

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

125

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano XLI (Nova Série)
janeiro-março/2002

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série — Ano XLI — n. 125 — janeiro-março de 2002

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

SUPERVISOR GERAL: PROF. WALDIRIO BULGARELLI

COMITÊ DE REDAÇÃO: MAURO RODRIGUES PENTEADO,

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA,

RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTIN, MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

publicação trimestral de

MALHEIROS EDITORES LTDA.

Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171

CEP 04531-940

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 3078-7205

Fax: (011) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO DISTRIBUIDORA DE

LIVROS S.A.

Rua Conselheiro Ramalho, 928

CEP 01325-000

São Paulo, SP - Brasil

Tel. (011) 289-0811

Fax: (011) 251-3756

Diretor Responsável: Álvaro Malheiros

Diretora: Suzana Fleury Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

Composição: *scripta*

SUMÁRIO

DOCTRINA

LIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE NA PRÁTICA CONTRATUAL BRASILEIRA — PERMITE-SE NO BRASIL A RACIONALIZAÇÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EMPRESARIAL? — NILSON LAUTENSCHLEGER JR.	7
---	---

ATUALIDADES

AS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO E OS LIMITES LEGAIS DOS JUROS — JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA	25
A EMPRESA: NOVO INSTITUTO JURÍDICO — JORGE LOBO	29
A RECEPÇÃO DO "DROP DOWN" NO DIREITO BRASILEIRO — HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA E ZANON DE PAULA BARROS	41
A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O NOVO CÓDIGO CIVIL — FERNANDO NETTO BOITEUX	48
O CONTRATO DE "JOINT VENTURE" NA MATÉRIA ANTITRUSTE — JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA	58
A PRIVACIDADE E OS SIGILOS TELEFÔNICO, PROFISSIONAL E BANCÁRIO — LEANDRO BITTENCOURT ADIERS	62
O NOVO MERCADO E AS PRÁTICAS DIFERENCIADAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: EXAME DE LEGALIDADE FRENTE AOS PODERES DAS BOLSAS DE VALORES — EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS E FERNANDO SZTERLING	96
RESPONSABILIDADE DOS SIGNATÁRIOS DE ACORDO DE VOTO NO REGIME DA LEI N. 10.303/01 — FELIPE DE FREITAS RAMOS	114

ESPAÇO DISCENTE

A SPE — SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO — LEONARDO GUIMARÃES	129
---	-----

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA**ACIONISTA CONTROLADOR – IMPEDIMENTO AO DIREITO DE VOTO**

— ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA 139

DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

— ZANON DE PAULA BARROS 173

PARECERES**IMPUTAÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA (§ 3º, ART. 23 DA LEI 4.131/62)
E DA VEDAÇÃO À COMPENSAÇÃO PRIVADA DE CRÉDITOS
(ART. 10 DO DECRETO-LEI 9.025/46)**

— SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI e MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY 185

COLABORAM NESTE NÚMERO

EDUARDO ALFRED TALEB BOULOS
Advogado em São Paulo

ERASMO VALLADÃO A. E NOVAES FRANÇA
Professor-Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

FELIPE DE FREITAS RAMOS
Advogado no Rio de Janeiro

FERNANDO NETTO BOITEUX
Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Professor-Doutor de Direito Comercial da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP

FERNANDO SZTERLING
Advogado em São Paulo

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA
Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor de Direito Comercial nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da USP e da FAAP. Consultor Jurídico de Empresas

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA
Professor de Direito Comercial da PUC/RJ.
Advogado

JORGE LOBO
Livre-Docente em Direito Comercial pela UERJ. Advogado

JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA
Mestre em Direito Econômico Internacional pela Universidade de San Francisco, Califórnia. Advogado

MÔNICA CASTRO DE MELLO BITY
Advogada no Rio de Janeiro

SÉRGIO I. ESKENAZI PERNIDJI
Advogado no Rio de Janeiro

LEANDRO BITTENCOURT ADIERS
Advogado no Rio Grande do Sul

LEONARDO GUIMARÃES
Mestrando em Direito Comercial na Faculdade de Direito da UFMG. Advogado

NILSON LAUTENSCHLEGER JR.
Mestre em Direito Comercial pela Ludwig-Maximilians-Universität München, Alemanha. Doutorando na mesma Universidade. Advogado em São Paulo

ZANON DE PAULA BARROS
Advogado em São Paulo

O CONTRATO DE "JOINT VENTURE" NA MATÉRIA ANTITRUSTE

JOSÉ CARLOS DA SILVA NOGUEIRA

Com base na Lei 8.884, de 1994, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, dois elementos fundamentais de política de defesa da concorrência, têm a sua funcionalidade estabelecida da seguinte forma:

(i) controle preventivo das estruturas de mercado concentradas: tem por objetivo impedir o surgimento de estrutura de mercado que aumentem a probabilidade de abuso de poder econômico por parte das empresas integrantes;

(ii) controle repressivo das condutas anticoncorrenciais: tem como objetivo coibir práticas anticompetitivas de natureza vertical (ao longo da cadeia produtiva) ou horizontal (no mesmo mercado) por parte de empresas que detém poder de mercado.

