

JOINT VENTURES: O CONSÓRCIO DE EMPRESAS NO DIREITO BRASILEIRO

Marcos Vinício Chein Feres

*Mestre e Doutorando em Direito Econômico pela UFMG
Professor Assistente da UFJF*

SUMÁRIO

Introdução.

1 *Joint ventures*: uma abordagem genérica

1.1 Breve noção econômica de *joint ventures*.

1.2 O contorno jurídico do instituto

1.3 O alcance prático das *joint ventures*

2 Espécies de *joint ventures*

2.1 *Noncorporate* e *corporate joint venture*

2.2 *Equity* e *nonequity joint venture*

3 Consórcio: a *joint venture* brasileira

3.1 A sociedade em conta de participação e o consórcio3.2

Conceito, características e requisitos legais3.3 Algumas figuras
similares no direito estrangeiro

3.4 Consórcio e livre concorrência

4 Estudo de caso – Antarctica e Anheuser Bush

4.1 Os fatos

4.2 A decisão final do CADE

4.3 Legislação aplicável

4.4 A Solução seguida pelo Conselho em detalhes

4.5 Jurisprudência

4.6 Doutrina aplicável ao caso

4.7 Doutrina geral básica

Conclusão

Bibliografia

Introdução

A separação rígida entre as disciplinas do Direito está em decadência. Não se pode mais conceber um tema como monopólio exclusivo desta ou daquela disciplina específica. Por isso, estudar o consórcio significa não só compreen-

dê-lo dentro da estrutura do Direito Comercial mas também analisá-lo do ponto de vista do Direito Econômico. O problema central aqui consiste em verificar a natureza jurídica do consórcio e algumas de suas espécies, assim como seus efeitos no ambiente econômico.

Partindo-se da análise econômica e comercial do consórcio, pretende-se aplicar esse aparato teórico na elucidação de questões práticas que começam, hoje, a surgir com o aumento de cooperação empresarial entre empresários nacionais e estrangeiros. Verificando a estrutura teórica da *joint venture* brasileira, torna-se possível analisar e avaliar, de maneira razoável, o reflexo deste tipo de concentração econômica no mercado brasileiro.

Num primeiro momento, parte-se de uma abordagem genérica das *joint ventures*, definindo-as não só do ponto de vista econômico mas também do ponto de vista jurídico. Num relance ainda, procura-se demonstrar o alcance prático dessas instituições dentro da atual era da internacionalização da economia.

Dentro dessa noção genérica de *joint ventures*, recorre-se a uma antiga técnica doutrinária, a saber, a classificação das espécies hoje mais comuns. Distingue-se, assim, a *corporate joint venture* da *noncorporate joint venture*, assim como a *equity* da *nonequity joint venture*.

Quanto ao consórcio, além da necessidade de desenvolver um conceito teórico-prático e, por isso, transdisciplinar que envolva não só elementos jurídicos mas também econômicos, atém-se, mais adiante, as suas específicas características jurídicas, requisitos legais e, principalmente, a inter-relação dele com a livre concorrência.

Na tentativa de evitar um trabalho exclusivamente teórico, como objetivo final, serve-se de um caso realmente ocorrido e julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que possa comprovar a utilidade desse estudo e, sobretudo, a premente necessidade de analisar esses institutos num contexto de transdisciplinaridade.

Como conclusão, é necessário visualizar uma reformulação de antigos conceitos e preconceitos que acabam fazendo do Direito uma ciência antiquada. Não se pode continuar a sustentar um estudo estanque das diversas disciplinas jurídicas, sendo, pois, fundamental esta integração disciplinar entre Direito Comercial e Econômico.

1 *Joint ventures*: uma abordagem genérica

1.1 BREVE NOÇÃO ECONÔMICA DE *JOINT VENTURES*

De acordo com Maristela BASSO (1998), a expressão *joint venture* não possui equivalente precisa na língua portuguesa¹, tendo, pois, sua origem na prá-

¹ No entanto, SANTOS *et al.* (1998) traduzem a expressão por empresa comum.

tica da *common law*. Pode-se dizer, com isso, que este tipo de associação assumirá as mais diversas formas jurídicas institucionais, dependendo do país em que se busque realizar o empreendimento comum.

