buscar-se-á fazer uma classificação de *joint venture* enquanto uma forma contratual específica, a fim de que se possa compreender quais elementos nucleares podem vir a emprestar uma certa individualidade à forma negocial ora observada.

Em sùmula, o objetivo desse capítulo é mostrar como o contrato de *joint venture* assimila as características advindas da nova forma de se organizar da Indústria, e a partir daí, tentar analisar quais elementos poderiam enquadrar a *joint venture* em uma categoria contratual individualizada, observando até que ponto se faz possível distinguir o objeto de estudo da presente pesquisa de outras formas jurídicas que lhe são próximas. A ideia básica

operações englobam os mercados da China continental, Hong Kong e Macau. As duas companhias terão o mesmo número de membros no conselho de administração e no comitê executivo da joint venture...."A BRF se focará na produção, suporte técnico e marketing dos produtos a serem comercializados pela joint venture. A DCH vai se concentrar na cadeia de suprimentos e distribuição das operações, processamento e embalagem e serviços gerais de suporte de operação durante a fase inicial de transição", detalhou a BRF. A companhia brasileira estima que a joint venture movimentará volumes acima de 140 mil toneladas e receitas de aproximadamente US\$ 450 milhões já no primeiro ano, com investimentos em capital de giro." Acesso em 22/06/15.

nesse capítulo é compreender como, de onde e por quê os elementos nucleares de *joint venture* surgem.

Por fim, faz-se somente interessante avisar que a análise contratual que será proposta nesse capítulo terá uma perspectiva mais ampla, uma “visão contratual externa”, por meio da qual se buscará a distinção e comparação da *joint venture* com outras formas de contrato, para que em um segundo capítulo se possa analisar internamente a organização e funcionamento da estrutura da referida figura, de modo que se busque de maneira mais acertada um conceito adequado da figura pesquisada no terceiro capítulo.

2. A NOVA FORMA DE SE ORGANIZAR DA INDÚSTRIA E O FENÔMENO DA “CONTRATUALIZAÇÃO”

Para que se possa avançar com o que ora se propõe nesse capítulo, faz-se necessário um breve retorno à evolução histórica da *joint venture*, focando desta vez um pouco mais no contexto econômico que a engloba.

Ao fim deste tópico, talvez reste mais claro as dificuldades que o Direito enfrenta para se adaptar ao dinamismo do mercado no âmbito das *joint ventures*, o que faz com que o estudo desse tipo negocial levante inúmeros questionamentos, tanto na seara jurídica, como na seara econômica.

Dito isso, faz-se necessário, inicialmente, recapitular que segundo os primeiros registros de aparecimento dos precursores da modalidade negocial ora pesquisada, na Fenícia, na Síria, na Babilônia e no Egito, a *joint venture* era utilizada primordialmente no intuito de reduzir custos, riscos e investimentos e com isso propiciar a realização de grandes empreendimentos, como era o caso àquela época, de grandes expedições marítimas.

Mais tarde na Grã-Bretanha, tal como anteriormente já exposto, a referida figura, além objetivar a prefalada função, já visava também ser uma alternativa negocial que fugisse ao controle do Estado, naquele caso, a Coroa.

Tempos depois, a evolução funcional da *joint venture* ganha impulso com o desenvolvimento do mercado, o qual é bastante impactado pela Revolução Industrial que ocorre ao final do século XVIII. As formas de produção se alteram drasticamente e a tecnologia passa a evoluir a uma velocidade nunca antes registrada.

É em meio ao furor progressista desse cenário que a *joint venture* “desembarca” nos Estados Unidos ao final do século XIX, servindo como forma de concretização de grandes empreendimentos imobiliários, por exemplo, e da malha ferroviária norte americana.

A partir daí e durante todo o século XX, a *joint venture* terá seu espectro funcional fortemente alargado, transcendendo em muito a finalidade até então percebida de forma mais evidente de rateio de custos e de realização de grandes negócios pontuais.

No início do século XX, com a aceleração do desenvolvimento tecnológico iniciado na Revolução Industrial, surge o famoso modo de produção fordista, o qual era caracterizado por comportar uma linha de montagem completa dentro da fábrica, em uma estrutura altamente verticalizada, que possuía desde uma plantação de seringueiras a uma siderúrgica. Era uma produção voltada ao consumo em massa e padronizado, que já consistia em uma evolução da decomposição do trabalho trazida por Taylor.¹³

Após a crise de 1929, que já evidenciava um certo esgotamento do Fordismo, a “fábrica verticalizada” de Henry Ford consegue se manter como principal modelo de produção no mundo até o pós-guerra, quando atinge sua época de ouro e posteriormente o seu declínio.

Ao tempo de declínio, um dos grandes questionamentos feitos pelos grandes empreendedores e estudiosos dizia respeito a real eficiência de uma estrutura altamente verticalizada. O que à época auge de Taylor/Ford parecia um modelo simplificado e

¹³ VON DÖLLINGER RÉGNIER, Karla; Alguns Elementos sobre a Racionalidade dos Modelos Taylorista, Fordista e Toyotista; Neste sentido, “Nos aspectos relacionados ao "interior" da empresa, o projeto fordista busca fazer frente às relações de trabalho e de produção até então vigentes. Para tanto, parte da decomposição do produto (ao invés da decomposição do trabalho como em Taylor) em seus vários elementos constitutivos, fazendo com que estes elementos circulem pela "linha de montagem". Este aprofundamento e avanço em relação à lógica taylorista de organização da produção é acompanhado de uma completa fragmentação do conteúdo do trabalho, que de "qualificado" (que embora empobrecido pelos estudos de tempos e movimentos ainda se mantinha uma "unidade") torna-se "especializado" em uma única tarefa ou movimento, cujo ritmo agora é ditado pela esteira da linha de montagem, no que ficou conhecido como tempo imposto pela máquina. Daí decorre o fato de que as inovações na base técnica, tais como, o desenvolvimento de máquinas e equipamentos dedicados, ocupam uma posição privilegiada no seu projeto, modificando inclusive a composição orgânica do capital.”

competitivo, começou a se mostrar um modelo extremamente rígido e administrativamente custoso.

A alocação de recursos na indústria passa a ser, então, não só repensada dentro da empresa, onde ainda surgiram outros modelos de produção, a exemplo do Toyotismo, como também, externamente à ela. Explica-se. No modelo fordista, todas as etapas de produção eram internalizadas na fábrica, não havendo deste modo uma busca razoavelmente importante de recursos no mercado.

A título de ilustração, pode-se citar o exemplo de uma montadora de carros que tem a opção de produzir ela mesmo o pneu que usará para compor o automóvel, ou comprá-lo de terceiros, recorrendo assim ao mercado.

Estas duas opções- internalização (empresa) e mercado- foram vistas durante muito tempo como as duas únicas alternativas de se alocar recursos produtivos¹⁴. Todavia, tanto a alocação de fatores produtivos por internalização à própria organização, quanto a busca dos recursos no mercado, apresentam falhas há muito mapeadas.

Como explanado por Ken Ichi Imai e Hiroyuki Itami¹⁵, cada uma das duas referidas alternativas de alocação de recursos apresentam duas grandes falhas.

A primeira falha na alocação por meio do mercado consiste no fato de que ela se faz bastante **incerta, insegura, não confiável**, sempre dependente de uma série de fatores que não são tangíveis ao controle da empresa, estando sujeita, por exemplo, a atitudes “oportunistas” da outra parte de determinada transação, posto que nessas relações de mercado os participantes tendem a adotar uma postura classificada como “*short-term-oriented*”, a qual segue um escopo de decisão que só avalia as transações de modo restrito e pontual, pensando cada parte somente em como elevar os ganhos individualmente naquela transação específica.

A outra falha da alocação por meio do mercado é a propensão que essa alternativa apresenta a uma **falta de informação**. Na alocação pelo mercado, os participantes têm pouco ou nenhum acesso a informações da outra parte, o que gera uma falta de confiança entre eles,

¹⁴ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.293.

¹⁵ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.306 à p.308

não possuindo também acesso suficiente a informações sobre a natureza do produto transacionado. Este cenário se radicaliza ainda mais, quanto maior for a alternância entre os participantes da transação. Se cada mês se compra de um fornecedor distinto, menor o acúmulo de informações sobre determinado fornecedor e sobre determinado produto, que diferentemente do caso de se negociar, por exemplo, cinco anos com um mesmo fornecedor.

Outro problema ao qual essa falha de informação leva é a pouca propensão ao surgimento de nova informação, de novas tecnologias. Se cada participante de uma transação possui informações valiosas que poderiam ser complementadas com informações também valiosas da outra parte, poderia surgir dessa junção de informações uma inovação geradora de maior eficiência às duas partes, e, em alguns casos, à toda a economia. Como proposto por Schumpeter¹⁶, a inovação é o motor de todo o desenvolvimento econômico. Portanto, essa carência de informação se torna um aspecto não desejável a uma alocação de recursos que aspire ser eficiente.

A internalização da alocação de recursos por meio da empresa também apresenta suas falhas, sendo a primeira delas **um imenso custo em se administrar uma organização hierarquizada**, que funciona a partir da integração verticalizada de inúmeras plantas, tal como era feito na lógica fordista. O negócio acaba se tornando “grande demais para gerir” e acaba perdendo qualidade e eficiência.

A outra falha da internalização consiste **no acúmulo de informação semelhante**. Esse acúmulo ora mencionado se refere a uma conjuntura fixa de relações existentes dentro da empresa, que leva a um perigo de rigidez. São sempre as mesmas informações circulando, gerando tecnologias semelhantes, que reafirmam capacidades já consolidadas da firma. É o surgimento de pensamentos/ideias geralmente iguais, surgidos dos mesmos membros da empresa, os quais nunca ou quase nunca mudam, o que acaba concretizando um ambiente também pouco propício ao surgimento de novas tecnologias e tornando a empresa pouco adaptável às mudanças.

De um modo simplificado, Caixeta¹⁷ fala em **custos de transação**, que seriam os custos de alocar recursos produtivos do mercado, e **custos de produção**, que seria uma

¹⁶ LOBATO TORRES, Ricardo; A “Inovação” Na Teoria Econômica: Uma Revisão; UFRJ

¹⁷ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.28

referência aos custos de se alocar os fatores produtivos internamente à estrutura da empresa. O que acaba por sintetizar de modo objetivo a grande questão que a Indústria enfrenta à hora de se organizar, que se traduz na famosa pergunta de “*make or buy?*”.

É ante a observação dessas falhas pertencentes a essas duas formas de alocação que surge uma terceira opção, chamada por Ken Ichi Imai e Hiroyuki Itami de *interpenetração entre empresa e mercado*, o que consistiria em uma mescla das duas alternativas anteriormente existentes e que remediaria as falhas por elas apresentadas.¹⁸

Essa terceira opção seria concretizada por contratos de longa duração, dos quais a maior parte seria constituída por arranjos jurídicos pertencentes à categoria dos *contratos de cooperação*¹⁹, à qual as *joint ventures* pertencem. Esse tipo de contrato seria propício à variedade e trocas de informações, acabaria com a falta de confiança na outra parte contratante, diminuiria as incertezas do mercado e resolveria o problema de administração de uma grande estrutura verticalizada, tornando-se desse modo uma forma eficiente de se alocar recursos. Seria uma solução intermediária entre a “internalização” e o “mercado”.

De outra perspectiva, aparece uma grande categoria de contratos no meio das assim chamadas formas “puras” contratuais- os contratos meramente comutativos, que servem de base jurídica para a alocação de recursos por meio do mercado, e os contratos de sociedade, que são a base jurídica das estruturas verticalizadas, das concentrações totais. Esta categoria que surge no meio dos contratos puros, ganha o nome por parte da doutrina de contratos “híbridos” (Paula Forgioni), por mesclarem características das duas formas extremas contratuais existentes, ou, “contratos relacionais”(Williamson).²⁰

Da junção dos contratos puros, aparece um leque contratual bastante diversificado, contratos de cooperação, contratos associativos, contratos de consórcio, contratos de cooperação qualificada, etc, compondo assim essa categoria híbrida, que vai desde modelos possuidores de caráter predominantemente comutativo, como os contratos de longa duração acima mencionados, até formas contratuais mais concentradas, como as *joint ventures*. São

¹⁸ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.308. Ken Ichi Imai e Hiroyuki relatam, contudo, que quando as falhas apresentadas nestas duas primeiras opções de alocação de recursos forem insignificantes, não há justificativas para se buscar a interpenetração. Todavia, segundo os referidos autores, falhas relevantes são tão comuns, que a interpenetração acaba se tornando algo cada vez mais difundido no mercado.

¹⁹ Essa categoria será explicada devidamente adiante.

²⁰ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.63

contratos que permitem a concretização de uma nova capacidade produtiva, todavia, preservam a independência e autonomia das sociedades contratantes.

Percebe-se então o fenômeno da “contratualização”, que se traduz na forma encontrada pelo mercado de promover o processo de fragmentação estrutural, de desverticalização, por meio desses vários tipos híbridos contratuais. Neste sentido, disserta Caixeta²¹:

O contexto econômico é, então, marcado por uma verdadeira "contratualização" dos processos produtivos, por meio da multiplicação de alianças externas e novas formas de governo contratual, recobrando uma posição dos contratos a um ponto intermediário entre a via do mercado e a via da integração empresarial (Williamson, 1999). Nesse cenário, vem se verificando a importância cada vez maior da desverticalização da atividade empresarial e da formação de sociedades em redes.”

Em meio ao surgimento dessas várias formas de contratos híbridos, Ken Ichi Imai e Hiroyuki deixam uma interessante pergunta ao final do artigo conjunto: *qual seria a mistura optimal entre “internalização” e “mercado” para se alocar recursos no mundo contemporâneo?*

De acordo com as ideias dos mais variados doutrinadores, como por exemplo, dos colaboradores da obra “*Firms Organizations and Contracts*”, a *joint venture* seria a resposta correta nos mais variados contextos, tendo em vista as inúmeras possibilidades de formação de sua estrutura.

Não por outro motivo, que a partir da derrocada do fordismo, as estruturas verticalizadas começam a se desfragmentar²² e as *joint ventures* passam a ser cada vez mais comuns em todo o mundo.

Além da reparação dessas falhas abordadas, essa forma contratual se espalha mundo afora por sua capacidade de inserção em novos mercados, posto que ela se faz adaptável aos

²¹ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.36

²² BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “*Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization*”, OUP, 1996, p.362 e p.363

mais variados sistemas jurídicos²³, tornando-se ao mesmo tempo um motor e um instrumento da globalização.

Diante de aspectos positivos tão claros, a pergunta que vem à mente é a seguinte: *se a joint venture é um veículo negocial tão interessante, por que seu uso somente se tornou tão recorrente após a segunda metade do século XX?*

Alguns autores arriscam responder esse questionamento. Para P. Mariti e R.H. Smiley²⁴, o uso das *joint ventures* se tornou mais comum de uns anos para cá, em razão de um aumento de competitividade do mercado, gerando assim uma busca incessante por eficiência econômica, a qual se faz muitas vezes tangível por meio dessa forma de negócio conjunto.

Segundo estes autores, antigamente a minimização dos custos era necessária para se aumentar os lucros, como sempre o é, todavia, atualmente, a minimização dos custos se faz necessária por uma questão de sobrevivência. Segundo este raciocínio, portanto, a pressão por custos cada vez menores levou vários empreendedores a “encontrarem” as *joint ventures* como solução de negócio.

Os referidos autores ainda expuseram que antigamente a maior preocupação de gestão era conseguir satisfazer a demanda, que aumentava exponencialmente, deixando de lado assim a questão de redução de custos. “*Um acordo de cooperação não seria possível antigamente. Não existiriam parceiros interessados. As empresas estavam somente preocupadas em construir suas próprias capacidades produtivas para lograrem uma produção em massa cada vez maior.*”, relatou um executivo da indústria automobilística entrevistado pelos autores noticiados.²⁵ Com a queda da demanda em vários setores, a redução de custos começou a se tornar uma preocupação central.

Na fala do entrevistado acima, percebe-se a ausência de um fator que atualmente talvez seja o grande impulsionador do surgimento de um novo mercado que opta cada vez

²³ Como se verá adiante, a *joint venture* se faz muito adaptável aos mais diferentes sistemas jurídicos, pois ela pode ter natureza meramente contratual, ou pode adotar um ente societário como centro de organização de seu contrato. De modo que, caso seja inconveniente a determinado investidor constituir uma pessoa jurídica em outro país, ele poderá optar pela forma contratual. Caso seja mais interessante a ele constituir um ente societário, ele pode optar pela *joint venture* societária, ou *coporated joint venture*. Adiante, esclarecer-se-á mais um tanto estes dois tipos.

²⁴ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.286 à p.292

²⁵ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.288

mais por *joint ventures*, e em sentido lato, por contratos híbridos. Pode-se dizer que esse fator se trata de uma *cultura cooperativa*.

Em outras épocas, mesmo já existindo a possibilidade de uso da estrutura da *joint venture* e de outros contratos relacionais (híbridos), não havia a percepção de que a cooperação poderia gerar ganhos a todas as partes, de que ela poderia trazer eficiência e competitividade em graus tão elevados. Como denominado acima, considera-se aqui que a mudança ocorrida consistiu em uma mudança de caráter *cultural*, a qual é muito mais custosa de acontecer do que uma mudança de outra estirpe, como por exemplo, um mudança meramente comportamental ²⁶. Deste modo, o mundo demorou a enxergar a *joint venture* e os acordos de cooperação devido à necessidade de uma irremediavelmente profunda mudança de paradigma.

Tal afirmação encontra respaldo, por exemplo, no trabalho de Ronald Dore, *Goodwill and the Spirit of Capitalism*²⁷, ao estudar as relações existentes no mercado japonês, o qual constatou que a existência mais frequente de acordos cooperativos naquele país se deve a um ambiente gerado pelas características pertencentes à identidade nacional japonesa.

Segundo o referido autor, a cultura japonesa, por exemplo, estimula desde cedo a boa-fé nas relações entre os indivíduos. Para eles, a boa-fé consiste em um dever, em uma obrigação de todo cidadão, a ser reiterada a todo tempo e em todo o lugar. O individualismo, por sua vez, é algo que não é incentivado no Japão, como é em outras nações. Lealdade e obediência também são características intrínsecas à identidade nacional japonesa ressaltadas pelo autor.

²⁶ E. PETRAKIS, Panagiotis., G. VALSAMIS, DIONYSIS G. Valsamis; *Entrepreneurship, Transaction Costs and Cultural Background*; *International Business Research*; Vol. 6, No. 5; 2013; Disponível em <http://ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/view/26655/1628>; Em que pese os inúmeros conceitos de Cultura existentes e sua relação de interferência mútua com os fatores internos à Cultura que promovem a mudança cultural, a partir de pequenas mudanças individuais destes, está se analisando aqui a mudança cultural de um plano global, ou seja, somente da perspectiva macro dessa relação cíclica entre a Cultura e os fatores que lhe constituem e que promovem sua mudança. Os autores gregos citados, por exemplo, listam algumas dessas variáveis: Institutional, Collectivism, Gender Egalitarianism, Assertiveness, In-group Collectivism, Power Distance, e etc. A conclusão que os referidos autores chegam é a de que a Cultura interfere diretamente nos custos de transação à hora da alocação de recursos, e citam alguns fatores que contribuem diretamente para redução desses custos: “The second PC of culture, the Pro-Social Orientation, which focuses on the factors that promote the improvement of societies, shows that the elimination of long-term structures and stereotypes is essential for reducing transactions. The reduction of inequalities, an orientation towards more “feminine” values and respect for institutions and rules can lead to reduced transaction costs, encouraging long-term economic growth.”

²⁷ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.359 à p.382

Neste mesmo sentido, Ken Ichi Imai e Hiroyuki também relatam que a sociedade japonesa é ainda mais homogênea, mais unida, e mais tolerante à ambiguidade que outras sociedades pelo mundo, e em específico, que a sociedade americana.²⁸

Tendo em vista todos esses aspectos culturais relatados, é de se perceber que um contexto como o japonês se faz naturalmente mais propício ao surgimento de acordos de cooperação.

Somente após a percepção de que a cooperação de fato trazia ganhos, e após vários países começarem a perder em competitividade ante “países que estavam cooperando”, como era o caso do Japão, é que a “bactéria” *joint venture* conseguiu encontrar um meio de cultura, de âmbito global, adequado à sua reprodução.

Em sùmula, a *joint venture* surgiu há alguns séculos com uma finalidade majoritária de rateio e diminuição de riscos e custos. Após a Revolução Industrial, com o aquecimento da economia e um forte aumento de competição no mercado, os contratos híbridos são vistos como uma possibilidade de otimização de eficiência produtiva e ganho de competitividade de forma mais profunda, o que leva a uma reestruturação completa da Indústria. Soma-se a isso o fato de que a *joint venture* passa ainda a servir como motor e instrumento da globalização, tendo em vista sua adaptação a diferentes sistemas jurídicos. Ocorre uma “demorada”²⁹ mudança de cultura e a *aventura em conjunto* é disseminada enquanto estrutura negocial.

De uma perspectiva mais ampla, o mercado global passa então a ganhar uma nova face, tornando-se altamente conectado. Empresas independentes passam a atuar de modo cooperativo, por meio de variadas formas contratuais, executando projetos conjuntos, proporcionando de tal modo um intercâmbio de informações nunca antes experimentado, o que leva ao surgimento constante de novas tecnologias, o qual é um dos fatores responsáveis, quiçá o mais importante, por impulsionar o desenvolvimento econômico mundial em

²⁸ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.310

²⁹ Depende dos padrões de observação que se utilizar. Em termos históricos, pode se considerar que essa mudança ocorreu rapidamente, caso se analise somente o período pós-revolução industrial.

patamares inéditos na história da humanidade.³⁰ Surge então um novo mercado altamente impactado pelo fenômeno da *contratualização*.

3. CLASSIFICAÇÃO CONTRATUAL

Como já exposto foi, pode se dizer que um dos resultados da evolução histórica da organização industrial apresentada foi fenômeno da *contratualização*, e de modo mais específico o surgimento/utilização recorrente dos assim denominados contratos híbridos, os quais surgem a partir da mescla dos contratos puros, ou seja, contratos de sociedade e contratos meramente comutativos.

O que se fará no presente tópico é intentar expor os tipos de contratos híbridos existentes entre as formas contratuais puras, procurando mapear os elementos que os distinguem, para que se possa ao final desta análise se localizar de modo acertado o contrato de *joint venture* em meio a essa categoria contratual híbrida.

Essa localização/classificação se faz de absoluta importância para a presente pesquisa, tendo em vista que os contratos adiante apresentados são os que englobam o contrato de *joint venture* enquanto gênero desta. Portanto, a *joint venture* leva consigo todas as características típicas desses tipos contratuais e ainda se distingue deles por apresentar um elemento nuclear tipificador próprio, o qual se revelará em breve.

³⁰ PIKETTY, Thomas; O capital no século XXI; tradução Monica Baumgarten de Bolle; 1 ed- Rio de Janeiro; Intrínseca, 2014. p. 77 à p.111. A passagem relatada nesta nota consiste no capítulo 2 da referida obra de Piketty, no qual o autor trata do crescimento econômico mundial. Piketty constata que em termos de produção por habitante - que é o dado que a este passo interessa, posto que exclui da análise o crescimento provocado pelo aumento da população - o mundo cresceu entre 1913-2012 em uma média anual de 1,6%. Antes desse período, a maior média atingida tinha sido de 0,9%, entre 1820-1913. Se a análise for ampliada, abrangendo toda a época desde a Revolução Industrial em 1700, até 2012, a média fica em 0,8%. Ou seja, o mundo cresce atualmente com uma média duas vezes superior à média acumulada de todo o período pós-revolução industrial. Além das inovações propriamente ditas, que estão diretamente relacionadas com o impulso do desenvolvimento econômico, tal como sugere Schumpeter, as *joint ventures* podem ser sim consideradas responsáveis por parte desse crescimento, tendo em vista que ela propicia um cenário, uma conjuntura, mais fértil para que tais inovações surjam. A intensa troca de informações é um dos aspectos dessa modalidade negocial que contribui para tanto.

Dito isto, para que se possa entender um pouco mais dos contratos híbridos, antes de se adentrar na análise de suas espécies, faz-se pertinente um breve passeio aos tipos contratuais puros que lhe concedem vida, os contratos comutativos e de sociedade.

Os contratos **comutativos**, **sinalagmáticos** ou **bilaterais**, consistem na base jurídica adequada à forma de alocação de recursos por meio do mercado, em referência ao que foi explanado no tópico anterior. Segundo Sílvio Rodrigues, “*comutativos são aqueles contratos em que não só as prestações apresentam uma relativa equivalência, como também as partes podem avaliar, desde logo, o montante das mesmas. As prestações são certas e determináveis, podendo qualquer dos contratantes antever o que receberá em troca da prestação que oferece*”³¹

De modo simplificado, existe a prestação de uma parte, que espera que a outra parte lhe conceda a contraprestação respectiva. Trata-se de uma situação de simples troca. Este contrato leva consigo a característica da individualidade, de uma atuação egoística de cada uma das partes, seguindo uma lógica de que quanto maior for o ganho final da relação contratual para uma das partes, menor será o ganho obtido pela outra. O interesse egoístico se traduz na maximização do benefício a si próprio³². Existirão fins distintos para cada uma das partes.

No outro extremo das formas contratuais puras, estão os **contratos de sociedade**, que se caracterizam por uma convergência de interesses em torno da realização de um fim comum, o qual se traduz no compartilhamento dos lucros e das perdas.³³ Esta forma contratual serve de base jurídica para alocação de fatores produtivos que ocorre no âmbito interno da empresa. Este tipo contratual é que organiza a internalização. Em se tratando de relações interempresárias, ele consiste no último estágio de integração de estruturas. Ele concretiza a concentração total.

Não existe aqui uma atuação egoística das partes, pelo contrário, como explanado por Pontes de Miranda³⁴, faz-se necessário ao conceito de sociedade a existência de uma *comunidade de interesses* que deve gerar uma *comunidade de prestações* que visa atingir o fim comum perseguido. Percebe-se neste ponto uma nítida diferença em relação aos

³¹ RODRIGUES, Sílvio. *Volume 3*. Editora Saraiva. Rio de Janeiro, 2003. , 124

³² CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.63

³³ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.64

³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco; *Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLII, Contrato de Sociedade. Sociedade de Pessoas*; Borsoi; Rio de Janeiro; 1965; p.12

contratos comutativos. Enquanto nestes se fala em *contraprestação* e em *interesse egoístico*, nos contratos de sociedade se fala em *comunidade de prestações* e em *comunidade de interesses*.

Neste sentido, disserta Pontes de Miranda:

O ser humano, produto da assembleia, como foi, não poderia ter somente fins individuais, somente ter por fito atingir o que interessa ao seu eu. Os fins coletivos, que dependem de cooperação de duas ou mais pessoas, inclusive de coletividade amplas, como o clã, a tribo a nação, o Estado, têm a maior relevância na vida do homem. Em lugar de se aterem a prestar e quererem ou exigirem contraprestação, juntam-se, às vezes, por meio de contrato para que a atividade comum, que eles prometem, consiga os fins comuns. (...) A atividade de um homem, mesmo com seus empregados, pode não ser suficiente para se atingir o fim que se tem. Daí, a necessidade de associação e da sociedade. As regras jurídicas sobre as sociedade buscam solução aos problemas de organização e de comunhão de atividades humanas³⁵

Outra característica do contrato de sociedade ressaltada por Caixeta ³⁶consiste na existência de um poder hierárquico, o qual expressará sua vontade por meio de um centro de decisões, possibilitando assim a organização do ente societário de forma institucionalizada. É justamente essa característica que permitia a organização da indústria de modo vertical, em uma dinâmica na qual todas as plantas de produção se sobrepunham organizadamente, obedecendo todas elas a uma mesma voz de comando.

Da mistura dos contratos comutativos e de sociedade, surge a **categoria híbrida**, ou **relacional**, já apontada, a qual se caracteriza nuclearmente por um forte *caráter cooperativo* e de *confiança*³⁷ entre as partes. Nessa categoria contratual, as partes possuem uma autonomia econômica maior que no contrato de sociedade, e menor do que nos contratos bilaterais.³⁸ Pode se dizer, todavia, com certeza, que em se tratando de relações interempresariais pertencentes a essa categoria, a personalidade jurídica das sociedades contratantes restará sempre preservada. Nas palavras de Caixeta:

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLII, Contrato de Sociedade. Sociedade de Pessoas; Borsoi; Rio de Janeiro; 1965; p.12

³⁶ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.64

³⁷ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.66

³⁸ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.65

No mesmo sentido, a expressão “contratos relacionais” é utilizada pelo economista Williamson (1999) para tratar das situações nas quais os contratantes mantêm a sua autonomia, mas estabelecem entre eles um relacionamento mais estável com base em elementos diferenciados de cooperação. Isto é, são contratos específicos de longa duração em que as partes, mais do que estabelecer as obrigações recíprocas, precisam estruturar, minimamente, um sistema de governança que possibilite, manter a continuidade e adaptabilidade em face das modificações futuras do mercado³⁹.

Neste sentido, a referida autora ressalta ainda que tais contratos híbridos consistem em uma forma distinta de se relacionar contratualmente, posto que permite a preservação da flexibilidade das transações, e ao mesmo tempo prevê uma estrutura de governança adicional para lidar com as incertezas do mercado, passando assim a ser idealizada.

Como já exposto restou no tópico anterior, esta idealização se dá pelo fato de eles minimizarem tanto os **custos de transação**, existentes na busca de recursos por meio do mercado, quanto dos **custos de produção**, referentes à alocação de recursos por meio da internalização à empresa. Trata-se de um meio termo bastante vantajoso e com alta capacidade de adaptação aos mais variados contextos.

Dito isso, faz-se, a este passo, pertinente analisar os diferentes graus de cooperação existentes nos diferentes tipos de contratos híbridos, a fim de que se possa entender em que consiste a forma contratual da *joint venture* e quais são seus elementos característicos.

Em um primeiro plano, como constatado por vários autores, a *joint venture* se faz pertencente a uma ampla categoria híbrida conhecida como “**contratos de cooperação**”. Essa cooperação a que se faz referência consiste em uma efetiva conjunção de esforços para que o contrato seja executado. Ela é responsável por seu funcionamento. Não se trata de uma cooperação de mero caráter acessório, como, por exemplo, existe nos contratos de transações ocasionais de bens, nos quais a cooperação ocorre somente no sentido de não obstar a execução do fim real do contrato, tal como um dever de lealdade, ou de boa-fé.⁴⁰

³⁹ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.65

⁴⁰ BAKAJ, Giovanna; Joint Ventures Internacionais: da Estrutura à Função; 2013

Neste sentido, Caixeta disserta que para que tal cooperação ocorra, faz-se imprescindível a assunção de obrigações pelas partes que definam suas condutas futuras, sendo assim capazes de gerar uma certa estabilidade relacional, que promova a continuidade da relação no tempo. Portanto, o fator *estabilidade* e *durabilidade* diferencia essa categoria de cooperação de simples contratos que prevejam um ato isolado, como é, por exemplo, um contrato de compra e venda. Um exemplo de contrato de cooperação, no sentido que ora se aborda, seria, por exemplo, um contrato de fornecimento de produto de longa duração.⁴¹

Nessa categoria pode ainda acontecer alguma confusão com os contratos ditos comutativos ou sinalagmáticos, tendo em vista que o fim desses contratos ainda possui finalidades distintas à cada uma das partes. Analisando o exemplo que foi dado de um contrato de fornecimento de produto, caso esse fornecimento seja duradouro e apresente uma situação de estabilidade relacional entre as partes, será considerado um contrato de cooperação. Caso não haja essas características nucleares de durabilidade e estabilidade, falar-se-á em um contrato meramente comutativo.

No sentido de cooperação existente nesse primeiro plano de contratos híbridos, Lima Pinheiro fala em contratos de “cooperação econômica” ou de “mera coordenação”. Segundo o autor, nestes contratos, *“as partes se vinculam a uma certa coordenação de atividades econômicas ou de certos aspectos de sua atuação no desenvolvimento destas atividades, mas não se obrigam a colaborar na prossecução de um resultado econômico unitário”*.⁴²

Como anteriormente já mencionado por meio de Caixeta, em relação à necessária assunção de obrigações pelas partes que definam suas condutas futuras e gere *estabilidade* e *durabilidade*, Lima Pinheiro relata que essas obrigações poderiam consistir no estabelecimento de “normas técnicas”, em uma “coordenação de atividades”, em “planejamento de horários” e etc. Como explanado pelo autor, é relevante lembrar que nessa categoria o resultado econômico dessas atividades consiste em fins individuais buscados por cada parte.⁴³

⁴¹ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.52

⁴² PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.p. 209

⁴³ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.p. 210 e 211.

Quando se começa a perceber a existência de **um fim comum** perseguido pelas partes contratantes, a cooperação passa a um outro plano, no qual o rompimento com as características dos contratos comutativos se observa de modo mais fácil. Surge uma modalidade contratual que possui todas as características da categoria de cooperação, e que além delas, visa à realização de um objetivo conjunto. Não por outro motivo, tal categoria recebe o nome de **contratos de fim comum**, ou também de **contratos associativos**.