No âmbito do direito da concorrência, o contrato de *joint venture*, para fim de análise de impacto anticompetitivo, encontra-se, geralmente, inserido no corpo do que se convencionou denominar de práticas horizontais de mercado. Isto porque o receio dos órgãos de proteção à defesa da concorrência sempre esteve presente na possibilidade de um contrato de *joint venture* ter, sobre o mercado, o mesmo impacto anticompetitivo que algumas fusões entre agentes econômicos inseridos dentro do mesmo segmento de mercado provocam. Além disso, o contrato de *joint venture* poderá estar inserido e ser verificado pelos órgãos de

proteção à concorrência sob os dois primas acima apontados, considerando-se as circunstâncias e o momento de sua análise.

Assim, convém recordarmos, de forma breve, porém necessária, as condições e circunstâncias de mercado caracterizadoras das práticas horizontais. Práticas horizontais de mercado são definidas como aquelas realizadas entre firmas existentes na mesma ponta da cadeia produtiva, e, portanto, ao menos em tese, concorrentes entre si.

Algumas práticas horizontais podem ser consideradas anticompetitivas, com prejuízos à concorrência, quando promovem a restrição do mercado, causando uma redução no poder de escolha do consumidor ordinário, criando, por fim, a possibilidade de um aumento no preço do produto ofertado, somada a uma possível queda de qualidade do mesmo. As práticas horizontais restritivas de mercado são condenadas pela legislação pertinente à matéria. De fato, a Lei 8.884, do ano de 1994, que está devidamente orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso de poder econômico, prevê, em seu corpo normativo, os atos contrários ao interesse da existência de um mercado saudável e competitivo.

Dentro da seara do controle repressivo, a norma jurídica acima comentada es-

tabelece, em seu art. 20, que constituirá infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possa produzir efeitos nefastos à concorrência. E assim são apontados:

(i) limitar, falsear, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e

(iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

Como se vê, os itens acima anotados refletem os efeitos ou os resultados esperados por firmas que adotam práticas anticompetitivas em suas atividades mercantis. Esses resultados podem ser encontrados a partir de práticas bastante diferenciadas, e que estão previstas, sem ser esgotadas, pelo art. 21 da Lei em comento.

A bem da verdade, o art. 21 é o conjunto de práticas tanto horizontais quanto verticais condenáveis à luz da legislação aplicável à espécie. Dentre essas, como já se disse, caso concorra para os resultados estampados no já comentado art. 20 da Lei 8.884, encontra-se o contrato de *joint venture*.

Assim, pode-se afirmar que o contrato de *joint venture* poderá ser considerado pernicioso ao mercado caso ele resulte em um cenário restritivo de mercado. Será, portanto, necessária uma análise rigorosa por parte dos órgãos de proteção à ordem econômica para se verificar a existência ou inexistência, na formação do negócio entre as firmas investigadas, de prática anticompetitiva que conduza a uma restrição do mercado relevante envolvido.

A *joint venture* é, em síntese, o contrato entre duas ou mais empresas para a atuar no campo da pesquisa, produção, ou atividades relacionadas a divulgação de negócios — *marketing* — e também comercialização.

O contrato de *joint venture* pode de várias formas ser benéfico à competição em certos mercados. Esta possibilidade se faz presente especialmente quando o contrato se revela um catalizador de conhecimento, divide os riscos, alcança certas e desejadas economias de escala, e por meio da redução o custo de transação ganha mais eficiência e cria maiores possibilidades de desenvolvimento de pesquisa e produção.

De fato, um contrato de *joint venture* pode, por meio da combinação de uso do capital, de recursos, dos ativos das firmas envolvidas, ou mesmo em função do *know-how* apresentado, participar de forma mais dinâmica e eficiente no mercado, que não seria possível de forma isolada, e, desta forma, incrementar a competição.

É preciso perceber, contudo, que os órgãos de proteção à concorrência consideram a necessidade de se verificar a presença de certos elementos que devem ser levados em conta na avaliação dos efeitos anticompetitivos de *joint ventures*.

Como já se disse, a probabilidade de se apontar efeitos anticompetitivos em contratos dessa natureza, que tenham por finalidade as atividades de pesquisa e as atividades ligadas ao desenvolvimento de novas tecnologias e produtos, é bem menor do que quando esses contratos se preocupam com a produção e a comercialização.

Nesses dois últimos casos, os órgãos de proteção à ordem econômica, e a literatura internacional, apontam a possibilidade de se identificar à inclinação para a fixação de preços, restrição da produção, divisão de mercados e uma tendência ao aumento do poder de mercado.