Maristela BASSO (1998: 41) leciona que “*joint venture* corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes”. Partindo-se dessa premissa, não seria incorreto afirmar que o conceito de *joint venture* ultrapassa os contornos jurídicos que ela possa vir a apresentar. Em suma, a *joint venture* consiste numa forma de organização empresarial em que os interessados se agregam a fim de alcançar um objetivo comum.

Trata-se de um conceito mais econômico que jurídico à primeira vista.

Do ponto de vista econômico, não parece difícil verificar o contorno e os objetivos da instituição da *joint venture*. De fato, esta consiste num modo de se agrupar, por prazo determinado, empresas que atuem no mesmo ou em diferentes níveis do processo produtivo a fim de atingirem economias de escala ou de escopo² e reduzirem custos de transação³ numa situação de mercado concorrencial imperfeita⁴.

Neste sentido o conceito de RASMUSSEN (1991: 177) para *joint ventures*:

² Economia de escala consiste em produzir mais de uma mesma espécie de bem a custo mais baixo, tendo em vista o tamanho da empresa, ao passo que economia de escopo caracteriza-se pela redução de custos com a produção de bens de espécies distintas.

³ Na versão de COASE (1988), custos de transação são aqueles necessários para descobrir com quem se deseja contratar, para chegar àquele com quem se escolheu contratar, negociar os termos do contrato e conduzir a negociação até a conclusão do contrato e, sobretudo, verificar se os termos e cláusulas do contrato vêm sendo observados no momento da execução (cf. COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago : The University of Chicago Press, 1988, p. 114).

⁴ John H. DUNNING (1992: 235) demonstra que “*in imperfect markets, a firm may seek the ownership or control over multiple activities for three reasons. The first is that it believes such a governance is more likely to advance its goals than if the activities were under separate ownership. The second is to reduce the perceived transaction costs (including risk) of organizing activities in a way that best advances its objectives. The third is to increase the economic rent earned on the activities and/or control the use made of the final output*”. Ora, percebe-se que, num mercado de concorrência imperfeita, é natural a associação de pessoas e capitais a fim de realizar com mais segurança um determinado empreendimento econômico. De acordo com o economista DUNNING (1992), uma *joint venture* pode ser iniciada por uma ou mais partes para realizar uma nova empresa com intuito de oferecer um determinado tipo de produto ou serviço.

Uma fusão de interesses entre uma empresa ou um grupo econômico, pessoas jurídicas ou pessoas físicas que desejam expandir sua base econômica com estratégias de expansão e/ou diversificação, com propósito explícito de lucros ou benefícios, com duração permanente ou a prazos determinados.

Observe que o autor não coloca o prazo determinado como característica diferenciadora do instituto, o que merece reparo, pois a *joint venture* não se confunde com fusões e aquisições que tendem a assumir uma conformação permanente. Assim nada mais acertado que considerar a *joint venture* como transitória e, por vezes, um momento preliminar e experimentar em relação à definitividade das fusões e incorporações.

Todavia, é necessário ressaltar que o conceito do economista supracitado apresenta uma importante característica a de que as empresas se unem tendo em mira expandir sua planta de produção ou diversificá-la. Esse parece ser, em princípio, o motivo maior da *joint venture*, uma busca por eficiência e lucratividade.

A noção econômica de *joint venture* está, ainda, intimamente ligada à necessidade de desenvolvimento de novos produtos e processos para que a empresa⁵ assuma uma posição de destaque no mercado. Conforme salienta FARINA (1997), a busca pelo poder de monopólio através da inovação leva as empresas a investir em pesquisa e desenvolvimento (P&D), visto que a diferenciação de produtos é essencial para o aqumbarcamento de fatia de mercado mais e mais expressiva. Por tudo isso, as empresas se associam em *joint ventures* com o objetivo imediato de aprimorar seus processos de produção e mediato de aumentar suas margens de lucro.