Neste sentido, o contrato de *joint venture* é basilaramente entendido, tanto por Silva Morais, como por Lima Pinheiro, como um contrato de fim comum. Pormenorizadamente, os contratos de fim comum consistem em um tipo contratual onde as partes se obrigam entre si com o intuito de realizar determinadas prestações, podendo estas serem iguais ou distintas, todavia, tais prestações devem estar obrigatoriamente voltadas à concretização de um objetivo comum.⁴⁴

Silva Morais disserta que estas prestações, às quais cada uma das partes se encontram obrigadas, devem ser enxergadas como uma situação de *contrapartida funcional*, na qual uma parte somente concretiza determinada contribuição, pois espera uma contribuição em contrapartida da outra parte.

Entretanto, ocorre que esta dinâmica de *contrapartida funcional* não consiste em uma relação de simples *troca*, tal como existe em contratos comutativos, mas em uma relação de “*comparticipação num projeto conjunto, de realização continuada*”, na qual as prestações de cada uma das partes se “*encaixarão*” umas às outras de modo concatenado, a fim de criar uma atividade econômica em conjunto, a qual possuirá forma e características expressas na declaração negocial de cada uma das partes, que é onde resta exposta a vontade de cada um dos signatários do referido negócio jurídico.⁴⁵

É de bom alvitre relatar que os contratos de fim comum se fazem pertencentes ao rol dos “**contratos de cooperação qualificada**”. O que distingue esses contratos de cooperação qualificada dos outros contratos de cooperação é o caráter de integração (concentração) ⁴⁶empresarial existente entre as sociedades contratantes, para tanto, faz-se

⁴⁴ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.273 à p.282

⁴⁵ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.275

⁴⁶ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.21; O conceito de concentração que ora se adota é o conceito geral exposto no trabalho de Caixeta, segundo o qual ato de concentração consistiria em “uma operação que resulte em uma associação de empresas e ativos previamente independentes, combinados de forma que envolva uma mudança duradoura na estrutura das empresas ou na propriedade dos ativos envolvidos na operação”

necessário haver um **escopo comum** entre as partes, um **empreendimento em conjunto**. As partes contratantes deixam de competir entre si no âmbito da matéria daquele contrato.

Neste sentido, mais detalhadamente, Caixeta⁴⁷ caracteriza o contrato de cooperação qualificada da seguinte forma:

Cooperação qualificada significa, portanto: (i) uma obrigação estabelecida de comum acordo entre as partes; (ii) para realizar uma atividade em comum ou de forma concertada; (iii) com vista à realização de um objetivo econômico em comum; (iv) sem perda da autonomia jurídica das empresas participantes. Isso significa que, de modo geral, as concentrações por cooperação abarcam qualquer “ação realizada em proveito mútuo” (Lima Pinheiro 2003, p. 57).

Ante os elementos expostos por Caixeta, faz-se interessante fazer uma breve análise. Percebe-se neste ponto que existe uma maior aproximação entre as partes contratantes, já se falando aqui em **empreendimento comum**. O que consistiria, segundo Lima Pinheiro em uma *atividade abstratamente definida*, a qual seria uma atividade definida com indeterminabilidade dos atos que serão praticados na sua realização, ou um *ato concreto*, o qual consistiria em uma operação econômica, que seria sempre um ato complexo, que compreenderia uma série de atos jurídicos e/ou materiais. Segundo o referido autor, esta série de atos tem um sentido, uma finalidade, um projeto que se pretende realizar, de modo que empreendimento, como por ele proposto é, abarcaria sempre uma ideia de *atividade*.⁴⁸

É interessante observar ainda que, como nos alerta Caixeta⁴⁹, o surgimento desse empreendimento comum, mesmo que não apresente uma organização autônoma, ou uma sociedade institucionalizada, já apresenta um grau de concentração empresarial originado da perseguição em conjunto a esse fim comum, por meio de uma atividade concertada entre as empresas, no âmbito da qual as empresas contratantes deixaram de competir entre si. Essa concentração ocorre também, posto que “fim comum” compreende necessariamente a ideia de compartilhamento de lucros e perdas⁵⁰, o que faz com que já se perceba uma integração empresarial entre as empresas participantes do projeto.

⁴⁷ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.53

⁴⁸ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.p. 40

⁴⁹ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.53

⁵⁰ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.58; Neste sentido, explica Caixeta, " Sobre a identificação do fim comum, Ana Frazão (2015)

Existe aqui, como explana a referida autora, uma concentração parcial, na qual já existe uma certa perda de autonomia econômica por parte das empresas contratantes, que acaba por alterar as estruturas de mercado e as condições de concorrência, sem, todavia, ocorrer o surgimento de uma nova pessoa jurídica. Existe já uma integração, mas sem existir a perda da independência jurídica. Segundo Frazão, seria possível identificar um caráter concentrativo nas seguintes hipóteses:⁵¹

- (i) o compartilhamento de risco entre os, contratantes; (ii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes e (iii) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial.

A categoria contratual de cooperação qualificada comporta a existência de algumas espécies distintas, das quais interessa ao presente estudo a análise dos já apresentados **contratos associativos (de fim comum)** e **dos contratos de *joint venture***. Em primeiro lugar, estes dois tipos de cooperação qualificada importam a este trabalho, posto que aquele é gênero deste, e este é o objeto de observação da presente pesquisa. Em segundo lugar, eles se fazem pertinentes, tendo em vista seus recorrentes usos no mundo contemporâneo. Tanto o é, que a utilização recorrente dessas formas contratuais, juntamente com o aspecto integracional que possuem, fizeram com que eles fossem previstos no art. 90 da Lei 12.529, de 2011 (Lei Antitruste brasileira), como atos de concentração que podem vir a ser danosos à concorrência.

O que difere o contrato associativo do contrato de *joint venture* é basicamente o caráter organizacional, o qual se faz mais evoluído no contrato de *joint venture*. Enquanto no contrato associativo existe uma concertação de atividades que se traduz em um

esclarece que este fim não significa necessariamente a execução comum de uma atividade econômica; o propósito em comum também pode abranger a execução de atividades complementares em que cada contratante faz a sua parte, mas compartilhando sempre de um objetivo econômico que a ambas se aproveita. Como desdobramento imediato do “fim comum”, o segundo elemento distintivo das *joint ventures* diz respeito à assunção comum do risco empresarial, tendo em vista que tal circunstância é inerente à própria ideia de empresa comum. A consecução de um escopo em comum requer, necessariamente, uma manifestação de vontade das partes em cooperar ativamente para um resultado específico, sempre numa situação de igualdade de participação nestes resultados. Daí porque a disposição das contratantes em arcar com lucros e prejuízos decorrentes da atividade desenvolvida conjuntamente é uma consequência direta da existência de um escopo em comum entre elas.”

⁵¹ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.55

empreendimento comum, tal como acima restou exposto, na *joint venture* surge uma *organização comum*. Neste último tipo, as atividades se concertaram de tal modo, que passa a surgir uma unidade econômica, a qual serve de centro de funcionamento do projeto em conjunto intentado.

Tal é o grau de organização desse tipo negocial, que a *joint venture* acabou sendo traduzida ao português por Silva Morais como **empresa comum**. Vale de pronto ressaltar que essa ideia de *empresa* apresentada por Silva Morais não contempla seu *perfil objetivo*, segundo o qual ela se traduziria em uma estrutura produtiva de certos bens e serviços, nem seu *perfil subjetivo*, segundo o qual ela seria compreendida enquanto uma sujeito jurídico que realiza certa atividade econômica.⁵²

Empresa, no sentido que foi aqui emprestado por Silva Morais, abrange o perfil de empresa enquanto *atividade*, o qual consistiria em entender *empresa* enquanto um “*encandeamento ordenado e sistemático de atos orientados para a prossecução de determinadas finalidades de tipo econômico*”⁵³, bem como o *perfil institucionalista* de *empresa*, o qual se traduz em uma ideia de obra, com *contornos econômicos* e *reconhecimento social*, a qual funciona de modo *organizado*, *permanente (estável)*, e *autônomo*⁵⁴.

Nessa última passagem do perfil institucionalista, fica mais fácil perceber a diferença entre *joint venture* de contrato associativo. No empreendimento comum do contrato associativo, apesar de já haver uma concentração empresarial, não surge um ente autônomo, mesmo que sem personalidade jurídica. A atividade conjunta do contrato associativo é absolutamente dependente das sociedades contratantes. Na *joint venture*, a organização que surge se faz autônoma ao ponto de lograr reconhecimento social, mesmo que se opte por não personificá-la. Por isso se fala nesta última figura em *empresa comum* no sentido que acima restou explanado, para passar uma ideia de organização, que é o elemento que mais fortemente caracteriza essa forma contratual.

Mais adiante, abordar-se-á mais detalhadamente todo o conceito de **empresa comum**, bem como se fará um passeio por toda a estrutura organizacional que lhe

⁵² SILVA MORAIS, Luis, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, p.157 e 153; Sentido Subjetivo de empresa- empresa como sujeito jurídico que realiza certa atividade econômica; Sentido Objetivo- empresa como estrutura produtiva de certos bens e serviços.

⁵³ SILVA MORAIS, Luis, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, p.154

⁵⁴ SILVA MORAIS, Luis, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, p.154

distingue de outros tipos que lhe são próximos, a fim de que reste comprovado essa organização diferenciada.

A este passo, já se faz importante adiantar que existem dois importantes tipos de *joint venture*, a *joint venture contratual* e a *joint venture societária*. A primeira não possui um ente societário constituído, é uma relação de caráter meramente contratual. A segunda, já possui uma entidade personificada em meio ao sistema contratual típico de *joint venture*.

Na análise contratual proposta nesse tópico, faz-se importante dizer que pode haver alguma confusão para se distinguir a *joint venture contratual* de um contrato associativo, tal como alerta Caixeta⁵⁵, posto que o observador pode ter alguma dificuldade para perceber a organização autônoma definidora da *joint venture*. A qual, diga-se de passagem, muitas vezes é escondida no contrato de forma proposital pelos advogados que costuram algumas nebulosas cláusulas, a fim de, por exemplo, burlar determinada legislação, o que ocorre em alguns casos em relação às leis antitrustes mundo afora.

A *joint venture societária*, por sua vez, diferencia-se mais facilmente do contrato associativo, tendo em vista que existe naquela uma entidade formalizada, não causando assim maiores problemas à observação.

Chegando a este ponto da classificação contratual de *joint venture*, com intuito meramente didático, faz-se pertinente ilustrar de forma objetiva toda a classificação que restou anteriormente apresentada:



Ante a figura exposta, faz-se necessário tecer alguns breves comentários. Em primeiro lugar, essa figura é derivada de três figuras apresentadas por Caixeta, todavia, com algumas modificações.⁵⁶ Em segundo lugar, é de se observar alguns pontos fulcrais que foram relatados durante a classificação e que se viram objetivados nessa imagem: 1) os

⁵⁵ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.53

⁵⁶ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015; As figuras de caixeta podem ser encontradas nas páginas 54, 67 e 71 de seu retromencionado trabalho.

contratos híbridos começam com os contratos de execução continuada que apresentem *estabilidade e durabilidade*, e se estendem até os contratos de *joint venture* mais concentrados e complexos; 2) Os contratos de longa duração, a depender de como sejam construídos, podem ser caracterizados como contrato associativo, caso se perceba neles a existência de um *fim comum*, o qual pode surgir, por exemplo, a partir de um cláusula de exclusividade⁵⁷; 3) Os contratos associativos, que são caracterizados elementarmente pela existência de um *fim comum*, já apresentam um caráter de concentração, o que dá ensejo ao surgimento da categoria de *cooperação qualificada*; 4) *joint venture* e contratos de sociedade são espécies do contrato associativo.

É de se destacar que, como já relatado em algumas passagens anteriores, nem sempre essa divisão, classificação, vai se dar de forma tão nítida como a tabela supra sugere. É por isso que se faz necessário saber o que distingue cada uma dessas formas contratuais, e quais elementos podem fazer surgir a(s) característica(s) tipificadora(s) de cada categoria. Ela foi posta acima com o intuito de facilitar o entendimento do caminho percorrido durante a análise. Mais adiante ela será destrinchada, para depois ser apresentada em uma forma mais evoluída, mais completa.

Neste passo, é interessante que se entenda a *joint venture* como um “mosaico contratual”, o qual se faz traduzido em um verdadeiro *sistema de contratos*,⁵⁸ constituído por **elementos típicos de diversos tipos contratuais**, que geram uma característica organizacional ressaltada, a empresa comum.

. Estes elementos típicos de outras categorias contratuais que constroem o contrato de *joint venture*, acabam por criar uma forma contratual que possui um núcleo elementar próprio, que mesmo ante a flexibilidade já comentada, consegue atingir um certo grau de autonomia que lhe confere individualidade, o que lhe permite, tal como se tentou fazer acima, diferenciar-se de tipos contratuais que lhes são próximos.

Portanto e em resumo, pode se dizer que o contrato de *joint venture* pertence às seguintes categorias:

- (i) **contratos de cooperação econômica;**
- (ii) **contratos de fim comum;**

⁵⁷ Esse surgimento do fim comum por meio de uma cláusula de exclusividade será explicado mais detalhadamente na análise de caso que se fará no último capítulo do trabalho.

⁵⁸ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.281-282

- (iii) **contratos de cooperação qualificada;**
- (iv) **contratos associativos ,**
- (v) **contratos híbridos.**

E tais categorias lhe conferem as seguintes características típicas:

- (i) apresentar um elemento central de cooperação;
- (ii) perseguir um fim comum;
- (iii) apresentar um caráter de integração (concentração) empresarial parcial;
- (iv) possuir uma organização diferenciada, uma *empresa comum*;
- (v) conservar a independência jurídica das sociedades contratantes.

As referidas características formam o núcleo elementar básico do contrato de *joint venture* e lhe permitem assumir uma forma contratual individualizada, com certa autonomia. No Capítulo 2 dessa pesquisa, o elemento central dessa base elementar, qual seja, o caráter organizacional, será tratado de forma detalhada, para que possa se constatar ou não a existência de uma organização diferenciada nesse tipo híbrido. Estudado esse elemento central, retomar-se-á o estudo em conjunto dos outros elementos típicos dessa modalidade negocial, para que enfim se possa definir um núcleo elementar próprio de *joint venture*.

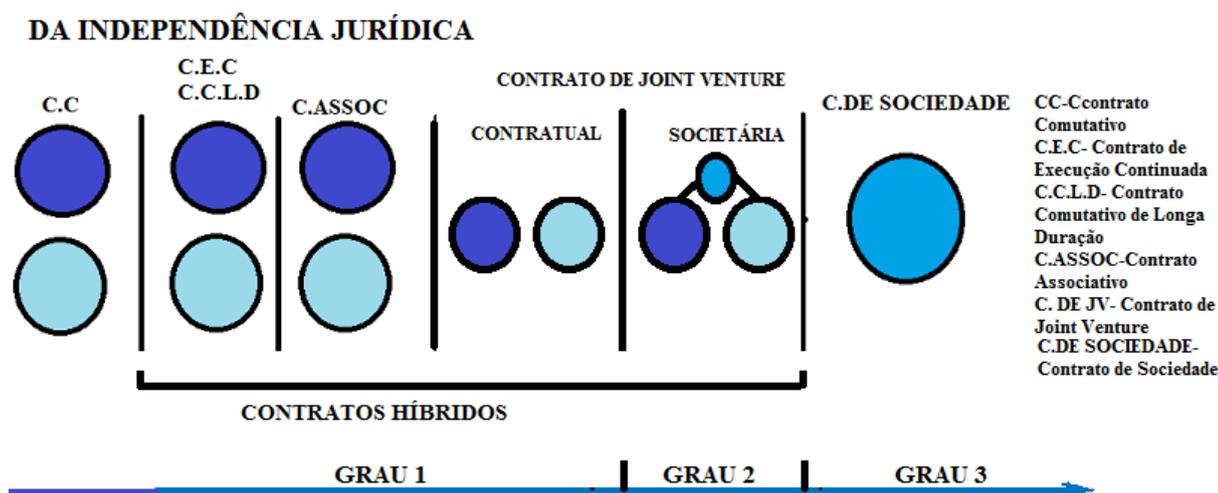
4. FIGURAS EXPLICATIVAS

Como pôde se perceber durante a classificação anteriormente realizada, os contratos híbridos consistem em figuras bastante complexas. Com o intuito de se facilitar entendimento, as distinções e as classificações dessas figuras, faz-se pertinente analisar os contratos híbridos de algumas perspectivas em separado. Tudo o que será explicado

adiante, já restou exposto no tópico anterior. O que se buscará fazer a seguir é somente uma sistematização ilustrada.

Elegeu-se no presente trabalho três planos de observação que se fazem centrais à hora da classificação acima explanada, quais sejam, o *plano de evolução da autonomia econômica*, o *plano de evolução da independência jurídica* e o *plano de evolução da cooperação*. Faz-se relevante relatar que somente se utilizará dois contratantes para ilustrar cada caso por questões de praticidade. Nada impede que as figuras abaixo sejam adaptadas a mais partes.

O *plano da evolução da independência jurídica* talvez seja o de mais fácil observação, de modo que se faz didático apresentá-lo primeiro:



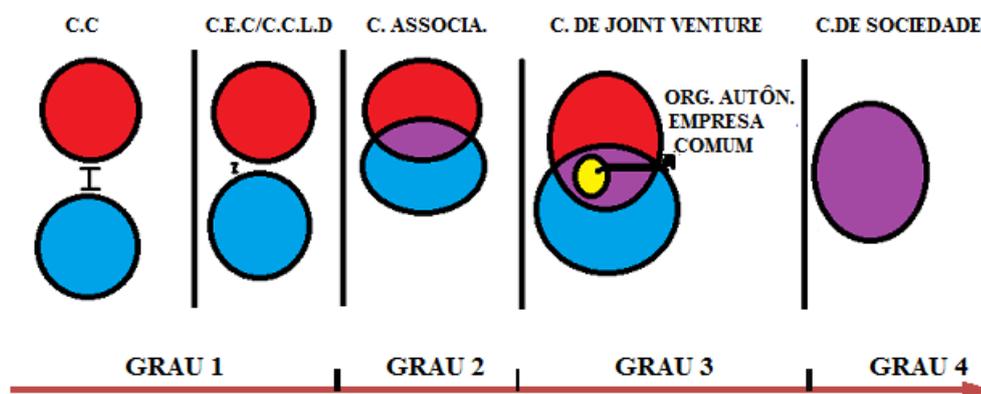
Como se pode perceber, a independência jurídica de todos os contratantes permanece preservada em todos os casos de contratos híbridos apresentados. Somente no contrato de sociedade é que a independência jurídica passa a não mais existir. Outro ponto que vale destacar nessa figura é a possibilidade de criação de uma nova pessoa jurídica na *joint venture*. Um ente personificado independente das sociedades-mãe, o que caracterizaria uma *joint venture societária*.

Como exposto foi no tópico anterior, a personificação de uma novo ente jurídico depende da vontade e planejamento dos *co-ventures*. Caso queiram, a *joint venture* pode ser meramente contratual, só existindo no complexo contratual as pessoas jurídicas dos *co-ventures*, tal como ilustrado na outra possibilidade de configuração da *joint venture* acima apresentada.

O **grau 1** é então representado pela existência de contratantes totalmente independentes do ponto de vista jurídico. O **grau 2** surge quando os contratantes resolvem constituir um novo ente personificado, que seria o caso das *joint ventures* societárias. E o **grau 3** corresponderia ao desaparecimento da independência jurídica. Passa a existir somente uma pessoa juridicamente capaz, o que é representado pelo contrato de sociedade. Nesse último grau, os contratantes teriam se unido por meio de uma fusão, ou, incorporação.

Feitas estas considerações sob a ótica da independência jurídica, vale agora tecer alguns comentários sobre o *plano de evolução da autonomia econômica*:

DA AUTONOMIA ECONÔMICA



No que tange à autonomia econômica, a observação requer um tanto mais de cuidado. Nos contratos comutativos e nos contratos de execução continuada, as contratantes preservam sua autonomia. Nos contratos de execução continuada se poderia até falar em uma maior aproximação que nos contratos comutativos puros, tendo em vista que já existe nos contratos de execução continuada um caráter de cooperação central das contratantes. Todavia, em qualquer um desses dois modelos contratuais, a autonomia econômica das partes permanece totalmente conservada.

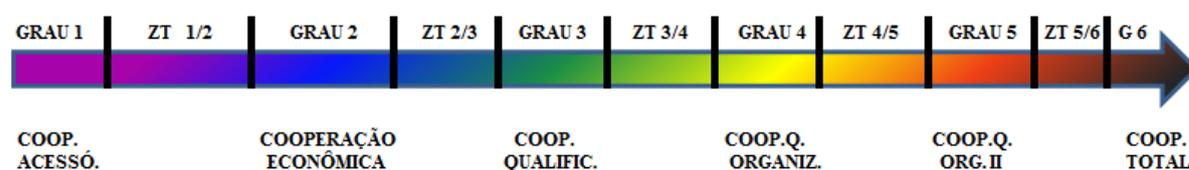
Nos contratos associativos, entretanto, já se percebe uma **concentração parcial**, a qual se fez representada na imagem pela intersecção de cor roxa. Como explanado no tópico anterior, tal concentração surge devido ao **fim comum** presente nesse tipo contratual. As partes deixam de competir entre si no âmbito do empreendimento conjunto.

Já nos contratos de *joint venture*, além da concentração parcial, surge uma **unidade organizacional autônoma**, a qual é chamada por Silva Morais de **empresa comum**. Na imagem, essa organização distinta dos contratantes se fez representada pelo círculo

amarelo existente em meio à intersecção roxa. Interessante aqui perceber também que, diferentemente da imagem que tratava da independência jurídica, nessa ilustração da autonomia econômica, a *joint venture* possui uma única possibilidade de configuração. Isso por que independentemente de existir um ente personificado, a *joint venture* sempre apresentará essa organização diferenciada, seja ela uma *joint venture* contratual ou societária. Esse caráter organizacional aprofundado é o elemento nuclear do contrato de *joint venture*.

Nos contratos de sociedade a concentração é total. Os contratantes não possuem mais autonomia. Existe somente uma estrutura econômica.

O plano da evolução da cooperação, por sua vez, requer atenção redobrada:



ZT- ZONA DE TRANSIÇÃO (As Zonas de Transição representam sempre situações em que o grau de cooperação não se faz tão bem definido. O contrato possuirá nas ZT's aspectos evidentes de dois graus distintos. Tem-se que analisar o contrato cuidadosamente para definir se ele se faz pertencente ao grau de cooperação anterior ou posterior à Zona de Transição.)

No primeiro grau de cooperação (**grau 1**), existe o que se chamou na classificação do tópico anterior de **cooperação acessória**. É o tipo de cooperação existente nos contratos meramente comutativos, de relações de mercado. Ela existe somente no sentido de não obstar a execução do fim real do contrato, tal como um dever de lealdade, ou de boa-fé. É baseada em deveres de conduta complementares às prestações principais. Neste sentido, aponta Antunes Varela:

Diferentes dos deveres primários ou secundários de prestação são os deveres de conduta que, não interessando diretamente à prestação principal, nem dando origem a qualquer ação autônoma de cumprimento (...), são todavia essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra⁵⁹.

⁵⁹ *Apud* BASSO, Maristela . Joint ventures: manual prático das associações empresariais.. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.49 e p.50

A **Zona de Transição 1/2**, por sua vez, representa o espectro onde a cooperação acessória começa a apresentar alguns aspectos de cooperação econômica. Nessa ZT o caráter comutativo dos contratos ainda se faz bastante acentuado. Os aspectos de estabilidade e durabilidade, caracterizadores do **grau 2**, não se fazem ainda tão claros. Podem ser pertencentes a esta ZT, por exemplo, Contratos pontuais de Compra e Venda que possuam cláusulas que preveem, ou ensejam, futuras transações, ou, Contratos de Execução Continuada nos quais a assunção de obrigações pelas partes não geram incentivos tão fortes à estabilidade da relação e à continuidade dela no tempo.

O **grau 2** consiste na **cooperação econômica**, relatada por Lima Pinheiro e explicada no tópico anterior. É quando a cooperação deixa de assumir um caráter acessório e passa a assumir um papel de importância central à execução do contrato. Este grau se caracteriza pelos aspectos de *durabilidade* e *estabilidade* da relação. Como Caixeta coloca, faz-se imprescindível a assunção de obrigações pelas partes que definam suas condutas futuras. Um contrato de longa duração de fornecimento de produto é um exemplo desse grau.

O que diferencia o **grau 2** para o **grau 3** é a existência de concentração empresarial neste último grau, que não se faz existente naquele primeiro. Essa concentração surge devido a existência de um **fim comum**, que passa a ser percebido nesse terceiro grau. No grau 2, o contrato ainda comporta fins distintos a cada uma das partes.

A **Zona de Transição 2/3**, portanto, é caracterizada por situações onde a mera cooperação econômica começa a se confundir com a cooperação qualificada. Um exemplo são contratos que, em um primeiro momento, parecem ser simples contratos de longa duração, mas que “escondem” em suas cláusulas a existência de uma concentração empresarial e de um fim comum, o que lhe concederia características de contrato associativo. São situações que requerem extremo cuidado do observador. Devem ser analisadas a existência ou não de uma cláusula de exclusividade, a matéria do contrato (contratos de alta tecnologia, por exemplo, costumam ser bastante complexos e transcendem as convenções contratuais costumeiras, como é o caso dos contratos de Licença de Patente), a participação no mercado de cada contratante, o poder de influência que o referido contrato concede a uma das partes em influenciar decisões da outra parte que transpassam o âmbito do tema contratado, etc.

O **grau 3** consiste no que se chamou de **cooperação qualificada**. É quando a cooperação passa a girar em torno de um **fim comum**. As partes param de competir entre si no âmbito daquele projeto conjunto. Percebe-se neste grau o surgimento de um caráter concentrativo. Esse grau de cooperação é representado pelos contratos associativos por excelência. Não se faz dificultada a percepção de suas características basilares, o fim comum e a concentração.

A **Zona de Transição** ^{3/4} é a zona que separa os contratos associativos, dos contratos de *joint venture*. A confusão que pode se dar aqui acontece ao momento de distinguir contratos associativos de *joint ventures* contratuais. Como já exposto, essas duas modalidades pertencem ao tipo de cooperação qualificada. Todavia, o contrato de *joint venture* se distingue por possuir uma organização mais complexa, que dá ensejo ao surgimento de uma unidade econômica autônoma, uma empresa comum. Nessa ZT a observação da existência dessa empresa comum se faz nebulosa, tendo em vista os diferentes graus de organização que a *joint venture* contratual pode assumir⁶⁰. Neste sentido, disserta Caixeta:

Contratos associativos apresentam, nesta linha, características semelhantes, se não iguais, das *joint ventures* contratuais nos termos propostos por Luís de Lima Pinheiro (2003), para quem a *joint venture* caracteriza-se como um contrato de empreendimento comum e, como tal, corresponde a uma denominação jurídica precisa de atividades econômicas prosseguidas em comum, assentadas em meras relações obrigacionais. Assim, tal como nos contratos de *joint venture*, os contratos associativos correspondem a um conjunto encadeado de relações obrigacionais entre as empresas participantes, conformando um processo permanente de cooperação, dirigido à realização de uma atividade empresarial conjunta

O **grau 4** ainda pertence ao que se chamou cooperação qualificada, mas, tendo em vista as considerações acima apresentadas, faz-se pertinente qualificar este grau como caracterizado por uma **cooperação qualificada organizada**. Distingue-se dos meros contratos de cooperação qualificada, por apresentar um caráter organizacional diferenciado, como já explanado. Esse grau diferenciado de organização faz com que surja uma unidade econômica autônoma. Esse grau é representado pelos contratos de *joint ventures contratuais*.

⁶⁰ Essa organização diferenciada da *joint venture*, bem como seus possíveis graus de configuração serão devidamente trabalhados no Capítulo 2 dessa pesquisa.

Não se falará mais tanto aqui desse grau, pois ele é o grau que mais será estudado durante toda a pesquisa, posto que a *joint venture* é objeto de observação central do trabalho.

Na **Zona de Transição 4/5**, a dificuldade de observação restará concentrada na análise do caráter organizacional complexo existente na unidade econômica autônoma surgida no **grau 4**. A organização nessa ZT pode ser tão profunda, tão bem estruturada, que pode ensejar a caracterização de um ente societário. Essa ZT é muito bem ilustrada pela grande discussão que ocorre na doutrina acerca de um possível regramento da *joint venture contratual* pelo Direito Societário, pela caracterização da *joint venture* contratual enquanto sociedade em comum, por exemplo. Alguns elementos existentes na organização como a existência de fundo comum, de patrimônio conjunto, de *affectio societatis*, etc, poderá definir se tal caracterização se faz adequada ou não. Esse tema é de grande importância para presente pesquisa e será tratado pormenorizadamente no Capítulo 2. Nesse sentido, a *joint venture contratual* seria equiparável a uma *joint venture societária*.

O **grau 5** de cooperação é ilustrado pela *joint venture societária*. Neste grau, a organização comum surgida no complexo contratual é tão organizada que adquire o funcionamento de uma sociedade. Neste grau, as sociedades-mãe formalizam essa entidade econômica autônoma, fazendo surgir com isso uma nova pessoa jurídica. Neste ponto, é importante se pontuar que existem as sociedades-mãe independentes juridicamente e autônomas economicamente e a organização comum, que, neste grau, além de já ter atingido a autonomia econômica por razão de sua organização diferenciada, atinge também uma dinâmica de sociedade.

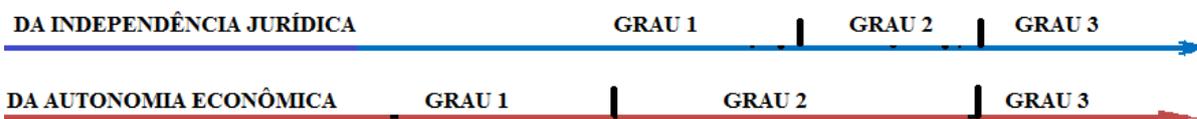
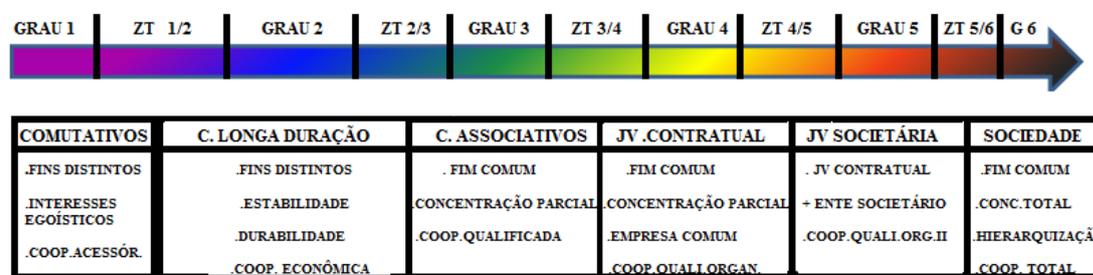
A **ZT 5/6** é perceptível quando o complexo contratual existente no grau 5 passa a se confundir em um só ente econômico. Explica-se. Existem situações em que a sociedade conjunta existente passa a ser foco principal da atividade econômica das empresas-mãe, não possuindo estas nenhuma atividade economicamente relevante fora do âmbito da *joint venture* constituída. Nesses casos, os *co-ventures* perdem autonomia econômica em relação ao outro contratante em grau acentuado. Apesar de existirem ali três entes juridicamente independentes, economicamente só se percebe o funcionamento de uma unidade empresarial, podendo, deste modo, se ver de fato caracterizada uma fusão. Neste mesmo sentido, essa ZT comportaria ainda situações que formalmente parecem *joint ventures*, mas que na prática funcionam como uma operação de incorporação. Tal situação ocorre quando somente um dos

co-ventures passa a concentrar todas as suas atividades no plano daquela *joint venture*, enquanto o outro *co-venture* mantém atividades relevantes externas àquela atividade conjunta. Este *co-venture* então preserva sua autonomia em relação ao negócio conjunto, enquanto aquele perde sua autonomia econômica. Geralmente tal situação ocorre quando há uma desproporção acentuada de porte econômico entre os *co-ventures*. O *co-venture* economicamente mais forte acaba se utilizando da *joint venture* para controlar o *co-venture* mais vulnerável. Em resumo, nesta ZT, apesar de existir formalmente um contrato de *joint venture*, existe na prática uma operação de fusão ou incorporação.

No grau 6 já não há mais dúvidas acerca da autonomia econômica das partes que existia no grau 5. A cooperação nesse grau sexto evoluiu de tal modo que só se percebe a existência um único ente. Na verdade, nesse grau, não existe mais de fato uma situação de “cooperação”. As partes contratantes não possuem mais nem independência jurídica, nem autonomia econômica. Existe somente uma única vontade. A concentração que era parcial a partir do grau 3, tornou-se total, por meio de uma fusão, ou, incorporação. Esse grau é representado pelos Contratos de Sociedade, que possibilitam as relações de empresa, as alocações de recurso por meio da internalização.