Considerando o contrato de *joint venture* entre competidores, a preocupação se situa no fato de poder haver com a transação específica uma redução da competição entre firmas participantes do mesmo mercado relevante. Diz-se que a probabilidade de uma redução da competição é grande se as firmas envolvidas no acordo se permitirem contratar para a formação de uma

única firma que atendesse o interesse do contrato principal (*joint venture*).

É bem verdade que isso não define como anticompetitivo acordos nessas condições, uma vez que já vem sendo largamente defendido por órgãos de proteção à ordem econômica, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos e Europa, a adoção da regra da razão para a análise de contratos dessa natureza. No entanto, se for identificado a intenção clara e inequívoca de as firmas envolvidas restringir a competitividade no mercado, a *joint venture* será considerada ilegal *per se*.

No que tange a forma preventiva estampada no art. 54 da norma indigitada, temos que a formação de uma *joint venture* também deverá ser avaliada pelo prisma da eficiência econômica e da verificação de ausência de tentativa de concentração de mercado capaz de permitir um esvaziamento da competitividade no mercado relevante atingido. Essa avaliação ocorrerá sempre que estiverem previstos na operação negocial as hipóteses lançadas no § 3º do referido dispositivo legal que são impositivas da apresentação do ato aos órgãos de proteção à ordem econômica.

Assim, qualquer ato de negócio que possa conduzir a um estreitamento da competitividade do mercado, ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, deverá ser submetido à apreciação do CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica. O contrato de *joint venture* se enquadra, como já jurisprudência pacífica do órgão maior pátrio de proteção à ordem econômica, dentro daquelas operações que devem ser submetidas ao seu controle caso implique participação do agente econômico, ou de seu grupo econômico, em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

A verificação e a análise do ato tido como de concentração pelo CADE, e pelos

demais órgãos que compõem o sistema de proteção à ordem econômica, deverão, a rigor, obedecer aos critérios indicados para a análise de natureza repressiva. Assim, verificado todos os benefícios econômicos e sociais advindos da relação existente entre os agentes econômicos envolvidos no contrato de *joint venture*, caberá ao CADE a aprovação da operação, sem qualquer restrição, avaliando o negócio realizado entre as partes.

É possível compreender que os órgãos de proteção à ordem econômica, considerando a análise do caso sob o foco da regra da razão, traz a tendência de pesar as eficiências econômicas contra os custos negativos ao mercado apresentados pela transação em pauta.

Basicamente, os órgãos competentes para tratar sobre a matéria promoverão análise em dois sentidos. Senão vejamos:

(i) será analisado se o negócio realizado cria o poder de mercado ou mesmo se reforça um poder de mercado já existente por meio da eliminação de atual ou potencial competitividade entre as partes envolvidas;

(ii) serão analisados os propósitos e os efeitos da transação em termos de redução de custos e eficiência econômica alcançada. Será ainda verificada se a transação restringe indevidamente a liberdade de atuação dos participantes, e se a negociação pode impedir, ou mesmo reduzir, uma eventual entrada de novos participantes no mercado.

Em termos de eficiência econômica, o entendimento comum é que essas estão diretamente ligadas à importância do componente de geração de tecnologia, riscos envolvidos na operação, e o aporte de valores realizado pelas empresas presentes na negociação. E a partir da análise dessas eficiências econômicas o objeto de análise antitruste poderá ser aprovado ou recusado pelos órgãos de proteção à concorrência.

Nota-se que as *joint ventures* apresentam, em sua maioria, restrições de práticas

para as firmas em negociação. Essas restrições são comumente denominadas restrições colaterais e podem atacar os preços, a produção, o território, ou mesmo uma certa classe de consumidores, além de ser uma forma velada de barreira à entrada de potenciais participantes, sendo certo, pois, que a diminuição da competição entre as partes é o resultado final desse mecanismo. Portanto, fatores relativos às restrições colaterais serão levados em conta na análise antitruste como, por exemplo, a possibilidade de entrada no mercado desejado pelas empresas por meios alternativos pesquisando-se se as restrições eram razoavelmente necessárias. Nesse caminho, poderá ser considerado se havia elementos indicadores de

que tais meios alternativos efetivamente contribuiriam para a desconcentração do mercado relevante.

Como conclusão, é importante notar que no âmbito da análise antitruste as *joint ventures* são bem recebidas quando apresentam indícios significativos de eficiência econômica, como a divisão de riscos referentes à negociação, especialmente no que tange ao processo P&D, a criação de novos produtos ou, ainda a expansão da capacidade produtiva. Em uma análise dessa natureza será também importante identificar o nível de ataque ao mercado a partir da criação da *joint venture*, sempre se levando em conta os argumentos acima apresentados.