Dessa forma, ainda que de modo superficial, pode-se dizer que *joint venture*, do ponto de vista econômico, consiste num meio pelo qual as empresas que atuam nos mesmos ou em diferentes níveis da produção se associam, por pra-

⁵ Deve-se salientar que *empresa*, para o Direito Comercial, significa, segundo BULGARELLI (1995: 99), “atividade econômica organizada de produção de bens e de serviços para o mercado, com a finalidade de estabelecer um regime jurídico específico”. Esse conceito de empresa parece ser o adotado tanto por COELHO (1995) quanto por GOMES (1996) que não a consideram nem sujeito nem objeto de direito, mas mera atividade econômica organizada, ou seja, o modo pelo qual o titular exerce o direito de propriedade (cf. GOMES, 1996). De outra parte, REQUIÃO (1989) é taxativo ao classificar a empresa como abstração e mero objeto de direito. Todavia, como se está a definir a noção econômica de *joint venture*, justifica-se a utilização da expressão *empresa* no sentido que os economistas lhe dão. Assim, fica esclarecido, desde então, o emprego da palavra no sentido de entidade hierarquicamente organizada tendo em vista a redução de custos de transação (cf. WILLIAMSON, 1987).

zo certo, a fim de realizarem economias de escala ou de escopo e reduzirem custos de transação.

1.2 CONTORNO JURÍDICO DO INSTITUTO (*JOINT VENTURE*)

A noção jurídica de *joint venture* encontra seu fundamento na realidade econômica que a justifica. Por isso, há uma tendência a confusões entre os conceitos jurídico e econômico dessa forma de atuação empresarial. Não se pode, todavia, deixar de considerar que a realidade fática econômica acaba por influir na configuração jurídica do instituto, haja vista uma característica comum ao Direito Comercial e Econômico, a preponderância do substrato fático na elaboração de instituições jurídicas e normas específicas.

Juridicamente, pode-se conceituar *joint venture*, conforme BLACK'S LAW DICTIONARY(1991: 584), como “*a legal entity in the nature of a partnership engaged in the joint undertaking of a particular transaction for mutual profit*”. Consiste ainda numa associação por tempo limitado de pessoas físicas ou jurídicas para juntas assumirem um determinado empreendimento econômico, sendo que, geralmente, todos contribuem para a formação do ativo, assim como partilham os riscos do negócio (cf. BLACK'S LAW DICTIONARY, 1991).

Como a expressão *joint venture* é de origem anglo-saxã, é prudente verificar a conformação que a doutrina norte-americana lhe dá. De acordo com GLOVER (1992: 7-4), “*joint ventures – arrangements in which two or more parties combine forces to engage in a specific economic activity – are quite common in the business world*”. A partir desses sucintos conceitos do instituto, pode-se verificar que a natureza jurídica dele é contratual. A *joint venture* funda-se num acordo, num contrato que assumirá contornos diversos tendo em vista os critérios e as necessidades dos agentes econômicos interessados no empreendimento conjunto.

No entanto, é importante verificar qual é a espécie de contrato que serve para configurar juridicamente o instituto em estudo. Nesse passo, força é indagar se a *joint venture* deve ser considerada um contrato de intercâmbio ou de comunhão de escopo, conforme leciona GRAU (1990). Valendo-se do magistério de *Ihering*, GRAU (1990: 6) disserta que “nos contratos de intercâmbio, os interesses das partes estão em contraposição, polarizados. Cada parte persegue seus próprios interesses”, enquanto “nos contratos de comunhão de escopo [...] os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam” (GRAU, 1990: 6).

A partir das claras lições de GRAU (1990), pode-se concluir que não existe sinalagma entre os que realizam uma *joint venture*. A vantagem de um não configura prejuízo para o outro. Trata-se, sim, de um contrato de comunhão de escopo, pois os contratantes pretendem um mesmo objetivo, isto é, a reali-

zação do empreendimento econômico. Há, assim, interesses paralelos e não contrapostos. Eis aí a exata configuração do contrato plurilateral de que ASCARELLI se utiliza para demonstrar a natureza das sociedades comerciais (**apud** REQUIÃO, 1989).