Expostos esses três planos de evolução em separado, vale agora intentar juntá-los a fim de criar uma figura que possa representar de modo mais completo todo esse caminho de classificação e distinção percorrido.

DA TABELA CONJUNTA



Chegando ao fim dessa classificação, percebe-se que, apesar de toda flexibilidade que os contratos híbridos podem apresentar, eles podem e devem ser autonomizados e diferenciados corretamente, a fim de que se evite efeitos práticos prejudiciais ao bem-estar social, causados por uma observação falha, tal como se estudará ao fim da pesquisa. A classificação por meio das imagens expostas busca demonstrar que já existem elementos mapeados que possibilitam essas distinções e classificações.

5. COMPARAÇÕES ENTRE *JOINT VENTURE* E ALGUNS OUTROS INSTITUTOS EXISTENTES NO MUNDO JURÍDICO (SCP E CONSÓRCIOS)

Após essa explanação acerca das diferentes categorias de contratos híbridos, importante cotejar e diferenciar algumas outras figuras existentes, que de quando em vez são confundidas com a *joint venture*, tendo como base para tanto os elementos nucleares do contrato de *joint venture* que foram mapeados no tópico anterior, a fim de que se perceba se tais elementos concedem ou não à *joint venture* um determinado grau de individualidade.

5.1 *JOINT VENTURE* E CONSÓRCIO

O consórcio é uma figura bastante interessante tanto no cenário jurídico brasileiro, como no cenário jurídico mundial. Antes de se mergulhar na análise de suas características nucleares, é importante ressaltar que apesar de o consórcio existir tipificado em diversos

ordenamentos pelo mundo, ele não se apresenta em todos os locais com uma mesma estrutura e dinâmica, o que acaba por obstar uma comparação genérica entre *joint venture* e um conceito amplo de consórcio que englobe todas as suas formas existentes .⁶¹

Entretanto, é viável e oportuno se tecer algumas considerações entre uma comparação restrita entre a figura de *joint venture* e o instituto do consórcio entre empresas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, o qual se encontra disposto nos arts. 278 e 279 da Lei 6.404 de 1976, comumente conhecida como Lei das SA`s.

Neste sentido, a definição de consórcio que se encontra expressa na referida lei entende que o “*consórcio de empresas consiste na associação de companhias ou qualquer outra sociedade, sob o mesmo controle ou não, que não perderão sua personalidade jurídica, para obter finalidade comum ou determinado empreendimento, geralmente de grande vulto ou de custo muito elevado, exigindo para sua execução conhecimento técnico especializado e instrumental técnico de alto padrão*”.⁶²

É interessante ainda ressaltar que tal como disposto no § 1º do diploma legal *sub examine*, o consórcio não possui personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, ainda que sob protesto de alguns, mormente em face da configuração de uma sociedade comum (antiga sociedade de fato).

Tal como previsto no art.279 da Lei 6404/76, o contrato de consórcio deverá ainda versar sobre: *I - a designação do consórcio se houver; II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio; III - a duração, endereço e foro; IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas; V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados; VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver; VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado; VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.*

⁶¹ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.229 e p.230; Silva Moraes tece alguns comentários obre essa impossibilidade de uma análise genérica em face de um conceito de consórcio que abarque todos os tipos desta figura existentes pelo mundo.

⁶² http://www.portaltributario.com.br/guia/consorcio_empresas.html

Tendo em vista a abordagem feita acerca da definição de consórcio no contexto brasileiro, bem como o que até o momento restou exposto como *joint venture*, em uma ideia que expressa uma concertação organizada cooperativa entre empresas independentes, pode-se dizer que o contrato de consórcio regrado pela Lei 6.404/76 consiste em uma espécie de *joint venture* específica. Explica-se.

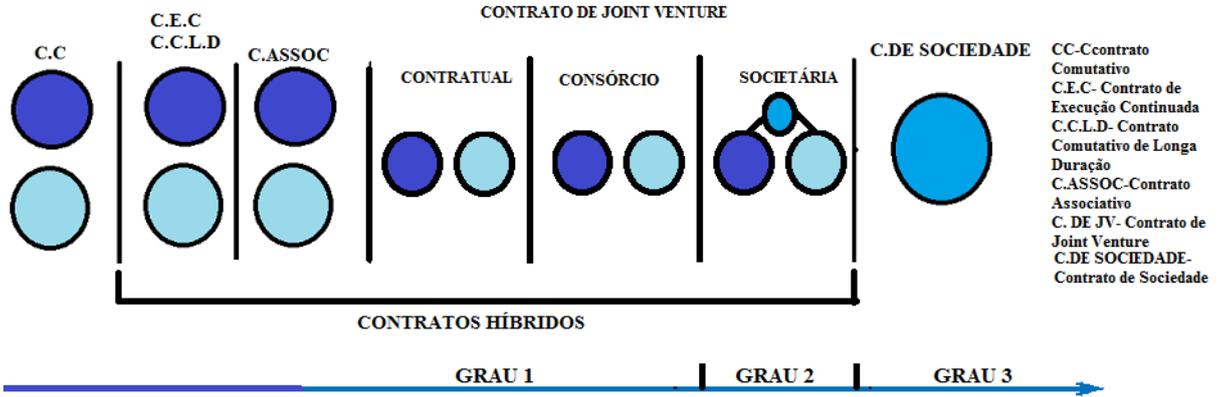
Como pôde se perceber de acordo com o disposto na Lei , o consórcio é resultado da atividade conjunta de entes juridicamente independentes e economicamente autônomos, que atuam de modo cooperativo em prol de um fim comum. Deste modo, já se poderia afirmar com certeza que o consórcio seria pertencente ao universo dos contratos associativos. Uma análise mais cuidadosa da Lei, permite inferir que o consórcio, todavia, é mais que um simples contrato associativo, é um contrato de *joint venture*.

A dinâmica imposta pelo texto legal no art. 279 dá amplo respaldo à caracterização de uma organização diferenciada, de uma unidade economicamente autônoma, que como já se viu, e ainda se verá, é o núcleo elementar do contrato de *joint venture*. Mais ainda, tal unidade autônoma existente no consórcio, possui organização tão complexa disposta pelo art.279 que grande parte da doutrina defende sua regulação enquanto sociedade comum. O texto legal, todavia, afasta a responsabilidade solidária dos participantes do consórcio, assim como também afasta a personificação jurídica da unidade economicamente autônoma surgida.

Deste modo, tal como as *joint ventures societária e contratual*, o consórcio possui uma organização diferenciada autônoma. Essa organização é tão complexa que possui a mesma dinâmica de uma sociedade, o que equipara o consórcio, no plano da cooperação, a uma *joint venture* societária. Todavia, a lei afasta a possibilidade de personificação dessa nova organização, o que equipara o consórcio, no plano da independência jurídica, com a *joint venture contratual*. No plano da autonomia econômica, tanto o consórcio, quanto as *joint ventures* contratual e societária, são equiparáveis, pois possuem um concentração parcial entre os *co-ventures* e além desta, ensejam o surgimento de uma nova unidade economicamente autônoma.

Dito isso, faz-se relevante incluir o consórcio do sistema jurídico brasileiro nas figuras acima apresentadas.

DA INDEPENDÊNCIA JURÍDICA



DA AUTONOMIA ECONÔMICA

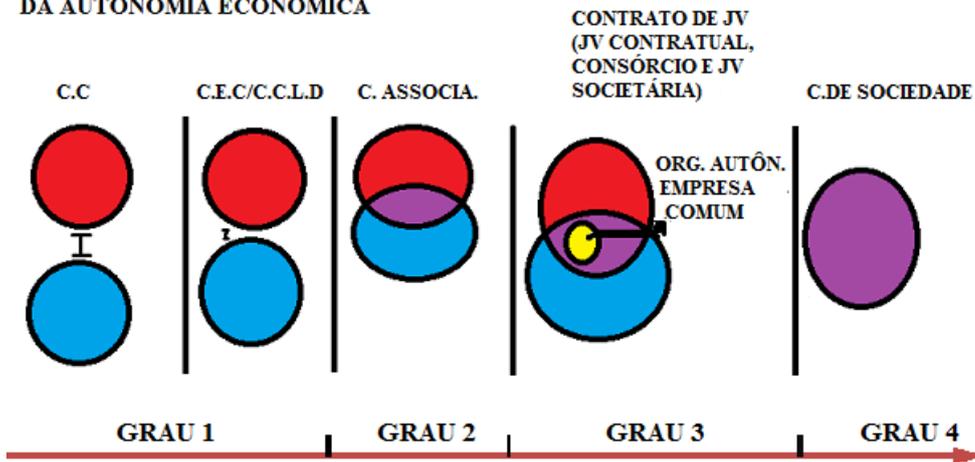
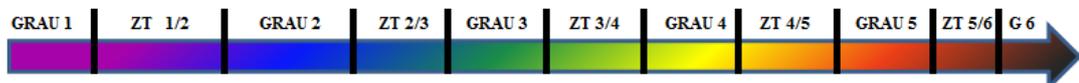
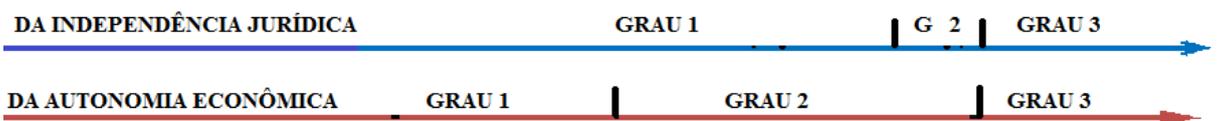


TABELA CONJUNTA



COMUTATIVOS	C. LONGA DURAÇÃO	C. ASSOCIATIVOS	JV .CONTRATUAL	CONSOR	JV.SOCL	SOCIEDADE
.FINS DISTINTOS	.FINS DISTINTOS	. FIM COMUM	.FIM COMUM	JV CONTR	CONSORC.	.FIM COMUM
INTERESSES EGOÍSTICOS	.ESTABILIDADE	CONCENTRAÇÃO PARCIAL	CONCENTRAÇÃO PARCIAL	+	+	.CONC.TOTAL
.COOP.ACESSÓR.	.COOP. ECONÔMICA	.COOP.QUALIFICADA	EMPRESA COMUM	COOP.QUA. ORG. II	ENTE.SOC. FORMALIZ.	HIERARQUIZAÇÃO
			.COOP.OUALL.ORGAN.			.COOP. TOTAL



Essa caracterização de consórcio enquanto um tipo específico de *joint venture* ainda pode ser percebida por meio dos elementos básicos de *joint venture* que foram mapeados anteriormente:

- (i) apresentar um elemento central de cooperação;
- (ii) perseguir um fim comum;
- (iii) apresentar um caráter de integração (concentração) empresarial parcial;
- (iv) possuir uma organização diferenciada, uma empresa comum;
- (v) conservar a independência jurídica das sociedades contratantes.⁶³

Tal como uma *joint venture*, o consórcio também possui todos estes elementos em sua composição. A mesma observação é possível se utilizarmos os elementos básicos de *joint venture* mapeados por Frazão, que em muito influenciaram esta pesquisa: *(i) a existência de um fim comum; (ii) o compartilhamento de risco entre os co-ventures; (iii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes, que se dá tanto por alterações societárias ou contratual e (iv) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial.*⁶⁴

Ante todo o exposto, é imperioso reconhecer consórcio enquanto um tipo específico de *joint venture*.

5.2. JOINT VENTURE E SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO (SCP)

⁶³ Adiante se adicionará um novo elemento nuclear de *joint venture*, o surgimento de um novo centro de controle empresarial, que também abrange o conceito de consórcio.

⁶⁴ FRAZÃO. Ana. 2015. *Joint ventures contratuais* [mimeo].

A SCP é regrada no Código Civil Brasileiro, do art.991 ao art. 996. Por vezes, parte da doutrina acaba por confundir a figura da *joint venture* com a sociedade em conta de participação, pelo fato de em alguns casos elas possuírem características similares, tais como um não requisito de constituição de personalidade jurídica, bem como por possibilitarem uma parceria empresarial.

Entretanto, quando analisados de forma atenta, tais institutos se apresentam bastante díspares, como se explanará a seguir.

A primeira diferença que pode ser citada consiste na possibilidade de constituição dessas duas figuras. Enquanto no âmbito da *joint venture*, as partes do contrato serão sempre sociedades, na sociedade em conta de participação existe sempre a possibilidade de um dos sócios ser uma pessoa natural.

Outra distinção se encontra também na possibilidade de constituição de personalidade jurídica, o que é opcional na *joint venture*, mas é vetado no âmbito da SCP.

Uma das diferenças mais evidentes reside nas características dos membros do negócio conjunto. Na SCP existe necessariamente um sócio ostensivo e um sócio participante (oculto), diferentemente da *joint venture*. Como disposto no art. 991 do Código Civil, “a atividade constitutiva do objeto social é exercida unicamente pelo sócio ostensivo, em seu nome individual e sob sua própria e exclusiva responsabilidade, participando os demais dos resultados correspondentes”. Na *joint venture*, tanto a contribuição à atividade, como a questão da responsabilização, e ainda, a repartição dos resultados devem estar definidas no contrato firmado entre os *co-ventures*.

Outra diferença diz respeito à administração do negócio. Enquanto na *joint venture* comumente os sócios dividem a gestão do negócio, em maior ou menor grau de equidade, na SCP a administração é necessariamente exclusiva do sócio ostensivo.⁶⁵

Dissertando sobre a contraposição existente entre a cooperação empresarial e a SCP, Fábio Konder Comparato pontuou de modo bastante acertado que:

a conta de participação apresenta outras características que podem se revelar inconvenientes para a realização do objetivo de colaboração entre empresas já

⁶⁵ BUCHEB, José Alberto, Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil, 2007.

atuantes num mesmo setor econômico: de um lado, a posição oculta ou anônima de um ou alguns dos sócios; de outro, a responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo perante terceiros⁶⁶

Portanto, tendo em vista a referida passagem de Konder Comparato, é de se inferir, por fim, que a SCP não caracteriza de fato uma cooperação entre empresas, o que é típico do contrato de *joint venture*.⁶⁷

⁶⁶ Comparato, F. K. Consórcio de Empresas, Revista Forense, v. 72, nº 256, 1976, p. 6 apud BUCHEB, José Alberto, Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil, 2007.

⁶⁷ O consórcio restou escolhido para esse cotejo, vez que parte da doutrina o considera uma forma contratual diferente de *joint venture*, diferentemente do que se defende aqui. A SCP foi eleita também para essa comparação, visto que, a depender da forma que a *joint venture* assuma, pode esta assumir uma dinâmica próxima a aquele societário. Em outro tópico específico, ainda será abordada uma contraposição entre *joint venture* e sociedade em comum. Para que não restem dúvidas acerca da individualidade da *joint venture* em relação a outros tipos negociais que não lhe são tão próximos, quanto os que serão abordados ao longo do texto, faz-se a seguir nesta nota outras distinções: **1. JOINT VENTURE E CONTRATOS DE INTEGRAÇÃO EMPRESARIAL**- Os contratos de integração empresarial que no momento se apresentam são os contratos que estão comumente relacionados à constituição de redes empresarias. Tal como exposto por Silva Morais, “consiste em um processo atrelado a um plano de distribuição comercial, no qual determinadas empresas buscam assegurar formas diretas de seu produtos e serviços, ou até mesmo, assegurar a reprodução de seu processo produtivo por terceiros, sem para isso se perca o controle material deste processo”.⁶⁷ Trata-se da contratação com terceiros da utilização de sinais distintivos do comércio, dos quais tais empresas sejam titulares, ou ainda a concessão de determinados recursos produtivos, recorrente em relações de longa duração, nas quais se transfere também o risco da atividade aos terceiros anteriormente referidos. Uma espécie bastante conhecida desse tipo contratual é o que chamamos de contrato de franquia, ou, na expressão anglo-saxã, franchising, os quais geram um complexo empresarial de relações permanentes, baseado na reprodução de uma organização-tipo. Há quem entenda que este tipo contratual integra o universo dos contratos de cooperação econômica, dos quais se fez uma exposição anterior, o que poderia levar o observador a uma certa confusão entre esta modalidade e a figura ora estudada, posto que esta última foi enquadrada na presente pesquisa como pertencente ao referido grupo de contratos de cooperação. A fim de sanar qualquer dúvida a respeito dessa possível confusão, explica-se. Partilha-se aqui da posição dos autores que não enquadram o contrato que ora se denomina de integração empresarial no rol dos contratos de cooperação econômica entre empresas. Como restou explanado por Silva Morais, estes contratos possuem um aspecto de comutatividade muito mais evidente que um aspecto de cooperação propriamente dito, segundo o qual o franqueado não se encontra em um cenário de igualdade com a parte franqueadora. Não se vislumbra nessa conjuntura contratual uma função econômica comparável entre as partes, ou um comando compartilhado e nem uma repartição de resultados com um grau mínimo de equidade entre as empresas participantes. Existe nessa forma contratual, uma empresa líder, que coordena toda uma rede empresarial montada e a qual exige retribuições e contrapartidas dos terceiros franqueados, para que estes possam fazer parte desse projeto de expansão pertencente àquela. Portanto, não há que se confundir um contrato de *joint venture* com um contrato de integração empresarial, posto que este nem mesmo pertence ao rol dos contratos de cooperação econômica entre empresas. **2. JOINT VENTURE E CONTRATOS DE COOPERAÇÃO AUXILIAR**- Compreende-se aqui os contratos de cooperação auxiliar como aqueles em que existe certo grau de concertação de atividades, mas o fim comum buscado por esta concertação não se faz resultante de uma convergência de interesses das partes contratantes. O fim comum perseguido nesse tipo contratual só contempla uma das partes envolvidas no negócio.⁶⁷ Prevalece mais uma vez o aspecto comutativo, de troca prestacional, segundo a qual uma entidade colabora para um fim comum que somente interessa à outra parte, esperando em troca uma remuneração, retribuição ou contrapartida. Um exemplo genérico dessa forma contratual é o contrato de mandato, que se encontra disposto no art. 653 do Código Civil Brasileiro. **3. JOINT VENTURE, FUSÃO E INCORPORAÇÃO** - A fusão consiste na operação empresarial que ocorre quando duas ou mais sociedades se unem, a fim de criar uma nova sociedade, perdendo aquelas com isso a independência pessoal que anteriormente possuíam, deixando deste modo de existirem juridicamente.⁶⁷ Desse modo percebe-se que a fusão consiste em uma operação de rearranjo societário, de concentração pura, na qual as partes envolvidas perdem sua independência e deixam de existir, o que em muito discrepa de um contrato de cooperação empresarial, o qual é o tipo contratual a que pertence a *joint venture*. No contrato de *joint venture* é

6. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Neste primeiro capítulo, deu-se um passo importante na direção de se formar um conceito minimamente delimitado de *joint venture*, bem como na observação do grau de autonomia que essa figura realmente possui.

Em um primeiro momento, restou analisada a evolução organizacional da Indústria, a fim de que se compreendesse que função a *joint venture* atingiu em sua versão moderna, de modo que se tornasse mais fácil ainda compreender algumas de suas características elementares. Mostrou-se ao final desse andar inicial que a Indústria se reorganizou por meio do fenômeno da contratualização, que surgiu por meio da utilização dos assim chamados contratos híbridos, classe contratual à qual a *joint venture* pertence.

imprescindível que essa independência jurídica se conserve, bem como se exige que se conserve uma autonomia de funcionamento minimamente satisfativa entre as empresas fundadoras, com já agitado neste estudo. Por esse mesmo motivo, a *joint venture* também Não se confunde com a incorporação, que consiste em uma operação societária na qual uma ou mais sociedades acabam absorvidas por outra, que assume todos os direitos seus direitos e obrigações. Nesta operação, a sociedade incorporada deixa de existir, o que não ocorre com a incorporadora que preserva sua personalidade jurídica. **4. JOINT VENTURE E PARTNERSHIP** A partnership consiste em uma figura originária da Common Law, e surge quando duas ou mais pessoas unem esforços no sentido de concretizar um determinado negócio com vista à realização de lucros. Para tanto, os partnerships fornecem o capital e compartilham a responsabilidade de gerir o negócio com base no acordo firmado interpartes. É interessante ainda ressaltar que as partnerships não possuem personalidade jurídica distinta das de seus fundadores⁶⁷. Devido a este último aspecto, bem como por também ser resultado de uma união de esforços que visa a concretização de um negócio em conjunto, a *joint venture* no começo de sua evolução era recorrentemente confundida com a figura da partnership, como já anunciado no intróito deste trabalho. Entretanto, nos dias atuais, após serem percebidos pelos observadores com mais nitidez os elementos característicos da *joint venture*, não mais se confundem essas duas figuras no mundo jurídico, possuindo cada uma seu espaço próprio. No intuito de se evitar, todavia, qualquer dúvida a respeito dessa distinção, tendo em vista o supramencionado histórico existente, faz-se pertinente citarmos algumas das diferenças mais perceptíveis entre esses dois institutos. A primeira diferença existente entre essas duas figuras reside nas pessoas que as constituem. Enquanto as *joint ventures* possuem como entidades fundadoras duas ou mais sociedades, as partnerships se constituem comumente por pessoas naturais, o que não é admitido no âmbito da aventura em conjunto.⁶⁷ Outra distinção entre estes dois institutos se encontra no regime de partilha de perdas resultantes da atividade em comum desenvolvida. Na partnership essa divisão de perdas é presumida, o que, todavia, não ocorre no âmbito da *joint venture*, no qual tal responsabilização haverá que restar definida em contrato, não havendo presunção. Outra presunção que existe no cenário da partnership e não existe em relação à *joint venture* é a referente ao poder dos participantes em obrigar a entidade comum em relação a terceiros. Naquela figura, existe um poder presumido de qualquer dos participantes obrigar os outros em relação a terceiros. No contrato de *joint venture*, não existe essa presunção. Por fim, a última distinção importante neste momento diz respeito ao intuito personae. Enquanto na partnership o sócio pode vetar a entrada de terceiros na entidade conjunta, na *joint venture* tal prerrogativa não se faz presumida, tendo que ser disposta no contrato.

No segundo passo, buscou-se explicar de modo mais pormenorizado em que consistem esses contratos híbridos, quais os seus graus de cooperação, e quais seus elementos típicos, a fim que se alcançasse ao final da classificação uma categoria específica para os contratos de *joint venture*. Ao término dessa passagem ficou demonstrado que a característica primordial da aventura em conjunto, ora em análise, é o seu elemento organizacional, que dá ensejo à ideia de *empresa comum* defendida por Silva Morais. Para facilitar todo esse entendimento, intentou-se ilustrar por meio de imagens todos os passos percorridos na classificação apresentada.

No encerramento, buscou-se distinguir a *joint venture* de figuras com as quais ela é confundida de quando em vez, buscando-se demonstrar que apesar de algumas semelhanças, a *joint venture* se constitui em forma contratual própria, e como tal deve ser tratada.

Feitas estas observações, faz-se agora pertinente estudar o elemento nuclear da *joint venture*, a organização em comum, bem como alguns outros aspectos do funcionamento contratual dessa modalidade contratual, para que mais tarde, a presente pesquisa possa lograr escolher um conceito adequado que reflita os resultados das observações e análises que vêm sendo feitas. À análise estrutural interna do contrato de *joint venture*, então.

CAPÍTULO 2- ESTRUTURA E DINÂMICA CONTRATUAL

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Como exposto, o instituto em estudo possui natureza contratual. Dentre as formas contratuais possíveis, foi explanado no capítulo anterior que a *joint venture* se encaixa no universo dos *contratos de cooperação*, destacando-se nesse nicho por possuir um núcleo organizacional diferenciado. Mas em que consistiria esse núcleo organizacional? Sob quais formas ele pode se apresentar? Justifica-se distinguir a *joint venture* por sua característica de organização? Justifica-se a expressão emprestada por Silva Morais de *empresa comum*?

Para tanto, em um primeiro momento, será trazido ao trabalho um modelo contratual básico de *joint venture*, a fim de que o intérprete possa compreender mais facilmente como se dá de fato este complexo contratual, ou como pretende chamar Silva Morais, este *sistema de contratos*.

Em seguida, tratar-se-á do que é a maior distinção estrutural existente no âmbito das *empresas comuns* que consiste na divisão entre os mundos das *incorporated joint ventures* e das *unincorporated joint ventures*, ou, das *joint ventures societárias* e das *joint ventures meramente contratuais*, fazendo-se relevante trazer ao debate algumas das ricas discussões que envolvem estas duas categorias de *aventura em conjunto*.

Portanto, de modo genérico, o objetivo do presente capítulo é estudar internamente a estrutura da *joint venture*, tentando-se analisar seu suposto caráter organizacional diferenciado, e algumas das suas possíveis variações de formação, a fim de que reste mais claro o quão peculiar é essa forma contratual.

2. ESTRUTURA DO CONTRATO DE JOINT VENTURE

A percepção do caráter organizacional desse contrato começa por meio de seu planejamento. Ao momento de negociação entre as *co-ventures* sobre a formalização do negócio em conjunto a ser intentado, faz-se necessária a discussão sobre pontos fulcrais da *joint venture*, para que o contrato a ser produzido possa dar corpo de forma fiel e segura à ideia de *joint venture* que as empresas mães têm mente.

Questões como, por exemplo, a adoção ou não de um ente societário, de uma cláusula arbitral para resolução de possíveis conflitos e o local de uma possível sede, são alguns desses pontos fundamentais que devem ser tratados de forma clara e prévia pelas empresas fundadoras. Pode se dizer que uma das características dessa forma contratual é a exigência de um planejamento profundo que esta impõe tanto aos *co-ventures*, como aos advogados envolvidos na elaboração e execução do projeto.

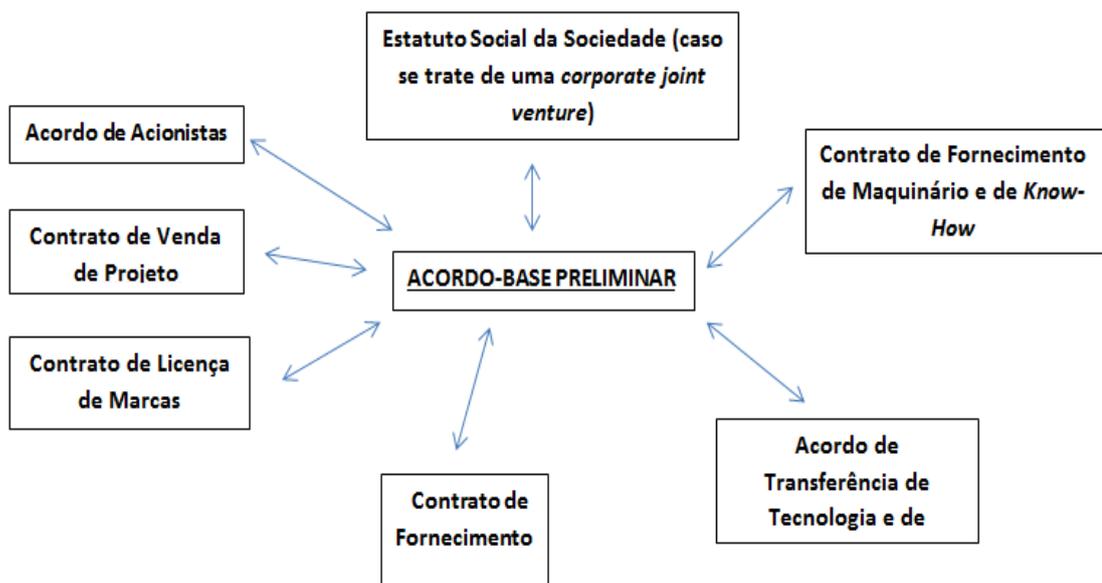
Neste sentido, Maristella Basso traçou uma lista de três passos necessários à criação de uma *joint venture*.⁶⁸ O **primeiro** deles consiste na decisão das empresas fundadoras em se “associar” por meio da cooperação. O **segundo** passo diz respeito a elaboração daquilo que talvez possa ser considerado o coração desse contrato, o *acordo-base*. No acordo base, restará previsto as diretrizes da *joint venture*, tal como o escopo da cooperação, o prazo das metas, o valor a ser investido, a possibilidade de personificação de uma sociedade independente, a participação de cada uma das empresas-mãe no negócio, a partilha de recursos e riscos, o acesso das *co-ventures* ao controle da gestão, etc.

O **terceiro** passo mencionado por Basso consiste na elaboração dos *acordos-satélites*, também chamados de anexos, os quais são enxergados como complementares ao acordo-base. Podem ser acordos-satélites, por exemplo, o estatuto social da nova sociedade em comum (caso tenha se optado pela criação de uma), o contrato de transferência de tecnologia e de assistência técnica (com cláusula de sigilo), contrato de fornecimento e etc.

Para que se tenha uma visão ilustrativa resultante da execução desses três passos sugeridos por Basso, segue abaixo a imagem de uma estrutura simplificada do complexo contratual de uma *joint venture*⁶⁹:

⁶⁸ BASSO, Maristella . Joint ventures: manual prático das associações empresariais.. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.179

⁶⁹ BASSO, Maristella . Joint ventures: manual prático das associações empresariais.. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.180



Após essa primeira ideia da estrutura contratual acima apresentada, faz-se pertinente agora abordar cada um dos componentes basilares da *joint venture* de forma separada para que este *sistema de contratos* não se faça nebuloso ao entendimento do observador.

2.1.ACORDO-BASE

Na descrição de acordo-base acima exposta, acabou-se por chamar este elemento nuclear da figura ora estudada de “coração” do contrato de *joint venture*, tamanha é a importância dele para o surgimento e funcionamento desse modelo contratual.

Neste sentido, o acordo-base foi descrito por Friedmann e Beguin⁷⁰ como sendo uma espécie de *Carta Magna* da *joint venture*, na qual se encontram as bases fundamentais do projeto em conjunto que não carecem – aqui, ser discutidas.

Como exarado por Baptista e Rios⁷¹, nesta *Carta Magna* restam definidos os direitos e deveres fundamentais das empresas-mãe, que posteriormente serão detalhados no âmbito dos anexos, dos acordos-satélites. Em um interessante trilhar dessa analogia do acordo-base enquanto *Carta Magna*, estes autores se referem aos acordos-satélites como sendo elementos que fariam às vezes de leis infraconstitucionais.

Basso ressalta ainda que tal como ocorre na dinâmica das mais variadas Constituições mundo afora, o acordo-base pode e muitas vezes deve sofrer algumas alterações com o passar do tempo, em decorrência, v. g., a mudanças conjunturais, as quais modificam, ou, dificultam o funcionamento dos deveres e obrigações acertados inicialmente.

A supramencionada autora ainda alerta para o cuidado que se deve ter, ao momento de redação do acordo-base, explicitando que para tanto é necessário uma negociação que “leve à mesa” a discussão dos seus pontos basilares, e que deve produzir resultados que especifiquem de forma cristalina aos participantes do negócio, seus direitos e deveres nesta aventura conjunta.

A autora também ressalta a importância do papel do advogado, tanto na negociação, como na redação do acordo-base, o qual deve expor de modo claro a seus clientes todos os aspectos envolvidos no contrato, alertando-os principalmente dos riscos intrínsecos ao acordo conjunto intentado.

De modo didático, Basso aponta seis etapas⁷² que devem ser percorridas para que se consiga um acordo-base hígido, as quais funcionam como uma *check-list* à hora de planejamento da *joint venture*.

⁷⁰ Apud BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.180; Apud Baptista e Rios, in “Aspectos jurídicos del comercio internacional”, Ed.1992, p.216

⁷¹ Apud BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.181; Apud Baptista e Rios, in “Aspectos jurídicos del comercio internacional”, Ed. 1992, p.216

⁷² BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais.*4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.181 e p.182

Na **primeira** dessas etapas, deverá restar delineada a ***definição do projeto***, delimitando assim em que consistirá o projeto em comum. Se será uma indústria extrativa, se consistirá na execução de obras, se a atividade se fundamentará no âmbito da pesquisa e desenvolvimento, se haverá transferência de tecnologia e etc. Também neste primeiro momento, deverão quedar definidas as ***pretensões das co-ventures***, quais os objetivos destas com a *joint venture*, bem como deve ser pensada uma ***estratégia de implantação do projeto***, com determinação dos resultados a serem logrados por este.

Na **segunda etapa**, deve ser definido o ***tipo de joint venture a ser adotado, se contratual ou societário*** (adiante perscrutadas), o que deve ser analisado a partir da lei que será aplicada ao contrato, bem como a partir das necessidades de execução particulares do projeto. Neste momento, deverá ficar determinada também a ***contribuição de cada empresa-mãe à realização da aventura em conjunto***, como por exemplo, o montante do capital social, as máquinas e bens necessários à concretização da empreitada. Definir-se-á à esta hora também o ***local da sede de uma possível sociedade***, caso exista, bem como os ***direitos dos cotistas***, se limitadas; ou acionistas, se for o caso..