O fato de considerar-se uma *joint venture* um contrato plurilateral ou de comunhão de escopo não a transforma automaticamente numa sociedade comercial, visto que pode, em ocasiões outras, conforme pretendam os envolvidos, assumir a forma contratual sem, no entanto, converter-se numa das formas societárias existentes.

Dentro dessa perspectiva, GLOVER (1992: 7-6) ensina que “*joint ventures ordinarily take one of four basic forms: the corporate joint venture, the partnership joint venture, the limited liability company joint venture and the contractual joint venture*”. Partindo dessa linha de raciocínio, constata-se que as *joint ventures* estadunidenses podem assumir a forma de uma sociedade anônima, de uma sociedade de responsabilidade limitada ou ilimitada ou de um simples contrato. Conforme o mesmo autor, os direitos e obrigações dos *venturers* serão estabelecidos num acordo de acionistas (*shareholders agreement*) ou no próprio estatuto social se a *joint venture* consistir numa sociedade anônima, no contrato social se assumir uma das outras formas de sociedade e no próprio contrato instituidor da relação de *venture* caso não se converta em uma entidade separada (cf. GLOVER, 1992).

Observando o contorno das diversas faces de uma *joint venture* nos Estados Unidos, não seria incorreto afirmar que a base jurídica desse tipo de associação pode ser similar no Brasil. Nesse sentido, a natureza jurídica da *joint venture* será um contrato plurilateral ou de comunhão de escopo, não importando se assuma ou não uma forma societária prevista no ordenamento jurídico pátrio.

Reforçando essa idéia, BAPTISTA (1981: 53), alicerçado na concepção jurisprudencial norte-americana, salienta que “como um conceito jurídico, uma *joint venture* não é um *status* criado (diretamente) pela lei, mas sim uma relação jurídica assumida voluntariamente e nascida totalmente *ex contractu*”. No mesmo sentido, ZALDIVAR *et al.* (1989) definem a *joint venture* como um contrato de agrupamento empresarial em que duas ou mais sociedades civis ou comerciais dividem trabalho e responsabilidades.

Por tudo isso, parece não importar a forma societária que venha assumir a *joint venture* cuja natureza jurídica é contratual.

1.3 O ALCANCE PRÁTICO DAS *JOINT VENTURES*

1.3.1 O intercâmbio qualitativo entre empresas

O economista Lester THUROW (1997) evidencia que o binômio recursos naturais e mão-de-obra não mais se torna preponderante na composição da equação competitiva. Hoje mais do que nunca a atenção se volta para a tecnologia, o mais novo fator nessa equação. E, para garantir desenvolvimento tecnológico, novos instrumentos jurídicos vêm sendo postos em prática pelos agentes econômicos no intuito de obterem vantagens competitivas.

Nesse mesmo sentido, verifique que a tecnologia, na concepção de BASSO (1998), é um elemento essencial na formação de uma *joint venture*. Ora, segundo a autora, isso pode ser comprovado pelo interesse no parceiro estrangeiro não só com intuito de trazer aporte de capital em divisas para dentro do país, mas também com vistas a utilizar-se dos conhecimentos tecnológicos de ponta detidos pelos nacionais de países desenvolvidos⁶ (cf. BASSO, 1998). Assim, de acordo com a professora da USP, “o resultado dessa parceria é sempre excelente: expansão da capacidade produtiva dos dois (ou mais) parceiros; inserção em novos mercados; utilização e desenvolvimento de novos produtos e tecnologias” (BASSO, 1998: 95).

Esse intercâmbio de tecnologia pode-se dar através de contratos de *know-how*, de transferência de tecnologia, de exploração de marcas e patentes (licença ou cessão), conforme ressalta BARBOSA (1988). Essa troca de conhecimento se encaixa perfeitamente numa *joint venture* cujo objetivo econômico imediato é aumentar a eficiência das plantas de produção. Através do contrato de associação, procura-se pôr em prática um empreendimento comum, promovendo uma real sinergia de informações e conhecimentos técnicos.