Na **terceira etapa**, deve ser discutida a ***administração*** do negócio em conjunto, não importando para tanto o tipo de *joint venture* que foi eleito para o projeto. Deverá ser definido, por exemplo, se essa administração se dará por meio de uma assembleia, de um conselho, de um coordenador ou uma diretoria específica, bem como deve ser analisado como será feita a escolha dos integrantes para qualquer um desses órgãos/cargos.

Na **quarta etapa**, deverá ser decidida a forma de ***financiamento*** do projeto. Qual das co-fundadoras ficará responsável por cada aspecto desta alavancagem financeira, como ela será realizada e onde será obtida, se em um banco nacional, ou estrangeiro, por exemplo.

Como exposto por Basso, a **quinta etapa** consiste na fase de ***implementação*** do empreendimento propriamente dito, definindo-se: *a) os modos de exploração; b) sua implantação; c) a formação de pessoal especializado (se haverá ou não); d) a distribuição de possíveis produtos e lucros; e) a necessidade de contratos satélites de tecnologia, de licença de patentes, de fornecimento e etc.*

Na **sexta e última etapa**, dever-se-á ser definida a ***duração*** do contrato (se por tempo determinado, ou indeterminado), bem como ***outras cláusulas importantes do projeto conjunto*** que versem, por exemplo, sobre a possibilidade de cessão de contrato, solução de

controvérsias (arbitragem normalmente), data de entrada em vigor do contrato, possibilidades de modificação do contrato, pactos de sigilo, registros e notificações, idioma do contrato e etc.

Após a exposição das seis etapas retro, tal qual uma receita de bolo, Basso ainda destaca de forma mais detalhada algumas cláusulas imprescindíveis⁷³ à modulação do acordo-base que versem sobre: *a qualificação das partes; a definição e intenção das partes; os direitos e deveres das partes; a definição técnica e a execução do projeto; a localização do projeto; a imprevisão, força maior ou caso fortuito*⁷⁴; *hardship*⁷⁵; *lei aplicável e foro competente ou opção por arbitragem; modificações futuras; sigilo (caso de transferência de tecnologia e informação, principalmente); formas de comunicação; e idioma.*

Discorrido sobre o acordo-base, é válida uma incursão pelos contratos-satélites da *joint venture*, que servem de complemento, fornecendo um maior detalhamento e solidez à execução do acordo-base.

⁷³ BASSO, Maristela . Joint ventures: manual prático das associações empresariais.4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.183 à p.186.

⁷⁴ BASSO, Maristela . Joint ventures: manual prático das associações empresariais. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.184. Descreve Maristela Basso que essa cláusula “é muito importante, principalmente para as contratações envolvendo empresas sediadas nos países em via de desenvolvimento, onde as surpresas político-econômicas e os terremotos financeiros costumam ocorrer (por exemplo, nenhuma parte será responsável por inadimplemento ou atraso na execução causados por eventos de força maior, aí incluídos, a título de exemplificação, a greve ou outras controvérsias trabalhistas, atos de autoridades governamentais e, em geral, eventos fora do controle da parte que invoque a aplicação da presente cláusula).”

⁷⁵ BASSO, Maristela . Joint ventures: manual prático das associações empresariais. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.184 e p.185. A autora explana que esta cláusula faz-se particularmente importante quando da contratação com alguma empresa advinda de países pertencentes à cultura da Common Law. Basso fala ainda que esta cláusula não deve ser confundida com caso fortuito ou força maior, que são casos previstos na cláusula anteriormente mencionada, apesar de também ser a *hardship* uma figura relacionada à imprevisão. Para explicar devidamente esta cláusula, Basso faz referência a uma passagem de Luiz Olavo Baptista que relata o seguinte, “As partes estão conscientes que este acordo constitui uma base razoável e equitativa para a sua cooperação. Caso durante a vigência deste acordo a situação geral e/ou os dados acerca dos quais as partes se basearam se modifiquem em proporções tais que uma ou outra das partes encontre dificuldades sérias e imprevisíveis, elas se consultarão e deverão fazer prova de compreensão mútua, tendo em vista proceder aos ajustamentos que pareçam necessários em razão das circunstâncias que não eram razoavelmente previsíveis à data de assinatura deste acordo e que afetem o seu caráter equilibrado. A parte que estimar que as condições estabelecidas acima ocorreram, notificará a outra parte por carta registrada (ou outro meio de comunicação eficaz que resulte comprovado), com aviso de recebimento, precisando a data e a natureza do ou dos eventos que derem origem à mudança alegada, mencionando o montante do prejuízo financeiro atual ou a ocorrer e fazendo uma proposta para remediar essa mudança. Qualquer notificação enviada 12(doze) meses após a data de ocorrência do evento alegado pela parte não terá nenhum efeito”. Luiz Olavo Baptista em outra oportunidade ainda completa “As circunstâncias, imprevisíveis sempre, e exteriores à vontade das partes, ao contrário do que ocorre com a força maior, não se devem às forças da natureza ou a fatos de terceiros, mas a movimentos do ambiente do contrato, especialmente os da economia.”(BAPTISTA, Luiz Olavo. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). In Revista de Direito Público, nº 66. São Paulo: RT, Abril/Junho 1983, p.270)

2.2. CONTRATOS-SATÉLITES

Como exposto acima, os acordos-satélites funcionam em relação ao acordo-base, tal como as leis funcionam em relação à Constituição, objetivando pormenorizar determinados pontos do contrato-mãe (acordo-base).

Estes acordos-complementares são, na grande maioria das vezes, imprescindíveis para a realização do projeto conjunto, seja qual for o modelo de *joint venture* adotado pelas *co-ventures*.

Tal como explanado por Maristela Basso⁷⁶, os contratos - satélites podem ser constituídos de dois modos distintos. Em uma primeira hipótese, constrói-se uma teia contratual de forma gradual, de modo que os contratos-complementares vão sendo fechados, um por vez, à medida que as partes acordam sobre o conteúdo de cada um dos contratos de modo individualizado, o que acaba por facilitar a negociação das empresas fundadoras, pois lhes dá tempo para pensar melhor as possibilidades e analisar tanto o contexto conjuntural, quanto estrutural.

Ou, em uma segunda hipótese, na qual todos os contratos são negociados e fechados em conjunto, de modo que a teia contratual dos acordos satélites não se faz formada de modo gradual, como no primeiro caso, mas sim “de pronto”, o que acaba por não ser muitas vezes conveniente às empresas-mãe, tendo em vista a pouca flexibilidade de tempo e análise em relação à outra opção.

Os temas dos acordos-complementares são geralmente contratos de licenciamento de marcas e patentes, estatuto-social, de compra e comercialização, de distribuição, de transferência de tecnologia, de fornecimento, financiamentos, mútuos, avais, garantias e etc.

3. JOINT VENTURE SOCIETÁRIA X JOINT VENTURE CONTRATUAL

⁷⁶ BASSO, Maristela . Joint ventures: manual prático das associações empresariais. 4ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.189 e p.190

Como explicitado previamente, a *joint venture* é um instituto de natureza contratual. Vale recordar, o referido contrato é formado por um núcleo organizacional, integrado pelo acordo-base e pelos acordos satélites.

Ocorre que, em face de alguns fatores conjunturais e, ou, a certas peculiaridades do negócio em comum que se objetiva, as empresas-mãe são levadas a decidir determinadas características fulcrais a serem adotadas pela *joint venture* que se formará, à hora da confecção do contrato, tal como restou explanado no último tópico.

Dentre tais decisões acerca das características mais importantes, destaca-se a escolha entre a **personificação jurídica** do projeto em conjunto, ou a conveniência às *co-ventures* da manutenção de uma **base estrutural meramente contratual** do negócio em comum.

Quando as empresas-mãe optam por emprestar uma personalidade jurídica à *joint venture* a elas pertencente, por meio de um tipo societário específico, surge o que é comumente chamado de *joint venture societária*, ou, como na expressão inglesa, *incorporated joint ventures*.

Quando, todavia, as *co-ventures* elegem emprestar à *joint venture* uma base estrutural meramente contratual, na qual o negócio em conjunto não adquirirá uma personalidade jurídica distinta das empresas fundadoras, apresenta-se o que se conhece por *joint ventures contratuais*, ou, como em inglês, *contractual joint ventures*.

Entre estas duas categorias de empresa comum, existem algumas diferenças de dinâmica e estrutura que serão enfrentadas no decorrer deste estudo. De pronto, entretanto, é importante ressaltar que a diferença crucial entre esses dois tipos é a existência ou não de um ente societário como base do negócio.

3.1. DA POSSIBILIDADE DE REGULAÇÃO DA *JOINT VENTURE* CONTRATUAL PELO DIREITO SOCIETÁRIO

Uma das grandes discussões que envolvem estas duas categorias de *joint venture* consiste em uma possível caracterização de uma *joint venture* contratual enquanto um determinado tipo societário.

Explica-se. As *joint ventures contratuais* podem possuir variados graus de organização. Desde uma organização mais simplificada, sem uma base contratual muito ornamentada, até um sistema de contratos altamente complexo, com um elevado grau de estruturação, patrimônio próprio, divisão de responsabilidades e autonomia de representação perante terceiros, por exemplo.

O problema se coloca quando uma *joint venture* de caráter meramente contratual, a qual não possui um ente societário formalizado juridicamente, passa a adotar uma estrutura e uma dinâmica muito próxima, ou até mesmo igual, à estrutura e à dinâmica típica de uma sociedade normatizada.

A questão que surge desta supramencionada situação é: *deve esta joint venture continuar sendo compreendida como uma joint venture de caráter contratual, ou deve esta ser enxergada enquanto uma sociedade? Qual direito deve ser aplicado à ela, o Direito Contratual ou o Direito Societário?*

Como é de se esperar, surgem na doutrina diferentes posições. Silva Morais, por exemplo, destaca que as diferenças existentes entre a *joint venture* contratual e uma sociedade não devem ser relativizadas, assim como é feito na abordagem de alguns autores, a exemplo de Lima Pinheiro, tendo-se em vista que esta relativização poderia levar a uma confusão da compreensão estrutural de *joint venture*. Silva Morais defende essa posição tendo em vista sua compreensão de contrato de *joint venture* anteriormente exposta que se baseia na ideia de “*empresa comum*”, com elementos distintivos nucleares perceptíveis, possuidora de uma organização central, que pode ser complementada por acordos satélites, e que portanto, por mais que pareça com uma sociedade, deve ser regrada pelo direito contratual, pois possui peculiaridades próprias.

Aponta este autor ainda que quando as relações se tornam por demais complexas e estruturadas no âmbito de uma *joint venture* de caráter contratual, opta-se com grande frequência por se formalizar um veículo societário para atuar no centro do sistema de

contratos da *joint venture*, de modo que essa caracterização não se faria útil ao que tem ocorrido na prática.⁷⁷

Para Silva Morais, essa relativização proposta por Lima Pinheiro ainda seria bastante prejudicial a um entendimento correto da realidade pragmática das cooperações entre empresas no mundo contemporâneo, posto que a utilização das *contractual joint ventures* se faz cada vez mais comum no mundo moderno, tendo as *co-ventures* com frequência optado por estruturas contratuais desprovidas de uma base societária⁷⁸, em vista da maior flexibilidade adaptativa que esse modelo oferece. De modo que caracterizar o tipo contratual enquanto um tipo societário poderia restringir o uso dessa modalidade de *joint venture*, podendo assim a flexibilidade criativa de formação deste contrato, limitando em última análise em certo grau algumas possibilidades de empreendimento que se fazem, em grande medida, de possível concretização por razão da existência da *joint venture* contratual, como soe acontecer, por exemplo, com alguns negócios em conjunto de âmbito internacional. Neste sentido, relata Frazão ao citar Lorenzetti:

Lorenzetti (1996, pp. 42-43) aponta também que a precipitada equiparação das *joint ventures* às sociedades pode comprometer as próprias funções econômicas do instituto, cujo papel de estímulo ao investimento e à internacionalização não é necessariamente compatível com os arranjos societários⁷⁹.

Da perspectiva de Lima Pinheiro⁸⁰, a contraposição entre *joint venture* contratual e societária foi erroneamente importada da *Common Law*, por meio do embate ali existente entre *partnership*, figura que não possui personalidade jurídica e à qual a *joint venture* era costumeiramente relacionada, e a *Corporation*, essa sim juridicamente personalizada.

De acordo com este último autor, nos dias atuais, as *joint ventures contratuais* funcionam com certa organização, chegando em alguns casos a funcionar tal como uma verdadeira sociedade, o que faria ser aplicado nestes casos o Direito Societário.

⁷⁷ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.222 e 223 (rodapé)

⁷⁸ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.221, rodapé

⁷⁹ FRAZÃO, Ana; Joint Venture Contratual; 2015;p.23

⁸⁰ O posicionamento de Lima Pinheiro relativizando essa contraposição se encontra em sua completude exposto entre às páginas 77 e 89 de sua obra PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003

Em uma passagem de sua obra, “*Contrato De Empreendimento Comum (Joint Venture) Em Direito Internacional Privado*”⁸¹, de forma bastante cuidadosa, Lima Pinheiro faz algumas exposições de variações existentes de *joint ventures contratuais*, expondo alguns possíveis elementos existentes nestas *joint ventures* que eventualmente levariam a uma caracterização destas enquanto sociedades, como, por exemplo, a existência de:

- Uma vontade coletiva;
- Uma unidade que atue no tráfico jurídico como ente individualizado;
- Uma sede da filial comum;
- Patrimônio Autônomo;⁸²

Neste mesmo sentido, Maristela Basso relata que para que uma *joint venture* de caráter meramente contratual seja compreendida pelo direito como uma sociedade, faz-se necessário a existência de alguns elementos nessa figura, tal como explanado por Lima Pinheiro, bem como uma análise da divisão de deveres e obrigações das partes envolvidas.⁸³

Ao expor tal pensamento, a referida autora também faz uma observação no sentido de que se é extremamente penoso conseguir se listar com precisão quais seriam os elementos da *joint venture* contratual que deveriam ser percebidos, para que uma possível caracterização enquanto sociedade se fizesse possível, o que também é uma posição defendida por Lima Pinheiro.

De modo meramente ilustrativo, tendo em vista a dificuldade acima reconhecida, Basso expõe alguns dos elementos que em seu entendimento devem ser levados à hora de uma possível caracterização:

- Junção de capitais, insumos, equipamentos, etc;

⁸¹ PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.p. 1046 a 1064

⁸² PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.p. 1054

⁸³ BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.155

- Administração comum;
- Divisão nos lucros e prejuízos, no caso de uma *joint venture* de fins lucrativos;
- Divisão dos riscos e responsabilidades;
- Vontade associar-se (*animus sociandi – affectio societatis*)⁸⁴

Em relação a esses possíveis elementos caracterizadores, Frazão atenta para observação de uma possível existência de um **fundo comum**. Tal como disposto no art. 981 do Código Civil, a partilha de resultados poderia ser entendida como um elemento típico de uma sociedade em comum. Neste sentido, alguns autores, como, por exemplo, Lorenzetti e Valérie Pironon, defendem que uma das características das *joint ventures* contratuais é a não pretensão dos contratantes em criar um fundo comum para receber os resultados do negócio conjunto. Ao invés de dividirem os resultados, apropriar-se-iam individualmente da parte que a cada um cabe no negócio.⁸⁵

Todavia, como exposto por Frazão, essa posição não se faz pacificada na doutrina. Para alguns autores a *joint venture* é definida justamente a partir da indivisibilidade das prestações e da repartição dos lucros e das perdas. Neste sentido, disserta Lima Pinheiro:

Já o *joint venture*, inspirado em 'experiências próprias dos sistemas de common law', seria uma forma de cooperação utilizada para prestações indivisíveis (por natureza ou vontade das partes), em que as partes executam o contrato conjuntamente, repartindo os lucros ou as perdas segundo quotas pré-fixadas, que não são necessariamente referidas a quotas dos trabalhos materialmente exigidos das empresas. O *joint venture* requereria um centro de imputação de custos e receitas⁸⁶.

É de se ressaltar que essas observações que os autores fazem a respeito da possibilidade de caracterização como sociedade não é algo que deve ser objeto de preocupação de toda e qualquer *joint venture* contratual, posto que esta categoria de *joint*

⁸⁴ BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.155

⁸⁵ FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.23

⁸⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.p. 84

venture possui as mais variadas formas, podendo ou não conter os elementos caracterizadores de um tipo societário, como explanado foi por Basso.⁸⁷

Lima Pinheiro também explica que o Direito Societário e o Direito Contratual devem ser analisados em conjunto quando se for observar o comportamento de uma determinada *joint venture*. Afinal de contas, mesmo que se enxergue uma *joint venture* contratual como uma sociedade, faz-se necessário perceber que além da existência de uma suposta relação societária, existem relações de caráter puramente contratual que devem ser regidas pelo Direito dos Contratos. Aplicando-se nestes casos diretivas contratuais e societárias de modo concomitante.

Neste sentido, o referido autor lembra que os contratos de sociedade também são geradores de obrigações de contribuição, de modo que não seria pertinente uma ausência de análise por parte do Direito Contratual a esses contratos, o que em nada prejudicaria sua eficácia societária.⁸⁸

Faz-se interessante reportar que nas sociedades de cultura jurídica romano-germânica, quando uma *joint venture* contratual apresenta uma dinâmica e uma estrutura muito similar a uma sociedade, ela tende a acabar sendo caracterizada enquanto uma sociedade, tendo as empresas mães que responderem e se responsabilizarem enquanto sócias de acordo com a caracterização feita⁸⁹. Tal posição é similar a que é defendida por Lima Pinheiro e por Maristella Basso.

Já na *Common Law*, só se aplica o Direito Societário às *joint ventures* que possuam um ente societário formalizado juridicamente, quando existir uma pessoa jurídica constituída, o que estamos a chamar de *joint venture societária*. Não comportando, portanto, a analogia anteriormente exposta entre *joint venture* contratual enquanto uma sociedade, mesmo que as estruturas da *joint venture* contratual sejam bastante similares à estrutura de determinado tipo societário⁹⁰. Essa posição se faz muito parecida, se não igual, à que é defendida por Silva Morais, tal como acima ficou explanado.

Expostas estas duas opiniões, é de boa monta tecer algumas considerações.

⁸⁷ BASSO, Maristella . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.154 à p.156

⁸⁸ PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.p. 1050

⁸⁹ PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.p. 1050

⁹⁰ PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.p. 1048

Em primeiro lugar, é interessante dizer que se faz compreensível o receio de Silva Morais, de que esta aproximação de algumas *joint ventures* contratuais a uma determinada sociedade tipificada possa comprometer o entendimento da figura ora estudada enquanto possuidora de um caráter organizacional intrínseco a sua estrutura, caso o intérprete observador confunda qualquer caráter organizacional como gerador de uma dinâmica social.

Outro possível receio de defensores desta posição, e que também é uma crítica pertinente, é que esta possível caracterização estaria sujeita a um amplo poder discricionário do órgão fiscalizador competente. De modo que, para que essa caracterização possa ser feita da maneira devida, faz-se necessário o estabelecimento de critérios mais objetivos de análise, a fim de que se possa ser criada uma uniformidade de observação, gerando de tal feita uma maior segurança jurídica, na subsunção da lei ao caso concreto.

A posição defendida por Silva Morais protege, portanto, a característica fundamental do contrato de *joint venture* por ele adotado, isto é, o aspecto organizacional.

É relevante dizer que a abordagem de Lima Pinheiro nesse aspecto é bastante zelosa, vez que o autor demonstra claramente que não será qualquer *joint venture* contratual que poderá ser regida pelo Direito Societário, e que nem mesmo uma organização complexa será argumento motivador suficiente de uma caracterização da *joint venture* contratual enquanto um ente societário. Segundo ele, será necessário observar outros fatores. Nada obstante, o autor não deixa muito claro quais fatores seriam esses.

Nessa discussão acerca de uma possível caracterização de *joint venture* contratual como sociedade, apesar das divergências acima tratadas entre Silva Morais e Lima Pinheiro, percebe-se que os dois concordam na existência de um caráter organizativo do contrato de *joint venture*, apesar de discordarem dos limites dessa organização.

Em meio a esse debate, Frazão pontua algumas questões pertinentes em relação à responsabilidade dos *co-ventures*. Como exposto pela autora, é de se reconhecer a autonomia privada que os contratantes possuem no âmbito de um contrato associativo empresarial, para dispor como bem-entenderem sobre as obrigações recíprocas no negócio em conjunto intentado.⁹¹

⁹¹ FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.20 à p.24.

Frazão cita o exemplo das *joint ventures* contratuais internacionais, as quais são escolhidas pelas empresas mãe como modelo de negócio justamente por possibilitarem o afastamento da responsabilidade solidária entre os sócios, respondendo cada parte de forma limitada, estando responsáveis perante terceiros somente pela execução da prestação que lhes foi confiada à hora do planejamento negocial.

Neste sentido, a autora disserta que não há problemas quando tal regime de responsabilidade limitada disposto pelos *co-ventures* seja imposto a terceiros bem informados. Consistiria essa relação com terceiros bem informados em uma relação simétrica da perspectiva informacional e econômica, ocorrendo a negociação, muitas das vezes, com apenas um dos *co-ventures*.

O problema se colocaria, todavia, quando as negociações dos *co-ventures* ocorressem com terceiros não informados. Seria essa limitação de responsabilidade eficaz perante credores vulneráveis, tais como consumidores, trabalhadores? E em áreas nas quais há grande preocupação com os direitos difusos, tais como a concorrência e o direito ambiental, seria imperativo o regime escolhido pelos *co-ventures*?

Para responder a esse questionamento, Frazão se guia pela lógica aplicada aos contratos de consórcio, a qual possibilita o afastamento da responsabilidade solidária mesmo em relação com terceiros, pelo fato de estes se verem minimamente protegidos ante a exigência de publicidade disposta no § único, do art. 279, da Lei 6.404/76, a qual exprime que “o contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.” Já em relação aos direitos difusos, a autora assevera que é duvidoso que a limitação da responsabilidade possa valer impreterivelmente em todas as ações das consorciadas.

Tendo em vista a lógica já existente em relação aos consórcios, por uma questão clara de segurança jurídica, faz-se delicado defender que os *co-ventures* poderiam afastar a responsabilidade solidária, quando da relação com terceiros vulneráveis e quando a questão for tocante a direitos difusos. Em relação a terceiros vulneráveis, defender tal afastamento nos contratos de *joint venture* seria ainda mais complicado, posto que esse modelo contratual não se encontra obrigado à publicidade, tal como o consórcio.

Frazão explana que uma lógica de responsabilização adequada poderia se dar a partir do mapeamento de quem exerce de fato o poder empresarial, de modo que se possa

equacionar devidamente o “poder” e a “responsabilidade” dos agentes. Neste sentido, disserta a autora:

Por esse motivo, a regulação jurídica da atividade empresarial teve que romper, em diversas searas, com o paradigma da pessoa jurídica e com as soluções tradicionais do direito societário, a fim de imputar ao verdadeiro agente econômico, àquele que verdadeiramente exerce a empresa, as devidas responsabilidades. Esse é o traço comum ao direito do trabalho, ao direito do consumidor, ao direito da concorrência e ao direito ambiental, esferas em que se procura localizar aquele que detém, de fato, o poder de condução da atividade empresarial, independentemente das formas jurídicas pelas quais se estrutura ou se apresenta.⁹²

Sob esta ótica, pouco importa se deverá ocorrer ou não a caracterização da *joint venture* contratual enquanto sociedade. Importa quem exerce a atividade empresarial, quem tem o poder da empresa. Este sim deverá ser responsabilizado. Para tanto, relata Frazão, será necessário saber em que medida os *co-ventures* exercem um mesmo poder empresarial e em que medida determinadas circunstâncias lhes permitem ser considerados um só empresário.

Sobretudo, essa observação acerca da existência dessa possível caracterização de uma *joint venture* contratual enquanto uma sociedade serve como um alerta à hora de se planejar a estrutura do projeto em conjunto a ser empreendido, do contrato de cooperação deste, atentando-se sempre às necessidades do negócio e à base empresarial que ele irá requerer.

Deve-se observar tanto como se dará a dinâmica entre as partes envolvidas no negócio, seus deveres e obrigações, bem como as estruturas necessárias à concretização da *joint venture*.

A partir daí, ciente das nuances estruturais do empreendimento, do sistema jurídico que irá reger o contrato, bem como dos riscos que envolvem uma escolha inapropriada, devem as empresas-mãe eleger como estrutura organizacional da *joint venture*, ou uma base societária, ou uma base meramente contratual.

⁹² FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.24

3.2 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS ACERCA DA *JOINT VENTURE* MERAMENTE CONTRATUAL

Em grande medida, já se relatou no presente trabalho inúmeras características do contrato de *joint venture*. De modo que o que se buscará fazer nesse ponto será somente ressaltar os pontos mais importantes do contrato, como também as particularidades da categoria de *contractual joint venture*.

Posto isso, destaca-se que a *joint venture* de caráter meramente contratual é baseada em um complexo contratual de relações obrigacionais de caráter cooperativo. Trata-se de uma vinculação colaborativa, voluntariamente assumida que surge em sua completude de uma relação *ex contractu*.⁹³ Vale lembrar que a *joint venture*, enquanto contrato de cooperação, encontra-se inserida no espectro dos contratos de fim comum, devendo-se ressaltar, portanto, que uma das características desse tipo contratual extra-legal estudado é a busca a um objetivo comum, por meio de uma comunhão de interesses entre as partes do negócio, o que não exclui todavia a possibilidade de as empresas-mãe apresentarem alguns interesses distintos, não devendo estes, entretanto, prejudicar a persecução do fim comum acima abordado.

Salutar também recordar a este passo o caráter de *integração* e de *organização* anteriormente mencionados. O primeiro se faz relevante principalmente a uma análise concorrencial e o segundo é basilar ao entendimento desta figura como uma categoria de contrato híbrido individualizada.

Destaca-se nesse tipo contratual ainda a necessidade de um elevado grau de *boa-fé* entre as partes, *de honestidade, de lealdade, de reciprocidade, de confiança e de justiça*, que são características que acabam levando essa relação a uma *tendência de prolongamento no tempo*. Todos esses aspectos anteriormente tratados levam muitos observadores a lembrar bastante de uma relação entre sócios, e de uma importante característica dessa relação, qual seja, a de *affectio societatis*.

No caso de uma relação de *co-ventures* de uma *joint venture* meramente contratual, todavia, o *animus contrahendi* das empresas fundadoras não chega a tanto. Contudo, faz-se

⁹³ JAEGER, Walter; Joint Ventures: Membership, Types and Termination; p.1

bastante pertinente nessa conjuntura se falar em *affectio cooperandi*, o qual envolve obrigações de cooperação, de negociação, de assistência e de fidelidade⁹⁴, e traduz ainda uma vontade de participar ativamente de uma obra coletiva, de um trabalho em conjunto.

Como já descrito foi anteriormente, esse contrato é composto por um acordo-base e por alguns contratos-satélites que o complementam. Possui, portanto, uma organização profunda e muito particular. Não há nesse modelo estrutural a formalização de uma pessoa jurídica, como no caso da *joint venture* societária.

Essa categoria de *joint venture* se faz muito útil no mundo contemporâneo, pois é facilmente adaptável aos mais diversos sistemas jurídicos e econômicos, diferentemente do tipo societário, que acaba sofrendo algumas restrições e um maior controle da ordem jurídica, a depender do país em que se encontre localizada sua sede ou onde se dê a execução de sua aventura conjunta.

Pode-se listar alguns dos principais motivos para se optar pelo modelo de *joint venture* contratual, tais como, *evitar nacionalizações, a transitoriedade do investimento, o grau de confiança entre as partes, a rigidez das fórmulas societárias acolhidas pelas legislações nacionais, a limitação dos riscos de concentração e a excessiva oneração social e tributária de atividades produtivas*.⁹⁵

Vale por fim dizer que este contrato de *joint venture* possui as mesmas formas de extinção que a maioria dos outros tipos contratuais como; por exemplo, a sua execução total, a violação, o abandono, a rescisão, ou mútuo acordo. E é na extinção do contrato que reside outra vantagem da *joint venture* meramente contratual segundo alguns autores, vez que seria teoricamente mais simples uma mera extinção contratual que uma extinção societária⁹⁶

A título ilustrativo, faz-se interessante comentar que várias *joint ventures* são formadas a fim de realizar um projeto único de tempo determinado, tal como a construção de uma barragem, em uma situação tal que quando a barragem for executada em sua totalidade,

⁹⁴ LUIZA, Maria Perereia; Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede

<http://jus.com.br/artigos/3098/acordos-de-cooperacao-entre-empresas-e-o-efeito-rede/2#ixzz3ak39kFuA>

⁹⁵ OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria –Parcerias empresariais e Joint Ventures; in Magistra, Banca e Finanza; Disponível em: <http://www.tidona.com/pubblicazioni/settembre02_7.htm#_ftnref7BITTAR>. Acesso em 22/06/15. *apud* Carlos Alberto. Contratos comerciais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 2ª ed, p.214

⁹⁶ <http://www.wisegeek.com/what-is-an-unincorporated-joint-venture.htm>. Acesso em 22/06/15.

extingue-se de pronto o contrato, finda-se a relação cooperativa existente entre as empresas fundadoras, o que acaba por não ocorrer na dinâmica pertencente a uma sociedade.

3.3 CONSIDERAÇÕES ADICIONAIS ACERCA DA *JOINT VENTURE* SOCIETÁRIA

Em primeiro lugar, é interessante aqui se ter uma visão ampla da estrutura que comporta esse modelo de empresa comum. Na *incorporated joint venture*, existe um ente societário distinto das empresas fundadoras, acoplado em meio ao *sistema de contratos* característico da *joint venture*, o qual consiste no complexo contratual ilustrado acima na figura de Maristella Basso, formado pelo acordo-base e seus contratos-satélites.

Vale dizer que esse complexo contratual formado por acordo-base, ente-societário e contratos-satélites, é pensado logo ao momento de negociação das bases da *joint venture*, de modo a se criar certa harmonia entre cada uma das partes desse sistema, o qual ainda é composto em uma perspectiva mais ampliada pelas figuras das empresas fundadoras.

Diante deste complexo de relações acima exposto, surge uma discussão no âmbito da *joint venture* societária acerca do grau de relevância do ente societário em meio a esse conglomerado contratual.

De acordo com o pensamento exarado por Silva Morais⁹⁷, quando as *co-ventures* optam por adotar como forma negocial uma *incorporated joint venture*, o ente societário que ali é constituído passa a se tornar o *centro efetivo do funcionamento da empresa comum*.

Em outra direção, Lima Pinheiro⁹⁸ relata que o ente coletivo possui um alcance muito limitado dentro do contrato de cooperação de uma *joint venture* societária. Para este autor, frequentemente a base societária adotada apresenta um papel puramente instrumental, secundário ou até mesmo marginal em meio a todo o complexo contratual da *joint venture*.

⁹⁷ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.222

⁹⁸ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.p. 79- 83

Neste sentido, importa mais ao funcionamento das *joint ventures* as relações entre as empresas fundadoras que se encontram externas à sociedade constituída.

Compartilhando dessa mesma posição, Luiz Olavo Baptista em seu trabalho “*Les associations d'entreprises(joint ventures) dans le commerce international*” destaca:

Très fréquemment, la joint venture existe sans société commune, ou celle-ci n’y joue qu’un rôle secondaire, ou encore n’est elle créée qu’à une phase donnée du déroulement des accords. Le choix entre “corporate joint venture” dotée d’une entité commune et “non-corporate joint venture” reposant sur d’autres procédés, par exemple des participations croisées ou des accords purement contractuels, dépend souvent de considérations extra-juridiques, notamment fiscales ou psychologique(...)⁹⁹.

Na intenção de validar sua posição, Lima Pinheiro cita uma gama de casos solucionados por meio da arbitragem, que segundo ele refletem este aspecto marginal do ente societário dentro da *joint venture*. Silva Morais, por sua vez, alega que o espectro de casos analisados por aquele autor foi por demais restrito, não representando, portanto, a realidade de dinâmica das *incorporated joint ventures*.

Tendo em vista estes dois modos de se enxergar a sociedade inserida no meio do complexo contratual de uma *incorporated joint venture*, faz-se pertinente a este passo se tecer alguns breves comentários.

De início, é de se reconhecer que uma sociedade posta em meio ao sistema contratual de uma *joint venture* pode sim possuir um alcance “limitado”, já que existem relações

⁹⁹ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.222, rodapé Apud BAPTISTA, Luiz e DURAND-BARTHEZ; “*Les associations d'entreprises(joint ventures) dans le commerce international*”, p.49 “Frequentemente, a joint venture existe sem empresa conjunta, ou esta só possui um papel secundário, ou ainda é criada somente para uma fase determinada de desenvolvimento de acordos. A escolha entre uma corporate joint venture, possuidora de uma entidade comum, e uma joint venture contratual, depende, sobre outras coisas de considerações extra-jurídicas, principalmente de caráter fiscal ou psicológico”(Tradução Livre)

externas à ela que prezam por uma concertação global do negócio empreendido, que buscam coordenar as vontades e interesses das empresas fundadoras.

Todavia, é válido relatar que essa “limitação” em nada impede que o ente societário constituído no meio do sistema contratual acabe por se tornar o centro de funcionamento de determinada *joint venture*. Muito dependerá do grau de limitação que as *co-ventures* queiram dar ao ente societário.

Deste modo, entende-se aqui ser pouco frutífera esta discussão acerca da limitação do ente societário dentro de uma *incorporated joint venture*, ao menos do modo como tal discussão é posta por Lima Pinheiro e Silva Moraes.

Os referidos autores emprestam um caráter constante à sociedade conjunta dentro da *joint venture*, ao mesmo tempo em que os dois reconhecem que o que cada um deles defende não ocorre de forma obrigatória em toda e qualquer *joint venture*. Pergunta-se então, por que querer considerar regra o que reconhecidamente não o é?

A ausência de um espectro observacional satisfatório é um obstáculo que permeia todas as discussões existentes no universo das *joint ventures*, impedindo, em várias oportunidades, diversos pesquisadores de fecharem uma posição coerente acerca de determinados debates.

Nessa discussão que ora se coloca, sobre o alcance da sociedade dentro do *joint venture*, além de os dois autores em suas abordagens reconhecerem que nenhuma dessas posições são sempre obrigatoriamente observadas, existe mais um obstáculo importante à tentativa de generalização de qualquer uma das teses defendidas, qual seja, o fato de o debate acima apresentado girar em torno de *tipos societários*.

Ora, sabe-se que existem inúmeras formas societárias pelo mundo, mesmo na Europa, onde o debate entre esses dois autores se coloca na maior parte do tempo, existem diversos tipos societários em diferentes países. Até mesmo se o debate se colocasse no âmbito de um único país, enfrentaria sérios problemas, posto que mesmo em um único país existem diversas formas societárias, como é no caso do Brasil, com as limitadas, S.A's, Sociedades em Conta de Participação, em comandita simples e etc, as quais possuem características e dinâmicas distintas em maior ou menor grau, a depender dos tipos que se compare.

Como então se faz possível intentar mapear a uniformização de um determinado comportamento, se os objetos observados, produtores de tais comportamentos, podem ser bastante distintos?

Entende-se aqui que não se faz pertinente, ante os obstáculos expostos, tentar generalizar o alcance das sociedades conjuntas em meio ao sistema contratual das *incorporated joint ventures*.

Relevante somente saber que a depender de uma série de fatores, a sociedade eleita pelos *co-ventures* poderá funcionar como mero instrumento complementar do complexo da empresa comum, ou como centro efetivo de funcionamento desta. Dentre estes fatores, é de se ressaltar a vontade das empresas-mãe, o tipo societário escolhido, o sistema jurídico ao qual a empresa comum estará submetida, bem como as necessidades e características do negócio conjunto a ser perseguido.

Saber que essas duas possibilidades são tangíveis a este tipo de *joint venture*, e que não há, portanto, uma tendência de atuação do ente societário em meio ao complexo contratual da *joint venture*, posto que tal tendência não se faz minimamente comprovável, pelos motivos que acima restaram expostos, é de relevante importância à hora de uma análise devida, seja do Direito Contratual, Societário ou Concorrencial, pelos órgãos fiscalizadores competentes. Uma pré-concepção errada de uma tendência não comprovável pode guiar tais análises ao erro desde o início da observação.

Dito isto, é de se ressaltar ainda três aspectos típicos dos contratos de sociedade que são também perceptíveis na empresa comum do tipo *corporated*, tal como resalta Maristela Basso¹⁰⁰:

- a) *a entrada com que os participantes contribuem para possibilitar a execução em comum do projeto ou operação;*
- b) *a repartição dos lucros ou prejuízos;*
- c) *o interesse comum dos participantes de que a associação atinja seus objetivos, em razão do qual exercem ou controlam a gestão do empreendimento;*

¹⁰⁰ BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais*. 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.44

Basso atenta ainda que, no âmbito desta categoria de *joint venture*, faz-se importante ter em conta ao momento de seu planejamento:¹⁰¹

a) o modelo legal de sociedade que será adotado, as contribuições a que se obrigam os sócios e os direitos de participação que caberão a cada um; b) preferência para adquirir participação do sócio que pretender transferi-la a terceiros; c) direito de voto nas deliberações sociais – se o contrato não é entre dois empresários com igual participação – proteção dos sócios minoritários contra modificações na sociedade por deliberação da maioria; d) a composição e atribuições dos órgãos de administração e mecanismos que assegurem a cada sócio representação nesses órgãos e poder de escolher um ou alguns administradores; e e) política de distribuição de lucros.

Apropriado ressaltar ainda, tal como abordado foi por Le Pera¹⁰², e como anteriormente já se foi abordado em outras oportunidades, que a escolha por uma *corporate joint venture*:

depende de vários fatores, principalmente a natureza do projeto e as características da legislação aplicável a essa sociedade. Se o projeto requer um investimento significativo em bens de ativo fixo (plantas, equipamentos) cuja a amortização deverá ocorrer de maneira mais ou menos linear, no curso de um período prolongado, a criação de uma sociedade ad hoc não é somente aconselhável, mas, em alguns casos, provavelmente necessária.

Ante o exposto, percebe-se que um contrato de *joint venture* societária requer atenção a várias e importantes questões, as quais devem ser previamente discutidas nas negociações de planejamento pelas empresas fundadoras, a fim de que a probabilidade de conflito futuro entre estas seja minimizada.¹⁰³

¹⁰¹ BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.45

¹⁰² Le Pera(1984, p.84) apud BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.45

¹⁰³ BAKAJ, Giovanna; *Joint Ventures Internacionais: da Estrutura à Função*; 2013

4. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O capítulo que ora se finda buscou analisar como se dá a organização da estrutura contratual da *joint venture*, o que permite a constatação do caráter organizacional diferenciado que esse contrato híbrido possui e que é alegado por parte da doutrina.

Um sistema que é composto por um acordo base e outros satélites, do modo como restou acima exposto, não se faz presente em outra forma contratual que se tenha conhecimento. Consiste em uma forma de se estruturar muito particular e que dá amplo respaldo ao surgimento de uma autonomia por parte desse núcleo organizacional comum, mesmo que este não seja formalizado enquanto um ente societário.

Buscou-se também apresentar as duas formas possíveis na qual essa estrutura se apresenta, a *joint venture societária* e a *contratual*, a fim de que restasse mais claro como são amplas as possibilidades de formação dessa forma contratual, e quais debates mais importantes essa flexibilidade suscita. Foi mais uma tentativa de se entender de outra perspectiva, que não as anteriormente apresentadas, como se dá o funcionamento dessa estrutura.

Ao final, a análise estrutural de uma perspectiva contratual interna como se fez neste capítulo, em conjunto com a análise proposta no primeiro capítulo, de uma perspectiva mais ampla do contrato de *joint venture*, dá respaldo à presente pesquisa para buscar e encontrar um conceito de *joint venture* que lhe seja satisfatório, tendo em vista as características contratuais que até este momento se observou, bem como permite a tentativa de uma delimitação minimamente razoável do grau de autonomia que a figura ora estudada atinge. Estas serão as questões enfrentadas doravante.

CAPÍTULO 3- A BUSCA POR UM CONCEITO SATISFATÓRIO E A TENTATIVA DE AUTONOMIZAÇÃO

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Tendo em vista o que até o momento quedou apresentado, o que é então *joint venture*?

Ao se planejar a estrutura de apresentação da presente pesquisa, existia a possibilidade de se adotar um conceito que norteasse o estudo desde o início e a partir deste conceito fazer uma análise que tentasse explicar os elementos que lhe constituíam, bem como existia a opção de primeiramente constatar, entender e justificar a existência desses elementos no contrato de *joint venture*, para que depois se pudesse motivar a escolha de um determinado conceito.

Este autor pensou ser argumentativamente e didaticamente mais eficaz optar pela segunda opção, posto que este considera ser mais fácil e lógico à cognição um processo de construção conceitual, que um processo de desconstrução conceitual.

Dito isso, faz-se pertinente, a este passo, relatar que diante das análises feitas, pôde-se se constatar a existência de alguns elementos característicos da forma contratual ora estudada, os quais nos permitiram fazer algumas distinções e comparações que concedem ao contrato de *joint venture* uma certa autonomia.

Em um momento posterior, analisou-se o elemento que parte da doutrina afirma ser o núcleo elementar do contrato de *joint venture*, qual seja, seu alto grau de organização, restando esse constatado por meio da observação de formação e funcionamento e sua estrutura que se deu no capítulo anterior.

Após este caminho percorrido, vale agora encontrar um conceito que consiga satisfazer os resultados das observações que até o momento foram realizadas. Bem como será

importante posteriormente definir minimamente o quão autônomo esse modelo contratual logra ser.

Em sùmula, o objetivo desse capítulo consiste na busca por um conceito adequado à ideia de *joint venture* e na tentativa de delimitação da autonomia que ele possui hoje.

2. CONCEITO DE *JOINT VENTURE*

Para que se possa adentrar agora em uma discussão acerca da base conceitual do termo *joint venture*, faz-se interessante mais uma vez pincelar uma primeira e rasa ideia do que a referida expressão pode significar. Neste sentido, é imperativo expor que, de modo demasiadamente abrangente, superficial e falho, *joint venture* é uma associação de sociedades, que se concretiza a fim de realizar determinado (s) negócio (s), empreendimento(s) em conjunto.

Tal como exposto anteriormente, o termo nominativo e a forma organizativa “*joint venture*” evoluíram historicamente de modo muito peculiar. Como relatado foi, a espécie organizativa que ora se estuda só adquiriu uma nomenclatura à época das expedições ultramarinas na Grã- Bretanha, quando o direito anglo-saxônico a nomeou primeiramente de *joint adventure*.

Esta denominação acabou por ser criada baseada na ideia de “risco”, tendo em vista a insegurança dos negócios para os quais estes empreendimentos em comum eram formados. Por este motivo, usou-se naquele tempo a designação “aventura em conjunto”¹⁰⁴, para qualificar essa modalidade de empreitada.

O termo evoluiu para *joint venture* ainda em terras britânicas, como acima restou demonstrado, na Escócia mais precisamente, e é exatamente com esta nomenclatura que tal espécie de empreendimento em comum nasce nos Estados Unidos ainda muito ligada à ideia de *partnership*.

¹⁰⁴Tradução Livre.

A jurisprudência norte-americana passa então a se referir à expressão “*venture*” como sinônimo de “empresa”, a qual em raras oportunidades também era nomeada de “*enterprise*”. Luiz Olavo Baptista relata que esse significado de “empresa” emprestado pelos tribunais estadunidenses à “*venture*” consiste no mesmo significado de “empresa” encontrado na *Civil Law*, porém ligado sempre a uma ideia de risco¹⁰⁵.

Com este começo de discussão nas cortes norte-americanas, tanto a jurisprudência, como a doutrina, começaram a buscar lapidar de modo mais preciso o conceito de *joint venture*.

Dito isto, faz-se interessante, em um primeiro plano, expor alguns dos conceitos que surgiram ao longo do tempo, para que em um segundo momento se possa discutir elementos base da definição do termo que ora se discute.

Feitas estas considerações, transcreve-se a seguir alguns dos conceitos de *joint ventures* existentes mundo a fora:

Joint Venture é o ajuste tendente a combinação de capitais ou de técnicas entre empresas diferentes, com ou sem o surgimento de nova personalidade jurídica¹⁰⁶

É uma modalidade de ‘partnership’ temporária, organizada para a execução de um único ou isolado empreendimento lucrativo e usualmente, embora não necessariamente, de curta duração. É uma associação de pessoas que combinam seus bens, dinheiro, esforços, habilidade e conhecimentos com o propósito de executar uma única operação negocial e lucrativa. ”¹⁰⁷

Genericamente, a joint venture constitui instrumento flexível de colaboração entre empresas, cuja complementação de especialidades e esforços vêm a ser melhor empregadas de modo conjunto na realização de determinado empreendimento.

¹⁰⁵ BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture” – Uma Perspectiva Comparatista. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 42, abril/junho 1981, p.45.

¹⁰⁶ BITTAR, Carlos Alberto. Contratos comerciais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 2ª ed., p. 213 apud OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria –Parcerias empresariais e Joint Ventures; in Magistra, Banca e Finanza; http://www.tidona.com/publicazioni/settembre02_7.htm#_ftnref7

¹⁰⁷ SMITH, Len Young e ROBERSON, G. Gale, in the law of Corporations. Mineola, N.Y. : The Foundation Press, Inc. 1971 apud OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria –Parcerias empresariais e Joint Ventures; in Magistra, Banca e Finanza; http://www.tidona.com/publicazioni/settembre02_7.htm#_ftnref7

Sua caracterização e conseqüente definição é construída caso a caso de acordo com a natureza do empreendimento, o objeto da associação, a atuação dos parceiros, dentre outros fatores”¹⁰⁸.

The joint venture is an association of two or more persons based on contract who combine their money, property, knowledge, skills, experience, time or other resources in the furtherance of a particular project or undertaking, usually agreeing to share the profits and the losses and each having some degree of control over the venture¹⁰⁹.

É possível perceber diante dos conceitos acima transcritos que existe uma diversidade grande de opiniões sobre o que de fato viria a ser uma *joint venture*. Como bem percebido foi por alguns estudiosos, essa diversidade conceitual ocorre em grande parte pelo fato de a *joint venture* ser um conceito de caráter muito mais econômico que propriamente jurídico, o que acaba fazendo com que o conceito jurídico se torne flexível para que possa se adaptar às problematizações econômicas que se apresentam no contexto de uma determinada aventura em conjunto.¹¹⁰

Tal como explanado por Silveira Lobo, “a moderna joint venture é um campo livre para autonomia da vontade e, portanto, para o exercício da imaginação criadora dos homens de negócio”.¹¹¹

Assim sendo, faz-se necessário que se eleja no presente trabalho um conceito que abranja todas, ou a maior parte, das variáveis que um conceito da estudada figura organizacional possa apresentar, bem como um conceito que possa transmitir os principais elementos que distinguem a *joint venture* de outras figuras existentes no meio jurídico.

Dentre os conceitos estudados, o que acabou por contemplar de modo mais satisfatório os anseios anteriormente apresentados foi o conceito constante na obra do autor português Luís Domingos Silva de Moraes, *in verbis*:

Em nosso entender, a figura de **empresa comum** (“joint venture”), corresponde a uma **relação de conteúdo complexo**, estabelecida entre entidades que

¹⁰⁸ OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria –Parcerias empresariais e Joint Ventures; in Magistra, Banca e Finanza; Disponível em: <http://www.tidona.com/pubblicazioni/settembre02_7.htm#_ftnref7BITTAR>. Acesso em 22/06/15.

¹⁰⁹ Williston, op. cit. § 318. Joint Ventures at p. 554. apud JAEGER, walter; Joint Ventures: origin, nature and development; 1960; p.7

¹¹⁰ BAKAJ, Giovanna; Joint Ventures Internacionais: da Estrutura à Função; 2013

¹¹¹ 10 LOBO, C. A. da Silveira. As Joint Ventures. Revista de Direito Renovar, vol. 1, janeiro/abril 1995, p. 78. Apud BAKAJ, Giovanna; Joint Ventures Internacionais: da Estrutura à Função; 2013

explorem **empresas** com a finalidade de realizar **em comum** e **num quadro de concertação**, um determinado **projeto empresarial**, mantendo em contrapartida, numa determinada esfera, minimamente apreciável, a sua **autonomia jurídica** e uma **capacidade própria** de determinação do seu **comportamento comercial** nesse mesmo âmbito¹¹².

Exposto o conceito que norteará a partir daqui o presente estudo, faz-se necessário ressaltar, esclarecer e discutir mais pormenorizadamente os elementos contidos nele, os quais já foram inclusive anteriormente apresentados, a fim de que se torne mais palpável à cognição qual é de fato a figura que ora intenta analisar, bem como de modo que se justifique devidamente a base conceitual escolhida.

3. ELEMENTOS DISTINTIVOS, CONCEITUAIS, ELEMENTARES E TIPOLÓGICOS

3.1. EMPRESA

Em primeiro lugar, é interessante atentar para a tradução escolhida pelo supramencionado autor para a expressão inglesa *joint venture*, a qual foi nesta oportunidade traduzida como “empresa comum”, tradução esta que foi feita de forma criteriosa, tal como se explicará mais adiante.

Entretanto, antes de se adentrar no mérito da discussão que resultou na escolha pela tradução de “*empresa comum*”, é necessário que se elucide de pronto do que se trata o termo “*empresa*”, que nada mais é que a coluna vertebral da tradução ora eleita.

O conceito de *empresa* que se adota na presente pesquisa é um conceito que busca ser útil a uma ideia de referência de *joint venture*, de modo que se possa delimitá-la da maneira devida.¹¹³ Para tanto, faz interessante seguir um conceito de *empresa* que se faça

¹¹² SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.172

¹¹³ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.149

adaptável aos mais variados sistemas jurídicos, bem como que se siga um conceito que satisfaça à diversidade formal típica da *joint venture*.

Deste modo, faz-se justificável a adoção de um conceito de *empresa*, tal como o que é formulado por Silva Morais:

Empresa é uma ideia determinada de empreendimento de natureza econômica - visando enquanto tal, gerar resultados econômicos novos, de qualquer tipo (num quadro de objetivos de economicidade de gestão que não se confundem necessariamente com a prossecução de um escopo lucrativo no sentido mais estrito do termo) – que se manifesta obrigatoriamente na e através da realização de uma **atividade, com certas características definidoras (de natureza comercial, no sentido mais lato da expressão)**, em condições de relativa estabilidade e autonomia enquadrada por uma **unidade jurídico-econômica assente numa organização que combina funcionalmente, e de acordo com determinado programa produtivo, meios de natureza e qualidade diversas**¹¹⁴. (grifos meus)

Ante o conceito exposto, é pertinente ressaltar duas características nucleares da identidade de “*empresa*” que ora se pretende alcançar e que acima se sublinha: o caráter *institucionalista* e o caráter de *atividade*.

A concepção de empresa enquanto instituição abarca uma ideia de obra, empreendimento, um empreendimento com *contornos econômicos* e *reconhecimento social*, o qual funciona de modo *organizado, permanente (estável), e autônomo*.¹¹⁵

Frisa-se aqui a noção de uma *organização própria*, a qual é dotada de *permanência (estabilidade)*, o que acaba remetendo o pensamento a uma ideia de “*instituição-organização*”.¹¹⁶

No que tange ao *caráter de atividade*, a *empresa* é compreendida como um “*encandeamento ordenado e sistemático de atos orientados para a prossecução de determinadas finalidades de tipo econômico*”¹¹⁷.

¹¹⁴ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.156 e p.157

¹¹⁵ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.154

¹¹⁶ COSTA TEIXEIRA, Ana Bárbara; A Empresa-Instituição; Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; 2010

¹¹⁷ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.154

Esta ideia de *empresa* enquanto atividade foi internalizada por alguns ordenamentos jurídicos pelo mundo, como é o caso, por exemplo, do conceito que encontramos no Código Civil Brasileiro de 2002, em seu artigo 966, o qual entende *empresa* como “atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”¹¹⁸

Tal entendimento também pode ser encontrado no Código Civil Italiano de 1942, que descreveu *impresa* (“*impresa*”) como “atividade econômica organizada com vista à produção ou circulação de bens e a prestação de serviços”.¹¹⁹

É interessante que se diga que essa ideia de *empresa* enquanto atividade, que se encontra nos supracitados códigos italiano e brasileiro, em muito foi influenciada pelo trabalho do jurista italiano Alberto Asquini, mais precisamente pelo perfil funcional que o autor emprestou à empresa, ante o qual empresa “*seria aquela particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo.*”¹²⁰

Portanto, a definição de “*empresa*” contida no conceito de *empresa comum*, consiste em uma definição do termo baseada nas concepções de *atividade* e *instituição*, a qual gera uma ideia de ***unidade econômica organizada***. Apesar de se reconhecer aqui a existência e importância, em outros contextos, de outros perfis existentes de *empresa*, tal como são seus perfis subjetivo e objetivo¹²¹, estes não se fazem pertencentes à definição ora adotada.

3.1.1 EMPRESA E SEU CARÁTER ORGANIZACIONAL

Percebe-se que tanto nos aspectos de *atividade* e *instituição* da *empresa* sobressai-se um caráter elementar de *empresa*, qual seja, a **organização**.

¹¹⁸ Código Civil Brasileiro de 2002; art. 966.

¹¹⁹ Código Civil Italiano de 1942; art. 2082 apud SILVA MORAIS, Luis, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, p.155

¹²⁰ http://www.catho.com.br/cursos/index.php?p=artigo&id_artigo=227&acao=exibir. Acesso em 22/06/15.

¹²¹ SILVA MORAIS, Luis, *Empresas Comuns (Joint Ventures)*, no *Direito Comunitário da Concorrência*, p.157 e 153; Sentido Subjetivo de empresa- empresa como sujeito jurídico que realiza certa atividade econômica; Sentido Objetivo- empresa como estrutura produtiva de certos bens e serviços.

Neste sentido, tal como com exposto foi por Silva Morais, ao ressaltar este caráter organizacional de *empresa*, é pertinente pontuar o entendimento de que a obra conjunta (*empresa enquanto instituição*) se concretiza por meio de uma concatenação de atos ordenados (*empresa enquanto atividade*), que se caracteriza por possuir como base uma “**organização estável de fatores produtivos**”, a qual poderá possuir diferentes formas jurídicas, a partir da constituição e manutenção do polo organizacional acima referido, com titularidade pertencente a pessoas físicas ou jurídicas.¹²²

Deste modo, frisa-se que a *empresa*, tal como aqui se expõe, é entendida como um “**organizado centro direto de imputação de interesses**”,¹²³ o qual ganha corpo por meio de uma determinada figura jurídica, sendo esta personalizada ou não.

Esta visão de *empresa* enquanto organização, reflete de modo bastante útil a estrutura contratual que se apresentou no segundo capítulo deste trabalho. Adotar esse conceito, essa tradução, é primordial à ora da análise de um determinado contrato. O observador, para detectar ou constatar a existência de uma *joint venture*, buscará em sua análise elementos que ensejem o surgimento de uma *organização autônoma*, como a que foi apresentada anteriormente.

Se o observador não tem esse caráter organizacional em mente como característico da *joint venture*, o contrato analisado possivelmente não restará esclarecido em sua totalidade, podendo ser ocultadas várias finalidades dentro dele que seriam impróprias ao mundo jurídico e ao mercado.

3.2. A escolha da Tradução. EMPRESA COMUM X EMPREENDIMENTO COMUM: Núcleo Organizacional e Relações Obrigacionais. A discussão entre Silva Morais e Lima Pinheiro.

¹²² SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.157 e 158

¹²³ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.221

Explicado agora o conceito de *empresa* adotado, faz-se pertinente em sequência explicar a escolha da tradução de *joint venture* feita no presente trabalho, a qual consiste na mesma expressão adotada por Silva Morais em sua obra, “*empresa comum*”.

O cuidado com a referida tradução não se trata meramente de um processo de escolha estilística de palavras. Muito mais além, a escolha da tradução, que ora se discute, está intensamente ligada com uma problematização de caráter estrutural da *joint venture*.

Dito isto, faz-se pertinente adentrar na discussão surgida há alguns anos atrás, entre dois autores portugueses, que, diga-se de passagem, constituem a espinha-dorsal da pesquisa ora proposta, Luís de Lima Pinheiro e Luís Domingo Silva Morais.

Vale antes somente relatar, que, para essa discussão conceitual, analisaremos unicamente as duas definições de Lima Pinheiro e Silva Morais, não meramente pelo fato de este debate se projetar por meio de termos e expressões em português, mas pelo fato de ele abordar com riqueza vários dos pontos fulcrais do conceito de *joint venture*, de modo a contemplar satisfatoriamente possíveis discussões existentes que poderiam ser trazidas por outros conceitos.

Lima Pinheiro em sua obra “*Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*”, traduz o termo “*joint venture*” como sendo “*empreendimento comum*”.¹²⁴

Em suas próprias palavras, contratos de **empreendimento em comum** (*joint venture*, em seu modo de enxergar esta figura) seriam “*os contratos celebrados intuitu personae entre entes empresariais jurídica e economicamente independentes entre si, para a realização de um **empreendimento em comum**, mediante uma concertação das atividades das suas empresas ou a exploração de uma **empresa comum** complementar.*”¹²⁵

Em outra passagem de sua obra, Lima Pinheiro complementa: “*o **empreendimento comum** não consiste necessariamente numa atividade econômica realizada por uma organização comum. Em certas hipóteses, as empresas participantes podem cooperar na realização do empreendimento estabelecendo entre si uma mera relação obrigacional. Noutras hipóteses, a organização em comum pode ser uma mera estrutura complementar,*

¹²⁴ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.p. 266

¹²⁵ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003. p. 266 e p.267

de coordenação das atividades empresariais individuais. Empreendimento comum não implica, portanto, empresa comum.¹²⁶

Para se encerrar aqui o conceito de Lima Pinheiro, no que esta definição importa à discussão que adiante se projetará, faz-se necessário relatar que o referido autor entende que quando existe uma **empresa comum** fruto de determinado **empreendimento comum** (joint venture, segundo esse autor), aquela deverá se encontrar **permanentemente em uma teia de relações obrigacionais, sujeita ao domínio conjunto das empresas mães, em uma correlativa condução de relações ininterruptas entre essas e a empresa comum.**¹²⁷

Neste sentido, Silva Morais foi bastante feliz ao sintetizar a visão de “*joint venture*” defendida por Lima Pinheiro:

Em termos gerais, este autor concebe empreendimento comum como toda a operação econômica concreta ou atividade econômica exercida **com certa permanência** e susceptível de gerar um resultado econômico que, em princípio, beneficie todas as empresas participantes. Todavia, considera a denominada **empresa comum**, caracterizada pela criação de um pólo organizacional-frequentemente de base societária- apenas como **uma das variáveis possíveis de concretização do empreendimento comum**. Sustenta, inclusivamente, que a **empresa comum** pode constituir, tão só, **um elemento acessório ou relativamente secundário, numa tessitura complexa de relações obrigacionais que globalmente configurem um empreendimento comum**¹²⁸.

Exposto isso, faz-se pertinente enveredar na discussão que abarca as divergências existentes entre os conceitos de Lima Pinheiro e Silva Morais. Como relatado anteriormente, Lima Pinheiro utiliza a expressão **empreendimento comum** para traduzir o termo anglo saxão “*joint-venture*”, enquanto Silva Morais, opta por utilizar a expressão **empresa comum**.

Nota-se, ao se revisitar os dois conceitos acima apresentados, que a opção dos dois autores, ao escolherem palavras distintas para a figura ora estudada, deve-se a uma questão

¹²⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003. p. 41

¹²⁷ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003. p. 332 e p.333

¹²⁸ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.292

de divergência de entendimento estrutural da *joint venture*, e não por uma divergência meramente estilística, como anteriormente se fez avisado.

Lima Pinheiro entende que a *joint venture* se concretiza por meio de relações obrigacionais, concertadas entre as empresas mães, podendo, ou não, possuir um núcleo organizacional em comum, o qual ele nomeia de **empresa comum**. Deste modo, Lima Pinheiro relativiza em seu conceito a importância desse referido núcleo organizacional. Para este autor, a **empresa comum** é um mero componente acessório do **empreendimento em comum**. Fazendo-se somente existir tal empresa, caso os *co-ventures* (empresas mãe), optem por concretizá-la, o que ocorre na grande maioria das vezes por meio da constituição de uma sociedade.

Em outra direção, Silva Morais entende que o caráter organizacional se faz obrigatório à figura da *joint venture*. Para esse autor, existe um *núcleo organizacional comum mínimo indispensável*¹²⁹ para que se faça possível dar vida à figura contratual ora estudada. Segundo sua compreensão, é exatamente este caráter organizacional que distingue a figura de *joint venture* de outras modalidades tantas de cooperação interempresarial econômica, tal como se fez possível perceber no primeiro capítulo desta pesquisa¹³⁰

É justamente pela importância que o autor enxerga no aspecto de organização dessa modalidade de cooperação, que Silva Morais opta por eleger **empresa comum** como sendo a tradução mais adequada da figura ora estudada. Tal como acima foi explanado, ao se apresentar o conceito de *empresa* adotado por este autor, o caráter da organização se faz presente tanto na concepção de *empresa* enquanto *instituição*, quanto em sua concepção enquanto *atividade*.

Por fim e em resumo, Silva Morais compreende que o núcleo concretizador de uma *joint venture* consiste em um *polo organizacional estável*¹³¹, formado a fim de realizar determinada atividade empresarial em conjunto, podendo ainda ser reforçado por um nexo obrigacional externo a este núcleo, existente entre as *co-ventures*, e entre estas e a **empresa comum** (*joint venture*).

Já Lima Pinheiro enxerga a *joint venture* como um nexo obrigacional complexo existente entre as empresas fundadoras, baseado em relações de cooperação permanentes,

¹²⁹ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.294

¹³⁰ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.297

¹³¹ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.295

acordadas a fim de realizar determinado empreendimento conjunto, o qual pode, ou não, ser complementado por um núcleo organizacional institucionalizado (este sim a **empresa comum** para Lima Pinheiro), por opção e conveniência das empresas mãe.

Ante o exposto, faz-se necessário dizer que a presente pesquisa compartilha e adota a ideia de *joint venture* defendida por Silva Morais, ou seja, **empresa comum**, pois diante da análise que se fez dos contratos híbridos, analisando as características de todas as categorias de cooperação existentes, bem como diante da exposição da estrutura do contrato de *joint venture* no segundo capítulo, não há como não se constatar que o contrato de *joint venture* possui uma organização mais requintada que os outros tipos que lhes são próximos.

Em primeiro lugar, o estudo daquela estrutura apresentada no segundo capítulo, deixa claro ser possível conceber a *joint venture*, tal como a ideia de *empresa* exposta por Silva Morais. O acordo-base, os contratos satélites e as outras relações obrigacionais existentes entre os *co-ventures* dão amplo respaldo para que o surgimento de uma *empresa*, nesse sentido, aconteça.

Tal afirmação se faz comprovável, por exemplo, por meio da discussão existente acerca de uma possível caracterização da *joint venture* contratual enquanto uma sociedade em comum. Percebe-se que mesmo quando a *joint venture* tem um caráter meramente contratual ela alcança uma organização e funcionamento tais que levam alguns operadores do Direito a quererem reconhecê-la enquanto sociedade. E diga-se, essa é uma discussão típica do contrato de *joint venture*, a percepção de um ente parecido com uma sociedade não se faz tão comum, por exemplo, no âmbito de um contrato comutativo, de mera cooperação econômica, ou mesmo em contratos associativos, pois não existe uma organização típica nesses contratos que permite tal “confusão” com tanta reincidência. Na *joint venture*, existe.

Em segundo lugar, pergunta-se, se não fosse a organização a característica nuclear típica da *joint venture*, o que a distinguiria, por exemplo, dos contratos associativos?

Não é sem motivo que esses tipos contratuais são diferenciados até hoje, não é sem motivo que investidores optam por um tipo ou por outro quando vão intentar um novo negócio em conjunto. A evolução da *joint venture* levou ao surgimento dessa organização em comum nos moldes aqui apresentados, a evolução dos contratos associativos não foi

tão longe. Caso contrário, estar-se-ia aqui usando os dois nomes como fungíveis, todavia, eles não o são.

Até mesmo o próprio Lima Pinheiro atesta a organização do contrato de *joint venture* em várias passagens de sua obra. Ele não a adota, todavia, enquanto empresa comum, segundo ele, pelo fato de que os vários significados existentes de empresa pelo mundo poderia comprometer o entendimento correto da figura.¹³² Não se compartilha aqui desse entendimento de Pinheiro, pois entende ser óbvia a busca pela compreensão por parte do observador ao ver a expressão pela primeira vez de “*empresa comum*”. O observador vai procurar saber do que se trata aquela expressão, do mesmo jeito que o faria se visse pela primeira vez a expressão “*empreendimento comum*”.

Nem mesmo se justificaria o argumento de que a ideia de “*empreendimento comum*” se explicaria de modo mais rápido e mais fácil que a expressão empresa comum. Basta uma rápida folheada nas igualmente homéricas teses de doutorado dos dois autores, que se constroem em cima da criação dessas expressões, para se atestar o que ora se defende.

De modo que, mesmo Lima Pinheiro constatando esse grau de organização superior na *joint venture*, não conseguiu traduzir a expressão inglesa de um modo que ilustrasse essa organização de maneira tão clara como o fez Silva Morais.

Por isso, optou-se neste trabalho por entender *joint venture* como *empresa comum*. A partir deste ponto, estas expressões serão utilizadas de modo fungível.

3.3. INTEGRAÇÃO (CONCENTRAÇÃO)

Em primeiro lugar, ao compreender a figura *joint venture* como obrigatoriamente possuidora de um núcleo organizacional indispensável, Silva Morais ressalta uma característica basilar de um contrato de **empresa comum**, qual seja, o seu caráter de *integração*, ou, em termo advindo do direito concorrencial, seu caráter de *concentração*.

¹³² PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.

Uma das grandes particularidades existentes no contrato de *joint venture*, tal como nos outros tipos contratuais de cooperação qualificada, é a tensão que surge por meio da dinâmica existente entre seus aspectos de *cooperação* e de *concentração*, típicos da **empresa comum**. O conceito defendido por Lima Pinheiro, todavia, só ressalta o aspecto *cooperativo* do modelo contratual ora estudado, tendo em vista que seu conceito se centraliza nas relações obrigacionais existentes entre as empresas mãe. *Empreendimento*, para este autor, engloba somente a ideia de atividade, tal como já restou explanado, o que subalterniza, deste modo, o caráter de *integração* que se faz notório, principalmente, por meio do núcleo organizacional existente na **empresa comum**, vez que é no âmbito desta organização diferenciada que as *co-ventures* deixam de competir, em prol do fim comum perseguido. O conceito de *empresa* trazido por Silva Morais ressalta a concentração existente no contrato. O conceito de *empreendimento* trazido por Lima Pinheiro, não. O surgimento de um *novo ente econômico* já pressupõe concentração¹³³, enquanto a mera concertação de atividade entre dois contratantes, não. Percebe-se aí mais um motivo para adoção de *joint venture* enquanto **empresa comum**.

A compreensão da tensão entre *cooperação* e *concentração* existente não só nos contratos de *joint venture*, mas em outros contratos de cooperação qualificada, os quais foram explanados anteriormente, consiste em um dos grandes problemas enfrentados globalmente pelos órgãos reguladores da concorrência.

Tal questão é abordada nos mais diversos trabalhos, como é o caso da interessante obra de Peter Buckley e Jonathan Michie¹³⁴, bem como nas obras dos próprios Silva Morais¹³⁵ e Lima Pinheiro.¹³⁶

O uso fraudulento da *joint venture* para “esconder” ou “dissimular” operações de *fusão* ou *aquisição*, por exemplo, tem sido somente um dos problemas que os supracitados órgãos competentes têm enfrentado recorrentemente mundo afora.

¹³³ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015 ; Neste sentido, disserta caixeta que as formas que caracterizam um ato de concentração são (i) formação de uma empresa comum, ou (ii) reunião, aumento ou transferência de ativos empresariais ou (iii) exercício de poder de comando ou gestão, entendendo-se este último como qualquer forma de influência na condução dos negócios empresariais de qualquer das empresas relacionadas

¹³⁴ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996

¹³⁵ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.546.; O próprio título já sugere o estudo desse problema, ao ser composto pela seguinte frase, “no direito comunitário da concorrência”.

¹³⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado. Almedina: Coimbra, 2003.p. 340

Deste modo, relativizar esse caráter basilar de *integração* da *joint venture* pode ser algo bastante comprometedor no que importa, principalmente, a uma análise do ponto de vista do Direito Concorrencial.

3.4 AUTONOMIA DA EMPRESA COMUM

Como já explicado anteriormente, entende-se nesta pesquisa que o contrato de *joint venture* leva ao surgimento de uma unidade econômica empresarial própria, que consegue se distinguir das estruturas das empresas fundadoras, mesmo que não possua personalidade jurídica.

Neste sentido, vale tratar outro problema que ora se enxerga no conceito construído por Lima Pinheiro, o qual tange à questão da *autonomia* da **empresa comum**. Como já abordado anteriormente, a **empresa comum** em seu conceito de *joint venture* é compreendida como um elemento optativo das empresas-mãe, complementar do **empreendimento em comum**.

De modo que, segundo a visão deste autor, quando lhes é conveniente, elas criam um polo organizacional acessório do **empreendimento comum** (*joint venture*, para Lima Pinheiro), concretizado na **empresa comum**, ou *filial comum*, como também é por ele descrita, geralmente por meio de um ente societário.

Ocorre que na visão do referido autor, esta **empresa comum** está **permanentemente** situada em meio a uma “*teia de relações obrigacionais*”¹³⁷ acordadas entre as empresas mãe, sujeita a uma condução coordenada das *co-ventures*, até que se encerre o determinado **empreendimento comum** (*joint venture*, em Lima Pinheiro).

Como descrito nas palavras do próprio autor, de sua perspectiva:

a filial comum está geralmente presa numa teia de vinculações jurídicas que coordenam a sua atividade com a das sociedades fundadoras e as atividades entre si. E depende de um conjunto de atribuições sucessivas e (ou) contínuas a realizar pelas empresas fundadoras, feixe de obrigações regulado por cláusulas

¹³⁷ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.293, grifos meus.

do contrato-base e por acordos de execução, que não constam e, em muitos casos não podem fazer parte do contrato constitutivo da **filial comum**

O equívoco do autor, neste ponto, ocorre no momento em que ele empresta uma dependência obrigatória e constante da *joint venture* em relação às empresas fundadoras. É claro que eventualmente as empresas fundadoras poderiam coordenar em determinado grau as atividades e funções da **empresa comum** com suas próprias atividades, por meio de uma teia de vinculações jurídicas, de um nexos obrigacional existente entre elas.

Todavia, essa coordenação comportamental não é uma condição *sine qua non* para a existência da **empresa comum**. Diga-se de passagem, em várias ocasiões essa coordenação de atividades se faz inclusive não recomendável, tendo em vista, por exemplo, que essa coordenação poderia acabar afetando a concorrência em determinado mercado.

Neste sentido, vale dizer que a **empresa comum** não depende condicionalmente de um “conjunto de atribuições sucessivas e (ou) contínuas a realizar pelas empresas fundadoras”. Existem inclusive, diga-se, empresas comuns com um nível tão elevado de autonomia e autossuficiência de meios, que no direito da concorrência são caracterizadas como “entidades que desempenham todas as funções de uma entidade econômica autônoma”, as quais se fazem pertencentes à categoria das **empresas comuns** de concentração.¹³⁸ Categoria esta que só foi criada a partir da constatação da existência dessa autonomia por meio da análise de casos realizada por órgãos reguladores da concorrência em todo o mundo. Uma consequência disso é que essas *joint ventures* mais autônomas, denominadas *full fuctions joint ventures*, foram previstas no art. 3(4) da regulação europeia de concentração (Regulamento nº 139/2004 do Conselho Europeu):¹³⁹

¹³⁸ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.294

¹³⁹ REGULAMENTO (CE) N.º139/2004 DO CONSELHO de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, (Regulamento das concentrações comunitárias). Disponível em http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Reg_CE_139-2004controlo_das_concentracoes_de_empresas.pdf. Acesso em 22/06/15.

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

No momento de criação da **empresa comum**, é natural que ocorra uma forte dependência da **empresa comum** em relação às empresas fundadoras, de modo que, por exemplo, estas repassem à *joint venture* meios de produção, capital de giro, e determinem outras tantas obrigações que cada uma delas deverá cumprir em relação à empresa conjunta, e entre elas próprias. Todavia, nada obsta que, após a formação da **empresa comum**, ela adquira autonomia própria e passe a não mais depender da coordenação de suas empresas-mãe, mesmo que essas possuam o controle conjunto da *joint venture*.

Silva Morais ainda ressalva que mesmo em ocasiões onde existam **empresas comuns** autônomas e autossuficientes, como anteriormente se descreveu, poderá sim existir inúmeras relações obrigacionais entre as *co-ventures*, e entre estas e a **empresa comum**, que complementem as relações existentes internamente ao núcleo organizacional conjunto.¹⁴⁰

Portanto, atenta-se aqui à necessidade de se reconhecer um determinado espectro de *autonomia* pertencente às **empresas comuns**, que é desconsiderado por Lima Pinheiro. Apesar de relações obrigacionais que possam vir a existir entre os *co-ventures*, ou entre estas e a **empresa comum**, nada impede que, após a criação desta, ela acabe se tornando autossuficiente.

3.5 . NÃO OBRIGATORIEDADE DE UM FIM LUCRATIVO IMEDIATO

Outro ponto do conceito adotado que se faz interessante ressaltar é a não obrigatoriedade de um carácter lucrativo imediato na empresa comum. Como pode ser percebido, em momento algum na definição adotada se expôs uma necessidade de a *joint venture* ter como objetivo o “lucro”.

¹⁴⁰ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.294

A empresa comum pode servir, por exemplo, meramente para uma atividade de pesquisa e desenvolvimento das empresas-mãe, na qual os objetivos imediatos principais serão, por exemplo, a troca de informação e o aperfeiçoamento de tecnologia.

Faz-se importante esclarecer esta finalidade não necessariamente lucrativa, tendo em vista que alguns autores anteriormente disseminaram, em seus conceitos de *joint venture*, uma suposta obrigatoriedade de lucro, como é o caso, por exemplo, de Rowley, o qual enxerga a *joint venture* como “uma associação de duas ou mais pessoas para produzir uma única empresa comercial (business enterprise) de fins lucrativos”¹⁴¹

Esse suposto aspecto lucrativo também foi ressaltado reiteradas vezes em decisões de cortes americanas, quando estas começaram a analisar a figura ora estudada, entretanto, a obrigatoriedade deste aspecto na constituição da *joint venture* já se faz superada entre os doutrinadores mais modernos.

Também se faz relevante no presente trabalho se dissertar um pouco sobre este aspecto, posto que poderia haver alguma dúvida em relação a essa ideia de lucro, tendo em vista a expressão que foi adotada na presente pesquisa, qual seja, **empresa comum**.

De modo que se explica desde já, a fim de que possíveis confusões sejam evitadas, que a noção de “*empresa*” que ora se compartilha, tal como aqui já foi anteriormente tratada, em nada externa uma necessidade de um escopo lucrativo.

Em síntese, apesar de existirem inúmeras *joint ventures* que perseguem o lucro imediato, essa não se faz uma característica obrigatória da **empresa comum**. As *joint ventures* de Pesquisa e Desenvolvimento são exemplo disso.

3.6. PRESERVAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS CO-VENTURES

Tal como anteriormente se fez necessário reconhecer uma certa “autonomia” que as empresas comuns possuem, faz-se também imperioso dissertar brevemente sobre a conservação da independência das empresas-mãe (*co-ventures*), em relação a empresa comum que estas possuem.

¹⁴¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. A “*joint venture*” – Uma Perspectiva Comparatista. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 42, abril/junho 1981, p.43.

Neste sentido, é de se esclarecer que, para que uma determinada operação de cooperação entre empresas possa ser caracterizada como *joint venture*, faz-se necessário que as *co-ventures* conservem sua independência em níveis mínimos de aceitabilidade, no que tange a suas atividades e funções, em relação à empresa comum criada.

Ora, caso, após a criação da *joint venture*, as empresas-mães passem a concentrar suas atividades na empresa-comum, de modo que as atividades externas à empresa comum que cada uma delas desempenhem se tornem quase que inexpressivas, não há o que se falar mais em *joint venture* e sim em uma “*pura atividade de concentração de empresas*”¹⁴²

Mesmo que em termos formais existam ali três entes jurídicos, na prática passa a existir somente um organismo. Essa é uma prática bastante usada, por exemplo, para se tentar burlar as leis antitrustes, escondendo por meio de contratos de *joint venture* operações de *fusão e aquisição* que possivelmente não seriam permitidas.

Cria-se todo um complexo contratual confuso, cuja confusão é feita de forma proposital, aproveitando-se da flexibilidade formal desta figura contratual, dá-se a tal complexo o nome de “*contrato de joint venture*” e tenta-se burlar, com isso, a regulação da concorrência.

Portanto, frisa-se, é necessário que todas as empresas-mãe participantes preservem a sua independência em relação à empresa comum criada, para que assim possam ser devidamente reconhecidas verdadeiramente como *joint ventures*.

3.7. UM NOVO CENTRO DE DECISÃO. CONTROLE COMUM/COMPARTILHADO

O elemento típico de controle comum¹⁴³ defendido por grande parte da doutrina, ou, posto de outro modo, de ausência de controle, é algo que já se faz perceber no nome

¹⁴² SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.172

¹⁴³ FRAZÃO, Ana; Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As; Rio de Janeiro; Renovar, 2011,p.79; O conceito de controle apresentado por Frazão, consistiria no “poder supremo da companhia e à prerrogativa de dirigir a atividade empresarial e dispor do patrimônio social com certa estabilidade.” Todavia, faz-se pertinente comentar que esse controle que será abordado nesse tópico não decorre necessariamente de laços de capital, mas sim de laços contratuais, tendo em vista a existência da *joint venture* contratual, tal como explana Frazão (2015, p. 19) Desta forma, seria mais

que traz a expressão “*joint*” *venture*. Tal elemento também se faz presente pelo fato de a *joint venture* ser um dos modelos de cooperação mais próximos da concentração total (contratos societários), o que faz com que este modelo contratual seja um dos tipos de cooperação mais aguda. Segundo os defensores desse elemento típico, seria preciso haver um poder de interferência e atuação razoável de todas as empresas-mãe em relação à *joint venture*.

Esse elemento de controle comum foi um dos primeiros a transparecer ao começo da individualização da *joint venture* enquanto um tipo contratual com certa autonomia. Como constata Jaeger, ao analisar nos idos de 1960 vários julgados da Suprema Corte norte-americana do começo do século XX, à época de sua análise já havia um consenso formado de que um “*right of control*” era devido a todas as *co-ventures* participantes do projeto conjunto. Como explanado pelo referido autor, era esperado algum grau de controle mútuo como essencial à aventura em conjunto.¹⁴⁴

Nesse mesmo sentido, expressa Maristella Basso ao citar Lamy Filho e Bulhões Pedreira:¹⁴⁵

No tocante ao poder de controle nas *joint ventures*, devemos alertar para o fato de que essa noção é incompatível com a de empreendimento comum¹⁴⁶. Lamy Filho e Bulhões Pedreira (op.cit. 414) são enfáticos a esse respeito: “Na *joint venture* é tudo diverso (da sociedade anônima aberta e, mesmo, de certas companhias fechadas): a titularidade da maioria do capital votante é irrelevante se o quórum das decisões é aumentado; os cargos administrativos são previamente partilhados entre os sócios; ninguém manda sozinho, ninguém controla. O empreendimento é comum, a gestão é comum, o controle é comum.

Esse elemento de controle comum, ou de ausência de controle, seria também importante à hora de se distinguir o contrato de *joint venture* de outras operações. Por exemplo, em uma situação de concentração vertical, a depender do tamanho das empresas e do tamanho do negócio em conjunto intentado, poderia haver uma *joint venture*

pertinente falar aqui “em qualquer forma de influência na condução dos negócios empresariais de qualquer das empresas relacionadas”(CAIXETA, 2015)

¹⁴⁴ JAEGER, walter; *Joint Ventures: origin, nature and development*; 1960;p.10.

¹⁴⁵ BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002, p.46.

¹⁴⁶ A fim de se evitar qualquer confusão de nomenclatura, faz-se pertinente dizer que Basso usa empreendimento comum nessa passagem como sinônimo de *joint venture*.

constituída em termos meramente formais, na qual o controle exercido na prática por apenas uma das partes poderia caracterizar uma operação de *aquisição*.

Em um contrato tão complexo, é de se esperar que o controle acabe não sendo diluído em proporções exatamente iguais, mas, segundo parte da doutrina, seria necessário preservar um poder de interferência de todos os *co-ventures* na execução, fiscalização e organização da empresa comum.

Frazão aponta que esse elemento característico de controle compartilhado deve ser analisado com grande cuidado. Ele não é visto por parte da doutrina como elemento típico obrigatório do contrato de empresa comum. Às vezes, mesmo em uma *joint venture* “50%-50%”, o arranjo contratual se dá de tal modo que a direção da empresa comum acaba quedando somente sob os cuidados de um dos *co-ventures*, assumindo o outro contratante uma função de caráter passivo¹⁴⁷. O que Buckley e Casson descreveram como uma *sleeping role*.¹⁴⁸

A referida autora anota que essa possibilidade existente na *joint venture*, de um dos contratantes acabar assumindo o controle da empresa, mostra que a empresa comum pode funcionar como alternativa a grupos econômicos, visto que possibilitaria a dominação por vínculos meramente contratuais. Nesta direção, comenta a autora:

Sob esse ângulo, as *joint ventures* poderiam ser consideradas até mesmo como instrumentos geradores de um controle externo parcial, que se projeta, a priori, no exercício da empresa comum, mas que pode se estender para outras atividades. Daí o acerto da conclusão de Andrea Astolfi (1986, pp. 11-13) de que as *joint ventures* são modalidades de concentração por coordenação, alternativas às formas usuais de aquisição de poder de controle ou influência dominante sobre uma empresa ou mesmo a constituição de uma empresa afiliada inteiramente controlada. Por essa razão, Carlos Alberto Bittar (2010, p. 181) aponta que as *joint ventures* vêm substituindo operações de aquisição de empresa ou de controle¹⁴⁹.

Deste modo, é de se fazer algumas ressalvas quando da adoção do controle compartilhado (ausência de controle) como elemento caracterizador de empresa comum.

¹⁴⁷ FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.19

¹⁴⁸ BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization”, OUP, 1996, p.411

¹⁴⁹ FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.20

Certo é que, ou compartilhado pelas contratantes, ou exercido por somente uma delas, surge no contrato de *joint venture* sempre um novo centro de decisão, de controle empresarial, que irá comandar as atividades da empresa comum.¹⁵⁰

3.8 FIM COMUM

Uma das características basilares do contrato de empresa comum é o fim comum perseguido pelas partes. Esse fim comum consiste em uma ideia de solidariedade de interesses entre as partes, seguindo uma lógica que expressa um entendimento mútuo de que as vantagens de um contratante são também vantagens para a outra parte.¹⁵¹

Não se trata somente da ideia de realização conjunta de um determinado projeto, muito além disso, fim comum também expressa aqui uma ideia de compartilhamento de ganhos e perdas, a qual se faz necessária para o surgimento de unidade empresarial autônoma. Neste sentido disserta Caixeta:¹⁵²

Como desdobramento imediato do “fim comum”, o segundo elemento distintivo das *joint ventures* diz respeito à assunção comum do risco empresarial, tendo em vista que tal circunstância é inerente à própria ideia de empresa comum. A consecução de um escopo em comum requer, necessariamente, uma manifestação de vontade das partes em cooperar ativamente para um resultado específico, sempre numa situação de igualdade de participação nestes resultados. Daí porque a disposição das contratantes em arcar com lucros e prejuízos decorrentes da atividade desenvolvida conjuntamente é uma consequência direta da existência de um escopo em comum entre elas.

¹⁵⁰ FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.20

¹⁵¹ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.72

¹⁵² CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.58

Não por outro motivo, o compartilhamento de risco foi entendido por Frazão como um dos quatro elementos característicos necessários à existência de uma empresa comum, *in verbis*:¹⁵³

A partir destas características iniciais, Ana Frazão (2015) procurou, assim, destacar quatro aspectos essenciais desta modalidade, a partir dos quais é possível identificar a existência de uma joint venture entre as empresas relacionadas. São elas: (i) a existência de um fim comum; (ii) o compartilhamento de risco entre os co-ventures; (iii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes, que se dá tanto por alterações societárias ou contratual e (iv) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial.”(grifos meus)

4. POSSIBILIDADE DE AUTONOMIZAÇÃO DA FIGURA

Ante tudo o que foi exposto até o momento, qual seria o grau de autonomia que a empresa comum atinge atualmente no plano contratual? Seria possível uma definição mínima dessa autonomização?

Como se faz de curial sabença, o contrato de *joint venture* é fluido em demasia, podendo apresentar as mais variadas formas, chegando muitas vezes a ser confundido com determinados tipos societários e outras formas contratuais. Todavia, essas confusões, antes muito recorrentes, hoje já se fazem dirimidas devido a uma certa evolução na compreensão dessa figura ao longo do último século, que permitiu a observação de elementos típicos que lhe são pertencentes, tal como anteriormente relatado.

A pergunta que se coloca a este passo é, estes elementos que lhes são nucleares seriam capazes de lhes conceder uma autonomização completa enquanto um tipo contratual absolutamente individualizado?

¹⁵³ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.58

Compartilha-se aqui o pensamento de que não cabe ao mundo jurídico tentar engendrar esta forma contratual em um tipo jurídico “rígido” que possa vir a lhe podar as inúmeras e encantadoras, por assim dizer, composições negociais que esta figura permite.

Tal intento consistiria não somente em um desrespeito ao jurista criativo, bem como em um freio sem nexo à economia globalizada, privando desta maneira a sociedade de modelos negociais que consistem não só na melhor, como muitas vezes, na única solução dos mais variados problemas.

Entretanto, uma abordagem jurídica muito elástica, ou abstrata, a respeito desta curiosa figura, poderia causar sérias confusões teóricas a bases já existentes no mundo do Direito, bem como poderia ser a causa de inúmeros problemas no mercado global, principalmente no que tange ao mundo da concorrência empresarial.

Deste modo, entende-se aqui que se faz necessário ao Direito buscar se adaptar a esta figura, de modo a compreender sua estrutura, sua dinâmica e suas funções, amoldando-a, distinguindo-a e configurando-a juridicamente entre as figuras e institutos já conhecidos, sem lhe podar a flexibilidade estrutural, o que lhe é talvez seu componente mais atraente, e lhe “salvando”, ao mesmo passo, do uso impróprio e das confusões com outras figuras tantas que lhe são muito próximas, porém distintas.

Exatamente por isso, buscou-se nas análises feitas até aqui, emprestar-se uma certa “autonomização” jurídica a esta forma contratual. Uma autonomização que consiste em distingui-la de outros tipos contratuais existentes, ressaltando os elementos que lhes são basilares e definidores. O resultado objetivo dessa autonomização feita por meio de elementos nucleares, a qual começou no primeiro capítulo e se encerra neste tópico, é o de que o contrato de *joint venture* apresenta as seguintes características típicas:

- (i) apresenta um elemento central de **cooperação**;
- (ii) persegue um **fim comum**;
- (iii) apresenta um caráter de integração (**concentração**) empresarial parcial;
- (iv) possui uma **organização diferenciada**, uma *empresa comum*;
- (v) conserva a **independência jurídica** das sociedades contratantes;
- (vi) apresenta um **novo centro de controle** da atividade empresarial.

Preferiu-se falar em “certa autonomização”, pois diante da complexidade característica deste *sistema contratual*¹⁵⁴, como descreve Silva Morais, entende-se até o presente momento que uma autonomização completa não se faz possível. Muito dessa impossibilidade se dá pelo fato de ela ser pertencente a uma categoria contratual híbrida, possuindo muitas vezes aspectos de maior caráter comutativo, e outras tantas de caráter societário. Não há como prever sempre uma mesma tendência estrutural e comportamental para *joint venture*. Portanto, entende-se aqui que a *joint-venture* não consiste em um “tipo contratual rígido tradicional”, claramente delimitado. Desta perspectiva, ela é considerada um *contrato atípico*. Há, todavia, e como exposto quedou, como se tentar entender, mapear e “conviver”, com suas possibilidades de tendência.

Ao ser avisado que analisará um contrato de *joint venture*, um observador não saberia afirmar previamente em qual forma o contrato irá se apresentar à análise, todavia, os elementos nucleares mapeados permitem ao observador ter em mente quais seriam suas possíveis estruturas e quais seus possíveis efeitos e comportamentos. Bem como lhe permite reconhecer a existência de uma *joint venture* em um contrato que nominalmente não se reconhece como tal. Não há nesse tipo contratual, portanto, um padrão perfeitamente delimitado, existem, todavia, tendências de padrões, o que lhe confere certo reconhecimento social, mesmo enquanto uma forma contratual atípica.

Segundo Paulo Lôbo, contratos atípicos seriam aqueles que não possuem previsão expressa na lei. Trata-se de um modelo baseado na liberdade contratual, livremente elaborado pelos contratantes para regular interesses específicos, possibilitando a fusão de tipos contratuais e a criação de novos tipos.¹⁵⁵

Lôbo assevera que, para que um juiz possa conferir força obrigatória a um contrato atípico, é necessário que haja um mínimo de *tipicidade social*. Ou seja, faz-se necessário que determinada espécie contratual esteja difundida na prática negocial. Neste sentido, relata Lôbo:

Todo contrato, inclusive atípico, deve ter significado que ultrapasse os interesses meramente individuais, contingentes e socialmente irrelevantes, porque a liberdade contratual que as espécies desfrutam existe em razão da função social que o contrato deve observar, na forma do art. 421 do CC. Para Emílio

¹⁵⁴ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.149

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos. São Paulo, Saraiva: 2011, p. 98

Betti(1969, v. 1:370-380), as causas dos negócios jurídicos são todas típicas, no sentido de que, embora não sendo taxativamente indicadas pela lei, devem, no geral, ser admitidas pela consciência social, como correspondente a uma necessidade prática legítima, a interesses sociais permanentes.”(grifos meus)¹⁵⁶.

Neste sentido, reconhecendo este determinado grau de autonomia e ciente das limitações tipológicas que essa figura apresenta, foi por Silva Morais exposta a ideia de caracterização da *joint venture* como um *tipo geral extra-legal do comércio jurídico*.¹⁵⁷

Faz-se, contudo, necessário relatar que tal posição é bastante controversa na doutrina, tendo muitos autores resistência em aceitar essa tipificação, mesmo se tratando de uma tipificação mais flexível, que não se confunde com os tipos contratuais tradicionais, por alegarem que tal figura não consiste “*em uma prática reiterada de celebração de contratos que desempenhem determinada função econômica, quer a existência de contratos apresentando uma combinação de elementos estruturais - em especial relativos ao conteúdo do negócio - que permitam a sua individualização*”¹⁵⁸. Defendendo estes autores que a “*grande diversidade de organizações estruturais que se encontram na base das regulações contratuais das joint ventures obstará a individualização dessa figura*”.¹⁵⁹

Entretanto, compartilha-se aqui do entendimento, tal como exposto por Silva Morais, de que a individualização desta figura, feita por meio de um *tipo jurídico extra-legal genérico*, pode sim ser adequada à flexibilidade natural da *joint venture*.

Como expressa o referido autor, um *tipo extra-legal geral do comércio jurídico* comporta a ideia de que existem sim elementos que convergem para uma individualização de determinada figura, mesmo que se admita que essa convergência não ocorra de modo tão bem delimitado como acontece em tipos contratuais já consolidados¹⁶⁰

Sob esta mesma ótica, Paulo Lôbo anota que *tipos gerais* são formas nas quais os interesses são traduzidos, por se tratarem de necessidades constantes, observáveis no

¹⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos. São Paulo, Saraiva: 2011, p. 99

¹⁵⁷ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.231 a p.269

¹⁵⁸ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.232, rodapé

¹⁵⁹ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.232, rodapé

¹⁶⁰ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.233, rodapé

tráfico jurídico. Segundo o autor, essas necessidades constantes reduzidas em determinado tipo contratual do tráfico jurídico são observadas por meio da jurisprudência.¹⁶¹

Neste sentido, ante toda a análise jurisprudencial feita na obra de Silva Morais, bem como na própria obra de Lima Pinheiro e de outros autores, além de todos os casos que podem ser observados na jurisprudência estadunidense, tal como restaram alguns anteriormente citados, e em outros sistemas jurídicos pelo mundo, entende-se aqui ser bastante adequada a caracterização do contrato de *joint venture* enquanto um *tipo geral do comércio jurídico*.

Importa ainda explicar que se entende aqui que esta individualização enquanto tipo geral em nada poda as possibilidades que são costumeiramente trazidas pela figura da *joint venture*. Nenhuma possibilidade de criação estrutural ou composição negocial se vê afetada com esta “moderada” tipificação proposta por Silva Morais.

Ademais, vale ressaltar, desde já, que individualizar esta figura, em muito, contribui para seu entendimento, para sua análise, tornando mais clara a seus intérpretes, quais são os reais objetivos para os quais pode ser construída sua estrutura.

Mais ainda, não se pode desprezar o fato de que, em sua forma moderna, a *joint venture* já passou por mais de um século de experimentação e utilização ao longo do período mais dinâmico de toda a história econômica mundial, bem como do Direito Contratual, o que dá suporte ao surgimento de elementos e comportamentos que lhes sejam típicos.

De modo que, até mesmo os autores que discordam da tipificação sugerida por Silva Morais acabam reconhecendo a existência de elementos distintivos nessa figura, como é o caso de Lima Pinheiro. A divergência que se coloca na doutrina resumidamente falando é: *são esses elementos suficientes à individualização da joint venture mesmo enquanto um tipo geral extra-legal?*

A fim de responder a essa pergunta, Silva Morais rebate os quatro pontos fulcrais da crítica dos autores contrários à essa tipificação, quais sejam: 1) *a existência de uma causa(função) individualizada*, 2) *a existência de uma finalidade individualizada*, 3) *nomen iuris recorrentemente utilizado* e 4) *existência de um plano estrutural distinguível*.¹⁶² Por meio do debate em torno da autonomização nesses quatro pontos, o

¹⁶¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos. São Paulo, Saraiva: 2011, p. 99

¹⁶² SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.231 a p.269

autor vai dando corpo a um ente individualizado de *joint venture*, enquanto, vale lembrar, *tipo geral extra-legal do comércio jurídico*, tornando, assim, esta figura mais clara à análise do intérprete.

Para o autor, a **função própria** de *joint venture* consistiria no “*desenvolvimento de relações de cooperação empresarial relativamente intensas, orientadas para a realização de um projeto empresarial novo globalmente considerado ou, pelo menos, de um segmento importante de um projeto empresarial a partir de uma organização comum, que pode revestir ou não personalidade jurídica própria*”¹⁶³

Já sua **finalidade própria** visaria à “*realização de um projeto empresarial comum, quer assumindo determinado grau de autonomia relativamente às atividades empresariais principais prosseguidas diretamente pelas empresas fundadoras, quer assumindo um papel instrumental relativamente a essas atividades.*”¹⁶⁴

Em relação à **utilização reiterada de um nomen juris específico** ao se formalizar o contrato, o que nesse caso seria o nome “*joint venture*”, ou, até mesmo, de “*empresa comum*”, Silva Morais relata que mesmo não havendo dúvidas sobre a existência recorrente de uma qualificação contratual enquanto “*joint venture*”, a imprecisão que se encontra normalmente associada à mesma prejudica sua relevância como critério autônomo de detecção de um tipo contratual individualizado, de modo que, melhor seria considerar esse critério como acessório, para que, assim, este possa corroborar para a autonomização da figura ora estudada.¹⁶⁵

No que tange ao critério que requer a **existência de um plano estrutural distinguível**, Silva Morais faz sua exposição baseada em um caminho próximo ao que foi feito nesta pesquisa nos capítulos anteriores, ressaltando a particular forma de organização da figura, por meio de um acordo-base e de acordos complementares, desenvolvendo a partir daí a ideia de *empresa comum* por ele criada, bem como ressaltando as características das diferentes categorias contratuais a que a empresa comum pertence, de modo a restar mais claro como se faz construído o complexo contratual da *joint venture*.¹⁶⁶

¹⁶³ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.235

¹⁶⁴ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.236 e 237.

¹⁶⁵ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.241

¹⁶⁶ SILVA MORAIS, Luis, Empresas Comuns (Joint Ventures), no Direito Comunitário da Concorrência, p.242 a p.269

Como foi exposto pelo autor, ele próprio é ciente das fragilidades que uma autonomização por meio de um *tipo geral extra-legal* pode apresentar, o que o acaba levando a criar critérios de *função* e *finalidade* bastante amplos, e a fazer as ressalvas existentes no tocante à relativização do critério de *utilização reiterada de um nomen juris específico*.

Todavia, mais interessante é ao entendimento correto da *práxis contratual* e ao devido cumprimento da lei, uma autonomização deste tipo, que deixar esta figura mal compreendida, altamente suscetível a confusões com outros tipos e formas contratuais, o que enseja determinadas formas de uso indevido dessa figura, como se demonstrará adiante.

Neste sentido, a pergunta que se faz e que permeia boa parte do presente trabalho é: *a quem interessaria a joint venture continuar como uma figura confusa, abstrata, indefinida e analiticamente “incompreensível”?* No entendimento dessa pesquisa, somente a quem está intencionado a burlar a lei, tendo em vista o que já restou exposto, no que tange à responsabilidade dos *co-ventures*, e o que ainda restará, no que tange ao Direito Concorrencial.

Em suma, entende-se no presente trabalho o contrato de *joint venture* como sendo um *contrato atípico* que, todavia, possui amplo *reconhecimento social*, pois responde a necessidades constantes do tráfico negocial, o que pode ser constatado por meio da jurisprudência de diversos países, atingindo assim a caracterização que Silva Morais e outros nomeiam de *tipo geral*. A fim de que não restasse qualquer dúvida acerca dessa caracterização de autonomia, ainda restaram expostos os quatro critérios percebidos nos contratos de *joint venture*, que parte da doutrina exige que existam no contrato, para que determinada forma contratual possa ser considerada um *tipo geral*.

Portanto, considerando-se que a figura ora estudada em nada quedou mais “pobre” com esta individualização, bem como se tornou mais interessante e palpável à análise, seja jurídica, seja econômica, adota-se aqui esta ideia de autonomização enquanto um *tipo geral extra-legal*.

5. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O ainda presente capítulo buscou sintetizar em um conceito satisfatório toda a análise que havia sido feita previamente a este. Buscou aprofundar mais o entendimento acerca de alguns elementos que já se faziam constatados, bem como se procurou justificar adoção da expressão *empresa comum* enquanto similar de *joint venture*.

Em um segundo momento, tentou-se delimitar qual seria o grau de autonomia que a figura ora estudada alcança atualmente, e, para tanto, apresentou-se o núcleo elementar próprio alcançado de empresa comum e a ideia de um *tipo geral extra legal*. Após a explanação desse “tipo” moderado, adotou-se também esta forma de individualização, feitas as devidas considerações.

Toda essa individualização feita do contrato de empresa comum até o momento tentará se mostrar útil no último capítulo da pesquisa.

CAPÍTULO 4- FINALIDADES ÚTEIS E PREJUDICIAIS DA EMPRESA COMUM E ANÁLISE DE CASO: UMA TENTATIVA DE DEMONSTRAÇÃO DE UTILIDADE DAS OBSERVAÇÕES PROPOSTAS

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Nesta última parte da pesquisa, buscar-se-á demonstrar a importância e utilidade de se fazer as distinções de base contratual e societária que até o momento se fez, bem como se buscará demonstrar útil o entendimento do conceito e da estrutura da empresa comum.

Para isso, será feita uma breve exposição sobre as possíveis finalidades para as quais a *joint venture* pode ser estruturada, atentando-se posteriormente para as formas de uso prejudiciais da mesma que se fizeram perceber ao longo dos anos.

Será também feita uma rasa exposição sobre o funcionamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para que depois se veja facilitada a análise do caso da Monsanto que foi julgado pelo referido órgão de controle da concorrência.

Escolheu-se um caso analisado pelo CADE para tanto, posto que o controle exercido pelo referido órgão se traduz em um dos exemplos mais concretos de como a observação contratual pode ser importante à realidade prática.

Tentar-se-á também expor a necessidade de se compreender a empresa comum como possuidora de um núcleo elementar distintivo, do qual o entendimento se faz fundamental para a não ocorrência de falhas observacionais que gerem uma falsa percepção de realidades estruturais.

Compreender a existência e os limites de uma certa autonomia dessa figura é essencial para uma correta percepção da dinâmica do novo mercado e do direito contratual contemporâneo.

Escolheu-se o caso abaixo, pois este ilustra o que talvez seria a forma mais difícil de análise de contratos híbridos, tendo em vista que neste caso o caráter de concentração se encontra escondida por trás de um contrato aparentemente sinalagmático. Assim, será exigido “um passeio” por toda a conceituação e análise que até o presente momento se estudou.

Em última consideração, restará exposta a motivação que faz com que a presente pesquisa opte por adotar um conceito de *joint venture* minimamente definido. Passar a ideia de que o conceito de *joint venture* é algo extremamente fluido, confundindo-o com outras figuras, é justamente o que favorece a quem está intencionado a burlar a lei. Delimitar um núcleo elementar, mesmo ciente das limitações de sua rigidez e consistência, é algo imprescindível a um correto entendimento da realidade prática, bem como à defesa de um mercado saudável.

2. FUNÇÕES/FINALIDADES E VANTAGENS DA EMPRESA COMUM

Em um plano mais restrito, destacar-se-á a seguir alguns dos fins específicos das empresas comuns encontrados na doutrina de forma mais frequente. Alguns destes já foram inclusive relatados anteriormente no decorrer das explanações anteriores. Só se os pontuará aqui novamente por uma simples questão de organização que visa facilitar o entendimento.

O primeiro destes fins que se pode citar consiste na **diminuição do risco e do investimento** para *os co-ventures*, que foi o primeiro fim historicamente percebido e o qual consiste em um incentivo ao empreendedorismo, posto que as partes não terão que gastar tanto para concretizar o negócio a ser intentado, nem terão que arcar sozinhas com o custo decorrente de um possível fracasso.

Outra finalidade da empresa comum pode ser também a **especialização** em determinado produto, serviço ou atividade, que ocorre geralmente nas *joint ventures* que funcionam de modo complementar às empresas-mãe, servindo a estas produtos e serviços de **melhor qualidade** que se elas fossem buscar no mercado, e tirando-lhes os ônus que uma internalização dessa atividade produtiva lhes implicariam.

Estas empresas comuns de caráter complementar ainda podem apresentar a função de **barateamento de produtos intermediários** a serem disponibilizados às empresas fundadoras, o que consiste mais uma vez em uma vantajosa alternativa ao mercado e aos ônus da internalização de estruturas.

Existem também as *joint ventures* que possuem finalidade **de pesquisa e desenvolvimento**, as quais não visam um lucro imediato e funcionam por meio da vantagem explicada no Capítulo 1 de troca de informações. Geralmente esse tipo de empresa comum está associado às áreas relacionadas à alta tecnologia.

Outro fim que a empresa comum pode apresentar é a **penetração em novos mercados**, o que comumente se observa em *joint ventures* internacionais, nas quais uma empresa estrangeira se aproveita, por exemplo, da rede de distribuição e dos consumidores da empresa nacional para poder atingir um novo público alvo.

Existem também as empresas comuns que possuem finalidade de **diversificação de produção**, as quais visam atingir novas áreas do mercado e/ou um novo tipo de consumidor. Geralmente os novos produtos possuem alguma relação com o produto já confeccionado anteriormente pelas empresas-mãe, podendo inclusive ser produtos complementares àqueles.

De um modo geral, pode-se dizer que todas essas finalidades apresentadas prezam por uma maior **eficiência econômica**, o que está intrinsecamente ligado à outra função *latu sensu* apresentada anteriormente, isto é, a de **atingir uma maior competitividade**.

Todavia, apesar de toda essa imagem positiva relacionada à empresa comum, é de se ressaltar que esta figura também pode apresentar fins bastante danosos ao mercado, os quais serão tratados no tópico seguinte.

3 FINS/FUNÇÕES PREJUDICIAIS DA *JOINT VENTURE*, LEGISLAÇÃO ANTI-TRUSTE E O CADE

Apesar de a *joint venture* ser uma estrutura que possibilita o alcance de vários fins altamente positivos às empresas fundadoras, esse tipo contratual também pode apresentar algumas finalidades negativas, principalmente no tocante a aspectos concorrenciais.

Ao longo dos anos, vários pesquisadores constataram que, além de todos os efeitos pró-competitivos que a empresa comum possui, tais como os anteriormente relatados, essa

figura contratual também pode gerar efeitos danosos à competição entre empresas. *Co-ventures* potencialmente ou efetivamente competidores podem em algumas situações eliminar ou restringir a concorrência¹⁶⁷.

Práticas como monopólio, formação de cartéis, colusão, fixação de preços e dominação de mercado¹⁶⁸, são alguns dos possíveis fins negativos que as empresas comuns podem apresentar. Vale ressaltar que devido ao fato de a *joint venture* se concretizar por meio de um sistema contratual extremamente complexo, muitas vezes se faz mais custosa a análise dos efeitos concorrenciais em acordos de empresa comum que em outras operações.

No que tange à divisão existente no mundo das *joint ventures*, entre *incorporated joint venture* e *non incorporated joint venture*, feitas as ressalvas contidas na passagem do presente trabalho que abordou tal assunto, pode se dizer ainda que a observação concorrenciais das empresas comuns meramente contratuais são geralmente mais nebulosas que as das empresas comuns societárias, posto que estas últimas possuem ao menos o ente societário registrado, o que teoricamente facilitaria a análise por meio dos órgãos controladores.

É interessante relatar que a percepção do caráter de integração (concentração), explanado ao começo da pesquisa, sendo considerado como intrínseco à formação de uma empresa comum, bem como do caráter organizacional, torna mais fácil a análise dos efeitos concorrenciais feita pelo Estado, uma vez que já chama a atenção para o fato de que, em maiores ou menores medidas, as empresas comuns sempre apresentarão essas características, cabendo aos órgãos controladores analisar em que conjuntura elas seriam prejudiciais à concorrência.

Um conceito de *joint venture* que não leva em consideração esses aspectos, abre margem para que tais órgãos só atentem para situações nas quais estas características se façam mais evidentes, deixando, assim, de controlar inúmeras situações onde uma organização danosa, ou, uma concentração prejudicial se fazem disfarçadas.

Sobre os efeitos negativos da colaboração entre competidores, gênero do qual deriva as *joint ventures* potencialmente prejudiciais à concorrência, dispõe o guia norte-americano

¹⁶⁷ BAKAJ, Giovanna; *Joint Ventures internacionais: particularidades e aspectos concorrenciais*; Revista do CADE Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, p. 164 à p.167; Neste sentido, disserta a autora “Conforme exposto, todavia, nem todos os contratos de empreendimento comum acarretam efeitos restritivos à concorrência. Sendo assim, o risco da ocorrência de tais efeitos surge apenas quando as empresas são potenciais concorrentes.”

¹⁶⁸ SIMÕES, Carla Costa; *A joint venture contratual e o direito da concorrência*; São Paulo; 2012; p.27

“Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors” da FTC(Federal Trade Comssion):¹⁶⁹

Competitor collaborations may harm competition and consumers by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement. Such effects may arise through a variety of mechanisms. Among other things, agreements may limit independent decision making or combine the control of or financial interests in production, key assets, or decisions regarding price, output, or other competitively sensitive variables, or may otherwise reduce the participants’ ability or incentive to compete independently. Competitor collaborations also may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as the exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration. Such collusion may involve the relevant market in which the collaboration operates or another market in which the participants in the collaboration are actual or potential competitors”

Não por outro motivo, várias legislações antitrustes pelo mundo já preveem expressamente a *joint venture* como um possível tipo negocial prejudicial à concorrência. No Brasil, isso está previsto no art. 90 da Lei 12.529/2011, o qual explicita as operações que podem vir a ser consideradas concentrações:

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

¹⁶⁹ Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, Issued by FTC(Federal Trade Comssion) and Department of Justice; April 2000; Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf. "Colaborações entre concorrentes pode prejudicar a concorrência e os consumidores, aumentando a capacidade ou incentivo rentável para aumentar preços ou reduzir a produção, qualidade, serviço, inovação ou abaixo do que provavelmente prevaleceria na ausência do acordo relevante. Tais efeitos podem surgir através de uma diversidade de mecanismos. Entre outras coisas, os acordos podem limitar a tomada de decisão independente ou combinar o controle de interesses financeiros ou de produção, dos principais ativos, ou decisões relativas a preços, a produção, ou outras variáveis de sensível caráter competitivo, ou, de outra forma, reduzir a capacidade ou incentivo dos participantes para competir de forma independente .Colaborações entre concorrentes também podem facilitar a colusão expressa ou tácita, através da facilitação de práticas como a troca ou a divulgação de informações de sensível caráter competitivo ou através de uma maior concentração do mercado. Tal conluio pode envolver o mercado relevante em que a colaboração funciona ou outro mercado em que os participantes na colaboração são concorrentes efectivos ou potenciais "(Tradução Livre). Acesso em 22/06/15.

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

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

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

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

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

Segundo a supramencionada Lei, em seu art.88, o faturamento bruto anual das *co-ventures* ou o volume de negócios total destas no País, registrado no balanço do ano anterior à operação, é que vai determinar se o CADE¹⁷⁰, órgão de controle da concorrência no Brasil, analisará o contrato de empresa comum ou não, enquanto ato de concentração. *In verbis*:

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

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).”¹⁷¹

¹⁷⁰ Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Órgão regulador da concorrência no Brasil. Trata-se de uma autarquia federal brasileira, vinculada ao Ministério da Justiça, que tem como objetivo orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos do poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão do mesmo.

¹⁷¹ Lei n o 12.529, de 2011 - Presidência da República; artigo 88 alterado pela Portaria Interministerial n° 994, de 30 de maio de 2012.

Portanto, empresas comuns que sejam controladas por empresas-mãe que possuam faturamentos que ultrapassem os mencionados tetos podem ser consideradas atos de concentração potencialmente prejudiciais à concorrência, de acordo com a legislação brasileira. Mais ainda, como expresso no referido artigo, *as empresas-mãe que participarem de grupos econômicos* que possuam faturamentos acima desses tetos, também estarão sujeitas à análise do CADE, enquanto atos de concentração.¹⁷²

O que acima restou exposto, versando sobre atos de concentração, diz respeito ao **controle de estruturas** do CADE, o qual é exercido de modo preventivo e consiste em uma das duas vertentes de observação que o referido órgão utiliza. A outra forma de análise do referido órgão regulador é o **controle de condutas**, exercido de modo repressivo, o qual “*se dedica à análise do comportamento dos agentes econômicos em determinados mercados, verificando se estes estão de alguma forma adotando práticas que não se coadunem com os princípios basilares da ordem econômica, isto é, se está ou não havendo abuso de poder econômico.*”¹⁷³ Em adendo, faz-se oportuno mencionar que as *joint ventures* também podem estar submetidas a este último tipo de controle, o qual se encontra expresso no art.36 da Lei.12529/11.¹⁷⁴

¹⁷² BAKAJ, Giovanna; Joint Ventures internacionais: particularidades e aspectos concorrenciais; Revista do CADE Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, p. 168. Como explanado por Bakaj, “Para que se configure como grupo econômico, tem-se que analisar os parâmetros estabelecidos na Regulação nº 2/2012 do Cade, art. 4º, I e II: Art. 4o Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1o Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente: I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante. §2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: I – os fundos que estejam sob a mesma gestão; II – o gestor; III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e IV – as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”

¹⁷³ SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio; <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-da-concorrencia/7732>; Sobre controle de estrutura e controle de condutas, relata o referido autor “O Controle das Estruturas representa o controle sobre aquelas concentrações econômicas que a lei pressupõe como passíveis de limitar ou prejudicar a livre concorrência levando à dominação de mercados. Tais atos são genericamente denominados atos de concentração econômica. Estas concentrações podem se dar de diversas formas tal como pela fusão, incorporação, aquisições de empresas, entre outras modalidades, haja vista que o direito da concorrência não está preocupado com a forma societária que determinado negócio possa ter, mas sim com os efeitos que este possa gerar em determinado mercado relevante. Já o Controle de Condutas se dedica à análise do comportamento dos agentes econômicos em determinados mercados, verificando se estes estão de alguma forma adotando práticas que não se coadunem com os princípios basilares da ordem econômica, isto é, se está ou não havendo abuso de poder econômico”.

¹⁷⁴ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado

Portanto, e em resumo, é interessante ter em mente que apesar de possuir inúmeras funções positivas, a *joint venture* também pode apresentar efeitos danosos à concorrência, tendo em vista a possibilidade de ela servir como base para a concretização de práticas anticoncorrenciais como, por exemplo, cartéis e colusões.

Ademais, como ela pertence a uma espécie híbrida contratual, que teoricamente conserva a independência dos contratantes, muitas vezes ela é usada de suporte para disfarçar operações de maior grau de concentração, como fusões e aquisições, visando com essa utilização burlar as leis antitrustes. De modo que se faz necessário que os observadores tenham sempre em mente o caráter de integração dessa figura.

relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1o A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2o Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3o As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

A *joint venture* ainda pode ser utilizada estando disfarçada formalmente por meio de outros tipos contratuais. As partes podem firmar um contrato nominalmente definido como “contrato de fornecimento de produto”, o que seria um simples contrato comutativo, e se aproveitar da flexibilidade da empresa comum, para esconder seu caráter de concentração por debaixo da forma deste contrato.

Ou seja, há quem se utiliza do caráter cooperativo da empresa comum para esconder “dentro” deles contratos que possuem um grau mais acentuado de concentração, como há quem se utilize do caráter de integração da *joint venture*, escondendo-o na forma de outro contrato de caráter menos concentrador.

Essa utilização ocorre exatamente pela característica central dos contratos de cooperação qualificada, a tensão entre *cooperação* e *concentração*, o que requer do observador uma atenção redobrada para saber onde e quando determinado caráter se sobressairá. Por isso, é necessário um conhecimento profundo das distinções de cada categoria contratual.

Por fim, fez-se uma brevíssima exposição sobre as leis de defesa da concorrência brasileiras e os métodos de análise do CADE, a fim de que se possa ver facilitada a compreensão da análise de caso que se fará nos próximos tópicos.

4. O CASO

O caso a ser analisado consiste em uma série de contratos de Licença Comercial que a Monsanto do Brasil Ltda¹⁷⁵. firmou com quatro partes distintas: a Syngenta Proteção de Cultivos Ltda., a Nidera Sementes Ltda., Don Mario Sementes Ltda., e com a Cooperativa

¹⁷⁵ Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Relator: Marcos Paulo Veríssimo. Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Ato de Concentração nº 08012.003898/2012-34 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola Relator: Alessandro Octaviani Ato de Concentração nº 08012.003937/2012-01 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Todos julgados em 28.08.2013.

Central de Pesquisa Agrícola. Em 2012, todas essas operações foram levadas pela Monsanto ao CADE para análise e foram votadas em conjunto pelo Conselho.

Nos quatro referidos contratos, a Monsanto estaria na posição de licenciadora e as quatro outras contratantes na posição de licenciadas. A licença concedida previa o desenvolvimento, testes, produção e comercialização de variedades de sementes de soja de tecnologia *Intacta RR2 PROTM* no Brasil pelas licenciadas, bem como também o licenciamento do uso da marca *Intacta RR2 PRO* que era de propriedade da Monsanto. Imprescindível ainda relatar que os referidos contratos não possuíam cláusula de exclusividade.

De forma simplificada e resumida, a discussão enfrentada ali pelos conselheiros consistia em conhecer ou não essas operações enquanto atos de concentração, posto que um contrato de licença comercial se encontra no rol dos contratos comutativos, os quais teoricamente não apresentam um caráter de concentração, motivo pelo qual estes contratos não se encontram previstos como uma das operações expressas no art. 90 da lei 12.529.

A questão que se colocava então era, determinados contratos meramente comutativos podem apresentar caráter de concentração? E, caso positiva a resposta da pergunta anterior, em quais condições este caráter pode surgir?

Como exposto por Caixeta¹⁷⁶, até o momento do julgamento dessas operações, o CADE formava o entendimento de que a **ausência de transferência de ativos de qualquer sorte, de vínculos societários de qualquer natureza e/ou de cláusulas de exclusividade** eram suficientes para que as operações não fossem conhecidas enquanto atos de concentração, mesmo quando celebrado entre concorrentes.

Todavia, no julgamento dessas operações, a discussão acerca do referido conhecimento voltou ao conselho e o resultado final desse debate se faz de extrema importância aos objetivos dessa pesquisa, tal como se demonstrará a seguir.

5. OS VOTOS

¹⁷⁶ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.43

No caso do contrato da Monsanto com a Syngenta, o conselheiro Marcos Veríssimo, relator do caso desse contrato, votou no sentido de que não se fazia adequado o conhecimento daquela operação, posto que não havia ali uma cláusula de exclusividade, que seria um dos fatores que tornariam possível a ocorrência de uma concentração, tal como se explanará mais pormenorizadamente doravante.

No que interessa ao presente trabalho, o referido conselheiro destacou que de um ponto de vista legal, contratos de licenciamento de patente sem exclusividade não teriam o potencial de produzir “concentração econômica” e que na verdade, geraria “desconcentração”.

Em súmula, Veríssimo pontuou que um ato de concentração não merece conhecimento quando:

(i) tiver como objeto tão somente o licenciamento de patente/tecnologia; (ii) não prever empreendimentos em comum ou forma de atuação conjunta; (iii) não implicar troca ou rearranjo de participação societária entre as Requerentes ou entre estas e terceiras empresas e; (iv) tampouco prever cláusulas de exclusividade ou que influenciem a atuação concorrencial independente de ambas as partes¹⁷⁷.

O conselheiro Alessandro Octaviani, relator do caso do contrato da Monsanto com a Nidera, por sua vez, votou pelo conhecimento da operação enquanto ato de concentração. Do voto do referido conselheiro destaca-se aqui o entendimento de que *“(i) criar hipóteses de não-conhecimento em bloco podem ser verdadeiros “cheques em branco”, o que demandaria um ônus argumentativo muito maior, fundado em estatísticas consolidadas e estáveis, sobre a trajetória tecnológica e seus padrões de formação de estruturas; (ii) a dominação empresarial ab extra, por controle externo, sem participação de capital de uma empresa em outra, pode ser ainda mais intensa nos setores de altíssima tecnologia”*¹⁷⁸

¹⁷⁷ Trecho extraído do voto de Veríssimo referente ao Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Relator: Marcos Paulo Veríssimo

¹⁷⁸ Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani

É interessante aqui ressaltar a percepção do conselheiro no sentido de que tais contratos devem ser analisados caso a caso, bem como sua posição de que o controle externo tende a ser mais comum em contratos de alta tecnologia.

O conselheiro fundamenta seu posicionamento, relatando que o Conselho não possui uma base de dados suficiente para afirmar que estes tipos de contratos, quando não possuidores de uma cláusula de exclusividade, são invariavelmente não prejudiciais à concorrência.

Tratando-se de contratos relacionados à alta tecnologia, as formas e efeitos variam em demasia, não existindo, assim, um padrão recorrente constatado, afirmou o conselheiro. De modo que não seria coerente a criação de critérios objetivos ao não conhecimento em bloco. O conselheiro defendeu que diante dessa ausência de dados, diante de uma assimetria de informação, fazia-se pertinente o Conselho adotar uma postura de *humildade cognitiva*.

Feitas estas considerações, Octaviani votou pelo conhecimento das operações, e, no mérito, alegou que estas não gerariam efeitos anticompetitivos.

A conselheira Ana Frazão, ao analisar os quatro contratos, votou pelo não conhecimento das operações. Frazão fez três questionamentos basilares à discussão:

- (i) Contrato de licença de patente sem exclusividade se encaixa em alguma das hipóteses do art. 90 da Lei 12.529/2011?
- (ii) Contrato de licença de patentes sem exclusividade pode ser considerado ato de concentração?
- (iii) Em que medida eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes destes contratos podem ou devem ser tratados pelo controle de estrutura?¹⁷⁹

Para responder estas três perguntas e alcançar a conclusão de seu voto, Frazão fez uma análise em torno de contratos comutativos, associativos e de *joint ventures*. A conselheira distinguiu cada um desses tipos com observações das quais se faz pertinente se citar algumas passagens:

¹⁷⁹ Trecho extraído do Voto de Frazão referente às quatro operações aqui analisadas, citadas devidamente na nota 173.

O que todos esses arranjos contratuais - hipóteses do inciso IV, do art. 90, da Lei 12.529/11: associativos, consórcio ou joint venture- têm em comum é desafiarem a dicotomia empresa/mercado proposta por Ronald Coase, apresentando-se como estruturas que combinam inteligentemente elementos e características tanto da organização típica da empresa como também da coordenação inerente ao mercado. Como explica Valérie Pinoron¹⁸⁰, a joint venture é um contrato relacional e organizativo, uma forma jurídica híbrida entre o contrato sinalagmático e a sociedade, assim como uma forma híbrida entre a concorrência de mercado e a hierarquia da firma. E tal raciocínio se estende igualmente aos consórcios e aos contratos associativos, ainda que com algumas matizações. Isso porque o fio condutor de tais contratos é precisamente a ideia de uma empresa ou objetivo empresarial comum, em torno do qual se coordenam os esforços das participantes. Para isso, cria-se normalmente uma organização mínima – daí se falar em estruturas intermediárias entre a empresa e o mercado - que possa dar suporte ao objeto comum sem, por outro lado, engessar as participantes ou comprometer significativamente a independência jurídica e econômica de cada uma delas. No que diz respeito à joint venture, não há maiores controvérsias no sentido de que esta compartilha com o consórcio a característica de comunhão de interesses e coordenação de atividades empresariais para exercer um empreendimento comum sob risco comum das participantes. Não é sem razão que tal contrato é também conhecido no direito português simplesmente por **empresa comum**. É importante destacar que a questão organizativa está diretamente relacionada à assunção do risco comum, o que faz com que a joint venture requeira um centro de imputação de custos e receitas para fazer frente à álea comum que decorre da empresa objeto do contrato¹⁸¹. De outro lado, tais características ajudam a entender porque as joint ventures podem ser efetivamente consideradas como atos de concentração: assim o são por envolverem o efetivo compartilhamento do poder de direção sobre a empresa comum e a conseqüente assunção do risco respectivo. Tais aspectos são indissociáveis da joint venture, por mais que se admita que o seu contorno seja impreciso, diante das múltiplas variações existentes na prática empresarial.” Sob essa prisma, é forçoso concluir que os contratos de licença sem exclusividade distanciam-se bastante da ideia de joint venture, até por não terem por pressuposto a realização de empresa comum. Basta lembrar que a licenciante pode ter por objeto exclusivo a pesquisa e o desenvolvimento enquanto que a licenciada pode ter por objeto exclusivo a produção industrial. Nesse caso, estaremos falando de atividades empresariais evidentemente distintas, ainda que complementares. Dessa maneira, o que distingue os contratos associativos dos demais contratos não é a existência ou não de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta. Enquanto nos contratos comutativos a cooperação é um dever lateral, já que as prestações das partes são naturalmente distintas e contrapostas, nos contratos associativos a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes. Isso acontece porque os contratos comutativos ou de troca partem da premissa de que as necessidades das partes são diferentes. Já nos contratos associativos ou plurilaterais, as necessidades das partes são as mesmas ou muito próximas, motivo pelo qual são reunidas em torno do **fim comum** que, por sua vez, impõe o paralelismo do comportamento das partes. Nos contratos associativos, tem-se, portanto, uma **cooperação qualificada**. Porém, ao lado desta característica, é importante destacar que os contratos associativos também requerem algum tipo de organização comum, ainda que mais flexível do que a encontrada nas joint ventures.” “Ao meu ver, este contrato ¹⁸²é claramente comutativo, já que uma das partes cede à outra o direito de usar a sua propriedade intelectual mediante

¹⁸⁰ Les joint ventures. Contribution a l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale. Paris: Dalloz, 2004, pp. 457-458 apud voto Frazão

¹⁸² A conselheira está se referindo aqui aos contratos de licença comercial sem exclusividade que estão sendo analisados por ela em seu voto.

remuneração. Não há que se cogitar, aqui, nem de **comunhão de fim**, nem de **prestações idênticas** ou semelhantes, nem de **organização comum**. Pelo contrário, a contraposição das prestações é clara, assim como o são o fato de que cada contratante executa o contrato por conta e risco próprios. Trata-se realmente de contrato comutativo de execução duradoura.”¹⁸³ (grifos do autor deste presente trabalho).

Deste modo, pode-se dizer em súmula, que a conselheira, nestas passagens acima expostas: (i) *caracterizou o contrato associativo como possuidor de um fim comum*; (ii) *enquadrou a joint venture como espécie do contrato associativo*; (iii) *distinguiu joint venture de contrato associativo pelo grau de organização superior existente na joint venture*; (iii) *constatou a existência de uma cooperação qualificada nos contratos associativos*; (iv) *considerou a existência de aspectos elementares da joint venture, mesmo reconhecendo um contorno não tão preciso, ante as inúmeras variações possíveis de sua estrutura.*

Perante tais distinções, a conselheira asseverou que os contratos de licença de patentes analisados não se confundiam com nenhum dos tipos previstos no art.90 da lei antitruste brasileira, posto que se tratavam de contratos meramente comutativos.

Como externado pela conselheira, não haveria que se cogitar nem de comunhão de fim, nem de prestações idênticas ou semelhantes, nem de organização comum.

No que tange à cláusula de exclusividade, Frazão relatou que na ausência desta não haveria como necessariamente haver um aumento de poder empresarial ou a criação de uma direção comum, de modo que um contrato de licença de patentes sem cláusula de exclusividade não mudaria por si só a estrutura do mercado.

Frazão dissertou ainda “*que a mera possibilidade de haver controle externo leva apenas à conclusão da possibilidade de haver ato de concentração, o que poderá ou não*

¹⁸³ Trechos extraídos do Voto da Conselheira em relação aos seguintes atos de concentração : Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Relator: Marcos Paulo Veríssimo. Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Ato de Concentração nº 08012.003898/2012-34 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola Relator: Alessandro Octaviani Ato de Concentração nº 08012.003937/2012-01 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Todos julgados em 28.08.2013.

ocorrer. E essa mera possibilidade não seria suficiente a ensejar o controle de estrutura aprioristicamente.”¹⁸⁴

Ante o exposto, a conselheira votou pelo não conhecimento das operações, versando que o controle que seria possível, naquela situação, seria o controle repreensivo, *a posteriori*, o controle de condutas.

O conselheiro Elvino Mendonça, por sua vez, formou entendimento no sentido de que, somente na hipótese de tais contratos possibilitarem o fechamento de mercado ou resultarem em barreiras à entrada deste, traduzidas nas cláusulas de não concorrência e/ ou cláusulas de exclusividade, é que tais contratos seriam de conhecimento obrigatório, todavia, como o Conselho havia sido notificado, o conselheiro optou por votar pelo conhecimento, por se tratar de contratos que envolviam alta tecnologia, nos termos em que já havia anteriormente explanado o conselheiro Octaviani, e no mérito, também acompanhou este último conselheiro mencionado.

Entretanto, o julgamento mudou de rumo após o voto do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, o qual acabou por despir cláusulas contratuais que encobriam um caráter de integração empresarial, que ainda não havia sido percebido pelos outros conselheiros nos votos anteriores.

Em um primeiro plano, após explicar a atuação da Monsanto no mercado e o sistema de pagamento de *royalties* à esta, o conselheiro explica que tais contratos não se tratavam de contratos de licença de patentes meramente voltados à P e D¹⁸⁵, mas consistiam em contratos de licença comercial, voltados à comercialização e a multiplicação de sementes:

a riqueza de detalhes, a inicial apresentada pelas Requerentes e, principalmente, os objetivos expressamente declarados dos contratos, preveem a comercialização e multiplicação de sementes licenciadas da Monsanto por parte das outras Requerentes. Estes são contratos de licenciamento comercial, não de licenciamento exclusivamente para desenvolvimento.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Trecho extraído do Voto de Pontual referente às quatro operações aqui analisadas, citadas devidamente na nota 173.

¹⁸⁵ Pesquisa e Desenvolvimento.

¹⁸⁶ Trecho extraído do Voto de Pontual referente às quatro operações aqui analisadas, citadas devidamente na nota 173.

A partir deste ponto, ao entrar na discussão acerca do conhecimento, Pontual começa então a externar a sua posição no sentido de que aqueles contratos não se tratavam de meras licenças:

Nos presentes casos, os contratos são bastante complexos. Envolve não só o registro e desenvolvimento de novas variedades, a partir de em contratos de P&D já realizadas, mas também: multiplicação com pagamentos de Royalties; uso por parte da licenciante e licenciada das informações das variedades desenvolvidas pela obtentora; comercialização e regramentos sobre licenciamentos a terceiros multiplicadores por parte da licenciada, além de uso de marcas de propriedade da Monsanto. De modo bastante objetivo, entendo que os contratos analisados trazem cláusulas que mostram os esforços para **um bem comum**, com forma de financiamento do desenvolvimento de produtos de forma conjunta (com a venda do cultivar) e com uma influencia concorrencial clara nos negócios outros da licenciada que não com a Monsanto. Especificamente, os contratos analisados para as empresas Nidera, Don Mario e Coodetec, mas não na Syngenta, contém um sistema de incentivos que criam uma influência externa da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença. Este sistema, embora não seja de exclusividade, possui o condão de elevar as barreiras à entrada sem justificativa econômica, exceto a busca pelo aumento dos lucros por parte da Monsanto (e mesmo das Obtentoras), à custa do bem estar da população.”(grifos deste autor)¹⁸⁷

De forma simplificada, os incentivos à exclusividade existentes nos contratos funcionariam da seguinte maneira: quanto maior fosse o percentual da capacidade de produção da licenciada voltado à produção de sementes com tecnologia Monsanto, maior seria um prêmio adicional que a Monsanto pagaria à licenciada.

Esse sistema de incentivo ¹⁸⁸funcionava de tal maneira, que seria desvantajoso à licenciada destinar parte de sua capacidade produtiva à outra possível concorrente, o que

¹⁸⁷ Ibidem

¹⁸⁸ Tal como descrito por Pontual, o sistema de incentivos da Monsanto às licenciadas funcionava da seguinte maneira: “Cláusula 6.3 do Contrato de licenciamento com as empresas Nidera, Don Mario e Coodetec, mas não na Syngenta, (explo: fl. 74 do apartado confidencial no AC 08700.003898/2012-34):

Incentivo. Conforme disposto detalhadamente abaixo, a cada Ano, a Licenciada poderá se qualificar para receber um valor a título de Incentivo no montante equivalente a 5% (cinco por cento), 10% (dez por cento) ou 15% (quinze por cento) do Valor Líquido de Royalties recebido pela Monsanto (independente se recebido quando da compra de semente certificada ou quando da entrega de grãos) referentes às Unidades Intacta Vendidas pela Licenciada, e com base no Mix de Portfólio da Licenciada.

concedia à Monsanto um poder de controle e influência nas decisões das licenciadas que transcendia o espectro de decisões relacionadas aos produtos licenciados, alcançando assim a Monsanto um controle *ab extra*, um controle externo em relação à licenciada, o que levava em última análise a uma integração vertical entre as estruturas das licenciadas e da Monsanto.

Mix de Portfólio da Licenciada*	Percentual para cálculo do Incentivo
0% a 30%	5%
30,1% a 60%	10%
60,1% a 80%	15%
80,1% a 100%	5%

* Por exemplo, se em um determinado Ano, a Licenciada e suas Afiliadas, distribuidores e multiplicadores venderem 3.100 (três mil e cem) Unidades Intacta Vendidas pela Licenciada, e as mesmas entidades venderem um total de 10.000 (dez mil) Unidades de Sementes Certificadas da Licenciada, o Mix de Portfólio da Licenciada será de 31% (trinta e um por cento).

Considerando neste exemplo que:

o valor do Royalty na semente é R\$ 100,00/ha (plantabilidade de 50kg/ha)

o desconto referente a tributos (PIS e COFINS) é de 9,25%

o desconto referente a pagamento/ incentivos a terceiros é de 10%

a Monsanto recebeu Royalty na Semente referente a 2.500 Unidades Intacta Vendidas pela Licenciada e Royalty no Grão referente a 600 Unidades Intacta Vendidas pela Licenciada;

Então o Incentivo devido para a Licenciada será: $[(R\$100,00 - 9,25\% - 10\%) * 3.100 * 10\%]$

Dada a confidencialidade do contrato, e para que os administrados possam compreender a racionalidade da cláusula, passo a trabalhar com números fictícios. Neste exemplo fictício, o último percentual do Mix de Portfólio é correto e pode ser publicizado, visto que em decorrência de segurança agrícola, 20% da área plantada deve adotar a técnica de refúgio, que é basicamente o cultivo de uma parcela da área plantada com variedades de soja sem a tecnologia Intacta RR2 PRO™. Os percentuais aplicados para o cálculo do incentivo não é verdadeiro. A redução de bonificação no último intervalo advém do interesse de manter a área de refúgio necessário. O exemplo também mostra que o “incentivo” não é obrigatório, pois o obtentor pode decidir não multiplicar ou comercializar seu cultivar, abrindo mão de recuperar o investimento de vários anos de desenvolvimento.

Mix de Portfólio da Licenciada*	Percentual para cálculo de Remuneração
0% a 20%	7%
20,1% a 50%	13%
50,1% a 80%	20%
80,1% a 100%	7%

* Dados alterados em função da confidencialidade dos valores corretos.

Digamos que a Licenciada tivesse uma capacidade produtiva de 100 mil unidades de sementes, e que 70% fossem Intacta, percebendo uma remuneração de 20% sobre as unidades vendidas. Se a concorrente da Monsanto oferece nova tecnologia para a Licenciada, ela poderia reduzir a produção da Intacta, substituindo-a pela concorrente, ou, ainda expandir sua capacidade produtiva para atender à concorrente, mantendo a quantidade produzida com Intacta constante. No segundo caso, se a licenciada quisesse aceitar expandir sua produção para a concorrente de modo relevante, ela cairia para a faixa de remuneração da Monsanto de 13%, de forma que o negócio só seria economicamente interessante para ela se o entrante pagasse essa redução do seu lucro. Por exemplo, se a licenciada tinha uma remuneração de R\$ 2 milhões com o incentivo de 20%, apenas pela mudança para a faixa de 13%, ela passaria a ganhar apenas R\$ 1,3 milhão da Monsanto, sem alterar em nada a produção de Intacta. A perda existe pela decisão de atender concorrente da Monsanto sem expandir, proporcionalmente, a produção Intacta.”

Mais adiante, no que tange à descoberta de um fim comum e de um empreendimento conjunto, Pontual anota:

Outras cláusulas dos contratos que mostram a solidariedade na busca **do objetivo comum** do sucesso da marca Intacta RR2 PRO e das variedades registradas, referem-se às penalidades impostas às licenciadas por inadimplência dos agricultores ao pagamento dos Royalties de Semente (ou Royalty Intacta) devido à Monsanto e não aos melhoristas ou obtentores.

Meu voto pelo conhecimento decorre do fato de que esses contratos não têm como objeto somente o licenciamento de patente/ tecnologia. Neles efetivamente há restrições à atuação concorrencial independente das licenciadas e um empreendimento em comum, o cultivar obtido, comercializado através destas licenças. Diante do exposto, entendo que os contratos de transferência de tecnologia via contrato de licenciamento em cultivares apresentados trazem características que os colocam próximos a um contrato associativo, e demonstram restrição na ação concorrencial independente das Licenciadas, além da possibilidade de limitar a livre concorrência e consolidar uma posição de dominância no mercado de sementes de soja, com a consequente subsunção ao art. 54 da Lei 8.884/1994.

No presente AC, a Monsanto realmente não se utilizou de cláusula com exclusividade textual, até porque lembrou que esse tipo de cláusula não seria aceito pelo CADE¹⁸⁹, mas criou um mecanismo que segue a mesma direção.¹⁹⁰ (grifos do autor).

Dito isso, o conselheiro votou pelo conhecimento da operação enquanto ato de concentração, e pela aprovação com restrições, requerendo que as partes dos contratos alterassem todas as cláusulas que permitiam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto.

Após o voto de Pontual, as operações acabaram sendo conhecidas pelo Conselho e, no mérito, aprovadas sob a condição de adequação das referidas disposições contratuais. Feitas estas exposições a respeito dos votos dos conselheiros, vale agora frisar no conteúdo exposto que importa aos objetivos do presente estudo.

¹⁸⁹ AC n. 08012.003711/2000-17, envolvendo Coodetec, julgado em 15/03/2006; AC n. 08012.003997/2003-83, envolvendo Fundação Mato Grosso Unisoja, julgado na mesma data; e AC n. 08012.000311/2007-26, de interesse da Syngenta, julgado em 25/07/2007.

¹⁹⁰ Trecho extraído do Voto de Pontual referente às quatro operações aqui analisadas, citadas devidamente na nota 173.

6. A IMPORTÂNCIA E UTILIDADE DAS DISTINÇÕES, O SURGIMENTO DO CARÁTER INTEGRACIONAL E A POSSÍVEL CARACTERIZAÇÃO DE UMA JOINT VENTURE.

Como relatado restou nas linhas anteriores, existiam contratos que em um primeiro momento aparentavam ser de licença de patentes. Após a análise dos conselheiros, e mais especificamente do conselheiro Pontual, constatou-se ali a existência de um contrato de caráter associativo que gerava integração empresarial, caráter esse que surge por meio de cláusulas de incentivos à exclusividade.

Em primeiro lugar, faz-se relevante mencionar que, o que primordialmente possibilitou o descobrimento desse caráter de integração foi o conhecimento aprofundado de determinados conselheiros, acerca de elementos distintivos de cada tipo contratual que poderia estar relacionado àquelas operações.

Apesar de em um primeiro momento a conselheira Frazão ter votado contra o conhecimento, toda a observação por ela externada acerca dos tipos contratuais deixou os pontos fulcrais do debate muito mais evidentes. Não por outro motivo, Pontual em sua fundamentação fez menções claras ao voto da conselheira, seja quando mencionou a parte de seu voto que ele acompanhava, ou quando se utilizou de elementos trazidos por Frazão para continuar o debate, como por exemplo, “fim comum” e “empreendimento comum”.

Frazão e Pontual se guiaram todo o tempo em seus respectivos votos por meio das distinções existentes entre os tipos contratuais “de cooperação qualificada” e “comutativo”. Caso eles tivessem apresentado qualquer confusão em relação a esses tipos, ou a suas espécies, provavelmente a integração não seria descoberta e a concorrência se veria prejudicada.

Neste mesmo sentido, defende Caixeta¹⁹¹:

¹⁹¹ CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015;p.71

Necessário, portanto, fazer uma distinção das relações de cooperação obrigacional mais difusas e assentes em meros contratos comutativos daquelas relações mais estáveis, de tipo associativo, conquanto sem uma verdadeira componente organizacional (Silva Morais 2006, p. 307). Com efeito, contratos aparentemente comutativos perdem essa natureza por estabelecer uma forma de cooperação qualificada pela existência de um escopo em comum entre as partes relacionadas, dando, assim, ensejo aos contratos associativos. A identificação do escopo comum nestes casos não é uma tarefa trivial, mas poderia se dar a partir de elementos comportamentais que possam afastar o caráter puramente comutativo do contrato.

Por isso, faz-se imprescindível enfrentar os conceitos, seja de contratos associativos, seja de contratos de empresa comum. O não enfrentamento de tais conceitos só interessa a quem pretende burlar a legislação, não por outro motivo restou sublinhado acima no tópico anterior uma passagem do voto de Pontual que insinuava a atuação proposital dos advogados que produziram os contratos, no sentido de encobrir o caráter de integração empresarial¹⁹².

Tal como foi relatado durante esta pesquisa, estes contratos de cooperação qualificada são cada vez mais usados. Não é vantajoso que a doutrina os coloque em uma zona de indefinição mais intensa do que à qual eles realmente pertencem. Faz-se necessário compreender este novo paradigma contratual, para que, em última análise, o bem-estar da população não seja afetado, como relatou Pontual.¹⁹³

Um segundo ponto interessante a ser analisado, diz respeito a um dos elementos nucleares das discussões apresentadas, a (ausência da) cláusula de exclusividade. É interessante que se diga que a cláusula de exclusividade por si só não gera um ato de concentração. Para tanto ela depende que também existam alguns fatores que contribuam para que a integração ocorra, como por exemplo, uma duração contratual demorada, bem como a matéria do contrato, que no caso em tela diz respeito ao mercado de alta tecnologia. Neste sentido, sobre os efeitos de concentração da cláusula de exclusividade, explana detalhadamente Caixeta:

¹⁹²Quando Pontual relata o seguinte: “ No presente AC, **a Monsanto realmente não se utilizou de cláusula com exclusividade textual, até porque lembrou que esse tipo de cláusula não seria aceito pelo CADE¹⁹², mas criou um mecanismo que segue a mesma direção.**”

Como afirma Forgione, a cláusula de exclusividade potencializa a influência que uma parte contratante exerce sobre a outra (Forgioni 2008, p. 253). Igualmente, encontra-se associada a uma “prisão econômica”, em que os efeitos afrontam diretamente o individualismo de cada uma das contratantes(...)Deste modo, a exclusividade tem efeito direto sobre a estrutura de mercado, principalmente porque resulta no aumento de poder unilateral da empresa que impõe a restrição, por meio do fechamento do mercado ou do aumento de barreiras à entrada no segmento downstream, atuando, portanto, sobre a independência econômica das partes. Ainda que a cláusula de exclusividade seja um critério mais relacionado aos riscos concorrenciais de uma determinada relação interempresarial, é possível, inclusive, presumir a existência de um escopo em comum entre as partes a partir de disposições contratuais nesse sentido. Isso porque, como explica Paula Forgioni (2008), a exclusividade implica ganhos (ou possibilidade de ganhos) para ambos os fornecedor e o distribuidor, pois, se assim não fosse, não a teriam contratado(...) Sendo assim, poderão ser considerados contratos associativos aqueles contratos que estabeleçam cláusulas que levam a efeitos semelhantes às concentrações econômicas, no que diz respeito à agregação de poder econômico por parte das contratantes, tais como: características contratuais que envolvam exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa, ou envolvam restrições ou incentivos que interfiram nas decisões comerciais de alguma das contratantes, principalmente escolhas relacionadas à contratação de produtos ou serviços concorrentes”(grifos deste autor¹⁹⁴.

É interessante nesta passagem perceber o que acima nos votos já havia sido constatado, que é o surgimento de um fim comum, a partir de uma relação de (incentivo à) exclusividade, que se traduz lucrativa para ambas as partes do contrato. Vide a seguinte passagem do voto de Pontual:

Este sistema, embora não seja de exclusividade, possui o condão de elevar as barreiras à entrada sem justificativa econômica, **exceto a busca pelo aumento dos lucros por parte da Monsanto (e mesmo das Obtentoras)**¹⁹⁵.

¹⁹⁴ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p. 95

¹⁹⁵ Trecho extraído do Voto de Pontual referente às quatro operações aqui analisadas, citadas devidamente na nota 173, grifos nossos.

Feitas estas explicações a respeito dos efeitos de uma cláusula de exclusividade, ou dos fortes incentivos à esta, parte-se a este passo à última abordagem que se faz interessante ante o que restou exposto pelos votos do Conselho no julgamento que ora se analisa.

Como anteriormente relatado, ao decorrer dos votos, em um primeiro momento ocorreu uma distinção contratual tipológica, para depois se fazer perceptível um caráter de integração por meio dos incentivos à exclusividade, bem como por meio do comprovado poder de interferência da licenciante nas decisões estratégicas da licenciada.

Como se fez possível perceber, o conselheiro Pontual, ao despir as supra explanadas cláusulas, identificou a existência de alguns elementos específicos no contrato que foram estudados neste trabalho: **“fim comum”**, **“empreendimento comum”**, **“integração/concentração”**.

No voto de retificação da conselheira Frazão, esta falou também em **“cooperação diferenciada”**. Todos esses elementos se fazem pertencentes à categoria de cooperação qualificada que restou explanada no primeiro capítulo.

Apesar de ter havido a referida integração, é de se notar que ela não ocorreu como uma concentração pura, as empresas permaneceram **autônomas e independentes**, seja em termos jurídicos ou econômicos.

Tendo em vista a existência de todos esses elementos, pode-se afirmar que tal contrato consiste em um contrato pertencente à **categoria associativa**. Tendo em vista que tal contrato se caracteriza pela existência *de (i) uma cooperação estável e (ii) um escopo comum entre as partes relacionadas*¹⁹⁶, tal como restou explanado no primeiro capítulo do trabalho. Entretanto, com fins de contemplar de modo mais próximo o objeto de pesquisa ora observado, coloca-se a seguinte pergunta: será que tal contrato também poderia ser considerado uma *joint venture*?

Para os fins de análise desse caso específico do CADE, tal enfrentamento não seria tão frutífero, tendo-se em vista que a integração já se fez detectada, bem como os possíveis efeitos prejudiciais à concorrência também já restaram mapeados.

¹⁹⁶ CAIXETA, Deborah; Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas; 2015;p.72

Mais ainda, como não se tem aqui conhecimento direto do referido contrato em sua completude, qualquer afirmação que pudesse vir a ser feita no sentido de responder a supramencionada pergunta, apresentaria um alto grau de caráter hipotético.

Todavia, mesmo que se considere que ao longo da análise do estudado voto já tenha se constatado a importância e utilidade de se individualizar/autonomizar as formas contratuais híbridas existentes, por meio de elementos nucleares caracterizadores, que foi o que se tentou fazer durante toda a pesquisa em relação à *joint venture*, faz-se interessante tecer algumas breves considerações, com fins meramente didáticos e feitas as ressalvas supra expostas, acerca de uma hipotética caracterização do contrato acima julgado enquanto uma *empresa comum*.

O contrato de *joint venture* como foi anteriormente explicado, possui todos esses elementos acima detectados que constituem a categoria dos contratos associativos. Como se frisou em algumas passagens da pesquisa, o que diferencia estas duas categorias contratuais híbridas é o grau de *organização* que se apresenta de forma superior no contrato de empresa comum.

Portanto, para que se fizesse possível tal caracterização contratual de uma *joint venture*, ter-se-ia que se detectar no referido contrato uma *organização autônoma*, sujeita ao controle conjunto das empresas fundadoras.

Nesse esforço hipotético que ora se propõe, poder-se-ia dizer que a *joint venture* existente nesse contrato seria do tipo meramente *contratual* e estaria ela sob direção administrativa da licenciada, obtendo a Monsanto um alto poder de interferência da organização em comum, que de fato se fez perceptível no caso analisado, e que caracterizaria o elemento de **controle compartilhado**, que segundo parte da doutrina se faz componente necessário da *joint venture*. O que evidenciaria também a existência de um **novo centro de controle empresarial**, que é considerado elemento típico da empresa comum por esta pesquisa. Tal *joint venture* contratual teria como **fim comum** o financiamento, desenvolvimento e comercialização de produtos de tecnologia Monsanto.

Provar, todavia, onde estaria caracterizada essa organização mais complexa que caracterizaria uma empresa comum, ante as informações a que se tem acesso, não se faz possível. Seria o único elemento típico que faltaria para que a caracterização fosse possível.

O sentido de *empresa* que se adota no presente trabalho é fundamentado pelos perfis de empresa enquanto *atividade* e de empresa enquanto *instituição*. O primeiro perfil se faz perceptível nesse contrato e consiste na atividade de financiamento, desenvolvimento e comercialização de produtos Monsanto de forma conjunta. Todavia, o perfil de empresa enquanto *instituição* não se faz transparecer com as informações obtidas.

7. CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O capítulo que ora se finda buscou mostrar a importância e utilidade de se autonomizar, por meio de elementos característicos, certas figuras contratuais que por vezes não são tão bem assimiladas por observadores e pesquisadores.

A utilização recorrente dos tipos híbridos por advogados e empresários descuidados e, algumas vezes, mal intencionados, pode acarretar sérios danos ao mercado. Cabe ao observador, ter em mente o que distingue e individualiza cada categoria contratual relacional existente.

Apesar de não haver se revelado uma *joint venture* no caso que ora foi analisado, intentou-se passar uma noção de onde ela se encontraria, que forma possuiria e para que fim estaria voltada. Intentou-se também passar o entendimento de que, caso se siga as classificações e distinções elementares aqui trazidas, a percepção da empresa comum ocorrerá de modo facilitado.

De forma genérica, este último capítulo intentou mostrar como pode ser útil à sociedade e ao mercado uma correta observação e distinção contratual dos tipos híbridos, e mais especificamente no que diz respeito a este trabalho, do contrato de *empresa comum*.

CONCLUSÃO

Os contratos híbridos se colocam no mundo contemporâneo como novo paradigma de organização da Indústria. Criaram um mercado conectado, no qual as empresas passaram a optar pela cooperação como meio de atingir uma maior competitividade. Altamente maleáveis aos mais variados contextos e necessidades, esses contratos se mostram, em muito, atraentes ao empreendedor moderno.

Por suas inúmeras possibilidades de configuração, durante muito tempo tais contratos ficaram localizados em um campo de profunda indefinição jurídica. Em vista dessa dificuldade de observação, essa categoria contratual passou a ser utilizada por empresários e operadores do Direito de maneira danosa ao mercado e à sociedade.

A fim de contribuir para que os possíveis efeitos prejudiciais desses contratos sejam evitados, a presente pesquisa se preocupou em explicar de forma pormenorizada o contrato de *joint venture*.

No primeiro capítulo, após uma explicação da reorganização da Indústria, da dicotomia empresa/mercado, dos contratos híbridos, da apresentação dos elementos característicos de cada grau de cooperação, e da comparação da *joint venture* com outras formas contratuais existentes, concluiu-se no sentido de que se faz, sim, existente uma certa individualidade da figura pesquisada.

O caráter de identidade nuclear da empresa comum, todavia, a organização diferenciada, que já havia sido noticiada no primeiro Capítulo, foi estudada mais detalhadamente no Capítulo 2, a fim de que se constatasse ou não, se tal caráter de identidade nuclear se fazia de fato motivado, como por fim se fez.

No capítulo 3, após a demonstração de organização estrutural diferenciada da *joint venture*, viu-se permitida a busca por um conceito satisfatório da figura pesquisada, a qual resultou na escolha da expressão e do conceito de *empresa comum*. Mais ainda, definiu-se em certa medida a autonomia que tal forma contratual alcança nos dias atuais, o que se fez por meio da enumeração de seus elementos nucleares e da adoção de *joint venture* enquanto um *tipo contratual extra-legal geral*.

No último capítulo, buscou-se mostrar a importância e utilidade de se individualizar as formas contratuais híbridas, e a *joint venture* especificamente, por meio da análise de um estudo de caso, isto é, a observação de algumas operações julgadas pelo CADE, as quais exigiram de seus conselheiros as identificações, classificações e distinções de elementos que antes haviam sido abordadas.

É de se relatar que as bases de dados usadas por esta pesquisa consistiram em bases indiretas. Os casos analisados que levaram à constatação dos elementos típicos de *joint venture* foram os casos trazidos, dentre outras, pelas obras de Silva Morais, Lima Pinheiro, Buckley, Jaeger. Em uma próxima pesquisa, a depender de seus objetivos, talvez se faça adequado o estudo por uma base direta.

Somente no caso analisado no último capítulo é que se utilizou uma base direta, isto é, os votos do Caso Monsanto, a fim de demonstrar justamente que as análises das bases indiretas utilizadas não se encontravam equivocadas.

Para os fins desse trabalho, considera-se que as bases de dados utilizadas se fizeram suficientes para fundamentar duas conclusões basilares atingidas nessa pesquisa: i) a *joint venture* possui sim um núcleo elementar próprio, e ii) a forma contratual desse núcleo elementar próprio é recorrentemente utilizada e possui amplo *reconhecimento social e econômico*, o que a tem impulsionado essa figura a um *reconhecimento jurídico* cada vez maior.

As perguntas centrais do trabalho foram: *Qual o grau de autonomia que joint venture atinge? Porque essa autonomização é importante?* De forma objetiva, a autonomia se fez delimitada pela definição de um núcleo elementar básico de empresa comum, bem como por meio da caracterização da *joint venture* enquanto um *tipo geral do comércio-jurídico*. É importante, vez que a indefinição jurídica dessa figura pode acarretar danos à concorrência, à terceiros vulneráveis e a direitos difusos

Houve certa preocupação em definir a *joint venture* como um *tipo geral*, vez que essa caracterização reflete um amplo reconhecimento social e econômico da figura estudada, o que impulsiona diretamente a necessidade de seu entendimento jurídico. Trata-se de uma preocupação básica de correta percepção da realidade social.

A jurisprudência internacional¹⁹⁷ e brasileira¹⁹⁸ confirma o uso recorrente dessa forma de contratar. Ante essa constante necessidade de se utilizar a empresa comum como modelo negocial, cabe ao Direito “vestir” juridicamente a figura econômica *joint venture* de modo adequado.

É interessante ter em conta que o contrato de *joint venture* percorre um caminho realizado a todo o momento por fenômenos econômicos, o qual já foi enfrentado antes por outros institutos que hoje encontram seu lugar ao sol no mundo do direito: o caminho iniciado com a aceitação social em direção ao reconhecimento jurídico. Como se dará finalizado esse reconhecimento jurídico, é algo que ainda não se faz de tangível previsão. Contudo, é de se afirmar que o mapeamento contratual aqui intentado e a previsão na Lei Antitruste já existente são exemplos claros de que já se vislumbra um sentido a ser seguido.

É dever dos pesquisadores do Direito Contratual, do Direito Societário e do Direito Concorrencial enfrentar esse novo paradigma. A dificuldade de observação que essas formas contratuais híbridas impõem não são motivos para deixá-las renegadas ao limbo da definição jurídica.

O que pensaram, por exemplo, os operadores do Direito à hora que se depararam com a Sociedade por Ações? Talvez, a dificuldade por eles enfrentada naquele momento tenha sido muito próxima a que hoje se enfrenta com a *joint venture*. Portanto, é preferível pensar que esse caminho não é novo, que seu percurso se faz sim possível de ser trilhado, do que ficarmos suscetíveis aos efeitos negativos que a empresa comum pode nos sujeitar

Questões relativas ao Direito da Concorrência, à disposição da responsabilidade dos contratantes perante terceiros e em relação a direitos difusos são as que necessitam talvez de tratamento mais urgente. As distinções, comparações e classificações aqui realizadas são essenciais para a resolução destes problemas.

Como colocado por Frazão, a reflexão jurídica em torno dos contratos híbridos é cada vez mais imperiosa. É necessário encontrar uma "**justa medida**" que possibilite que tais contratos continuem a exercer as importantes funções econômicas a que se destinam sem,

¹⁹⁷JAEGGER, walter; Joint Ventures: origin, nature and development; 1960; p.3 e p.4; O estudo de casos feito por este autor na década de 1960 já constata a proliferação da *joint venture* naquele momento.

¹⁹⁸AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique; MENDES DE PAULA, Germano; Joint Ventures E A Política Antitruste Brasileira, 2012; Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rec/v16n3/a05v16n3.pdf>; Bem como este estudo de casos feito no âmbito do CADE

contudo, tornarem-se fáceis instrumentos de exercício de poder empresarial sem as devidas responsabilidades.¹⁹⁹

Para que essa reflexão jurídica seja realizada corretamente, faz-se importante ter em mente que de nada adiantam “tipos”, “formas”, “dogmas” e outras definições teóricas, se elas não se fazem capazes de solucionar os reais problemas da vida em sociedade. Como foi possível perceber ao longo do trabalho, é se utilizando de uma certa rigidez “formal”, “nominal” e “dogmática”, que grandes artesãos contratuais tentam burlar o sistema jurídico, ferindo, desta feita, o bem-estar social. Vide o contrato de forma e nomenclatura comutativa que depois se revelou materialmente híbrido, do tipo associativo.

Assim, se Contratos Comutativos e Contratos de Sociedade já não se fazem mais plenamente suficientes para satisfazer as necessidades do mercado e da vida social, cabe ao jurista moderno compreender e possibilitar uma nova forma de contratar.

Negar a existência de um *tipo geral* evidente, sob defesa da afirmação de que ele não se adequa a velhos e talvez, ultrapassados, pré-requisitos de “tipo”, é optar pela forma vazia, em prejuízo da realidade material.

Diga-se de passagem, nada impede que a realidade da Teoria Geral dos Contratos se altere de tal forma que até mesmo estes pré-requisitos ensejadores de “tipo” sejam revistos. São justamente novos paradigmas, tal como o é o fenômeno da “*contratualização híbrida*”, que levam à revolução das bases conceituais.

Neste sentido, conclui-se, por fim, que o conceito de *joint venture*, apesar de já ter atingido uma observável delimitação, permanece em franca evolução, de modo que o grau de autonomia que ele possui hoje, poderá ser imensamente afetado futuramente. Essa afetação muito dependerá de dois fatores principais: o mercado e a observação/utilização dessa figura pelos operadores do Direito.

A pesquisa que ora se encerra buscou contribuir para o desenvolvimento do segundo fator supramencionado, para que esse desenvolvimento resulte, dentre outras coisas, em contribuições positivas à proteção da concorrência, de terceiros vulneráveis, de direitos difusos e, em última análise, do bem-estar social. Na conjuntura atual, a delimitação da autonomização desse contrato é o que pode colaborar para tanto.

¹⁹⁹ FRAZÃO, Ana; *Joint Venture Contratual*; 2015;p.27

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVELLAR, Ana Paula; TEIXEIRA, Henrique; MENDES DE PAULA, Germano; Joint Ventures E A Política Antitruste Brasileira, 2012; Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rec/v16n3/a05v16n3.pdf>; Bem como este estudo de casos feito no âmbito do CADE.
- BAKAJ, Giovanna; *Joint Ventures* internacionais: particularidades e aspectos concorrenciais; Revista do CADE Vol. 1, nº 2, Novembro 2013
- _____, Giovanna; *Joint Ventures Internacionais: da Estrutura à Função*; 2013
- BAPTISTA E RIOS, in “Aspectos jurídicos del comercio internacional”, Ed. 1992
- BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture” – Uma Perspectiva Comparatista. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 42, abril/junho 1981
- BASSO, Maristela . *Joint ventures: manual prático das associações empresariais..* 4ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2002
- BUCHEB, José Alberto, *Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*, 2007.
- BUCKLEY, Peter e MICHIE, Jonathan ed “*Firms, Organizations, and Contracts – A Reader in Industrial Organization*”, OUP, 1996,
- BUCKLEY, Peter J.; CASSON, Mark. 1999. "Joint ventures." In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.
- BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. 1999. "Introduction". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.
- CAIXETA, Deborah; *Contratos Associativos: Características E Relevância Para O Direito Concorrencial Das Estruturas*; 2015
- CARVALHO, Patrícia; *Joint Venture- Um olhar voltado para o futuro*; Revista de Direito Privado, vol.6, p.162, abr/2001
- COSTA TEIXEIRA, Ana Bárbara; *A Empresa-Instituição*; Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; 2010
- DORE, Ronald. 1999. "Goodwill and market capitalism". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

E. PETRAKIS, Panagiotis., G. VALSAMIS, DIONYSIS G. Valsamis; *Entrepreneurship, Transaction Costs and Cultural Background*; International Business Research; Vol. 6, No. 5; 2013; Disponível em <http://ccsenet.org/journal/index.php/ibr/article/view/26655/1628>. Acesso em 22/06/15.

FALCONE, Pedro; Origem e evolução histórica das joint ventures; 2013

FRAZÃO, Ana; Função Social da Empresa: Repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As; Rio de Janeiro; Renovar, 2011

FRAZÃO, Ana. 2015. Joint ventures contratuais [mimeo].

IMAI, Ken-Ichi; ITAMI, Hiroyuki. 1999. "Interpenetration of organization and market: Japan's firm and market in comparison with the US. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

JAEGER, Walter; Joint Ventures: origin, nature and development; 1960

_____, Walter; Joint Ventures: Membership, Types and Termination;

LOBATO TORRES, Ricardo; *A "Inovação" Na Teoria Econômica: Uma Revisão*; UFRJ

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Contratos. São Paulo, Saraiva: 2011

MARITI, P. e SMILEY, R.H. 1999. "Co-operative agreements". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

MILES, Raymond E., SNOW, Charles C. 1999. "Organizations: new concepts for new forms." In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

MILGRON, Paul, ROBERTS, John. 1999. "Economic Theories of the Firm. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

NASI, Antônio Carlos; Incorporação, Fusão, Cisão, Joint-Venture: O Que É, Quando Fazer, Quando Não Fazer;

OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria –Parcerias empresariais e Joint Ventures; in *Magistra, Banca e Finanza*; Disponível em: http://www.tidona.com/publicazioni/settembre02_7.htm#_ftnref7BITTAR>. Acesso em 22/06/15.

PEREIRA, Luiza Maria; Acordos de cooperação entre empresas e o efeito rede, <http://jus.com.br/artigos/3098/acordos-de-cooperacao-entre-empresas-e-o-efeito-rede/2#ixzz3ak39kFuA>

PFEFFER, Jeffrey; NOWAK, Philip. 1999. "Joint Ventures and Interdependence". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

PIKETTY, Thomas; O capital no século XXI; tradução Monica Baumgarten de Bolle; 1 ed- Rio de Janeiro; Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Luís De Lima. 2003. Contrato De Empreendimento Comum – Joint Venture – Em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina.

PONTES DE MIRANDA, Francisco; Tratado de Direito Privado, Parte Especial, Tomo XLIL, Contrato de Sociedade. Sociedade de Pessoas; Borsoi; Rio de Janeiro; 1965;

RODRIGUES, Sílvio. *Volume 3*. Editora Saraiva. Rio de Janeiro, 2003.

SILVA MORAIS, Luis Domingos. 2006. Empresas Comuns – joint ventures – no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina.

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

SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Direito da Concorrência*. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-da-concorrenca/7732>>. Acesso em 22/06/15.

S.PAULO, Folha de. *Brasil Foods firma Joint Venture com chinesa Dah Chon Hong*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1048466-brasil-foods-firma-joint-venture-com-chinesa-dah-chon-hong.shtml>>. Acesso em 22/06/15

VON DÖLLINGER RÉGNIER, Karla; Alguns Elementos sobre a Racionalidade dos Modelos Taylorista, Fordista e Toyotista. Disponível em <<http://www.senac.br/informativo/bts/232/boltec232d.htm>>. Acesso em 22/06/15.

WISEGEEK. *What is an Unincorporated Joint Venture*. Disponível em: <<http://www.wisegEEK.com/what-is-an-unincorporated-joint-venture.htm>>. Acesso em 22/06/15.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 15 maio 2012.

Lei Nº 6.404, De 15 De Dezembro De 1976 . Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm

Código Civil – *Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm

CASOS ANALISADOS

Ato de Concentração nº 08012.002870/2012-38. Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. Relator: Marcos Paulo Veríssimo. Julgado em 28.08.2013.

Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Julgado em 28.08.2013.

Ato de Concentração nº 08700.003898/2012-34 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola Relator: Alessandro Octaviani. Julgado em 28.08.2013.

Ato de Concentração nº 08700.003937/2012-01 Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. E Don Mario Sementes Ltda. Relator: Alessandro Octaviani. Julgado em 28.08.2013.

DOCUMENTOS OFICIAIS ANALISADOS

Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, Issued by FTC(Federal Trade Comssion) and Department of Justice; April 2000; Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

REGULAMENTO (CE) N.º139/2004 DO CONSELHO de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, (Regulamento das concentrações comunitárias). Disponível em

http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europeia/Reg_CE_139-2004controlo_das_concentracoes_de_empresas.pdf