Realizando, no contexto da *joint venture*, contratos de transferência de tecnologia, de *know how*, de licença de uso de patentes, reduzem-se os custos que os empresários arcariam se tivessem de negociar esse intercâmbio de conhecimentos em contratos específicos e diversos no largo âmbito do mercado.

BAPTISTA (1982: 264) também enuncia as vantagens diretamente revertidas para um determinado país ou região com a implementação de *joint ventures* entre empresários nacionais e estrangeiros:

As necessidades locais por outro lado fixam os demais objetivos: contribuição em capital ou bens de produção; treinamento de mão-de-obra local; diminui-

⁶ STUBER (1988), ao comentar a estrutura jurídica estabelecida pela antiga lei de informática (Lei 7232, de 29.10.84), conclui que uma alternativa à proibição de empresas estrangeiras explorarem, diretamente, dentro do território brasileiro, atividades do setor de informática seria a formação de consórcios entre empresários nacionais e estrangeiros. GRAU (1990) também chegou a dissertar sobre a realização de consórcios entre estrangeiros e nacionais com vistas ao intercâmbio tecnológico, desde que não se atentasse contra os mandamentos da Lei de Informática que não admitia fosse o controle de capital, decisório e tecnológico transferido ao parceiro estrangeiro.

ção, por via de substituição, das importações (que contribui para o equilíbrio do balanço de pagamentos); [*sic*] o aumento das exportações, através dos recursos do investidor estrangeiro; transferência de tecnologia e de *know how*; acesso a fontes produtoras de novas técnicas ou de pesquisa e desenvolvimento; finalidades sócio-políticas, como o desenvolvimento regional; ou criação da infra-estrutura, tal como rodovias, portos, escolas, centros de treinamento, etc.

Dessa forma, é redundante dizer que esse tipo de associação traz enormes benefícios para o país em que se opere o contrato entre os capitalistas nacionais e estrangeiros.

1.3.2 *Joint ventures* para pequenas e médias empresas⁷

Há, ainda, de se levar em consideração que a *joint venture* não se trata de um mecanismo único e exclusivo para implementação de agrupamento de empresas de nacionalidades diversas. Esse instituto possui uma aplicação prática dentro de um determinado território nacional.

Dissertando sobre o consórcio de empresas, Fábio Konder COMPARATO (1976) revela que as pequenas e médias empresas não foram absorvidas pelo processo de concentração que ocorreu nos países desenvolvidos capitalistas. Inere-se dessa afirmação que a concentração econômica não necessita, para seu sucesso, de aniquilar o pequeno e médio empresário. Além disso, COMPARATO (1976: 5) aponta que “nos Estados Unidos, 90% do total das empresas emprega, em média, menos de dez pessoas”. Isso, sem dúvida, reforça a idéia de que, mesmo num grande centro capitalista, como o norte-americano, há lugar de destaque para as empresas de pequeno e médio porte. COMPARATO (1976: 6) ainda chama a atenção para o fato de que “nem todos os insucessos do desempenho empresarial poderiam ser atribuídos ao naniquismo, pois as pequenas e médias empresas costumam apresentar virtudes em geral desconhecidas pelos gigantes econômicos”. Continua, assim, o autor dizendo que se comprova tal eficiência por parte das empresas menores, já que estas possuem “grande capacidade de inovação; flexibilidade de estru-

⁷ Em determinados momentos desse trabalho, o uso da expressão “empresa” não se encaixará na conformação que lhe dá o Direito Comercial (como explicado em nota supra). Isto porque se trata de um trabalho transdisciplinar em que se procura produzir um campo único de conhecimento para o qual convergem não só estruturas jus-comercialista, mas também juseconômicas e até puramente econômicas. Conforme ressaltado na introdução, o objetivo desse trabalho é produzir um estudo da realidade e da teoria a respeito dos consórcios.

turas, ensejando pronta adaptação às novas situações de mercado; rapidez de decisão; atendimento personalizado da clientela” (COMPARATO, 1976: 6).

A partir daí, é preciso compreender que o processo de concentração de empresas, por si só, acaba gerando obstáculos ao desenvolvimento das pequenas unidades de produção, já que estas não possuem substrato financeiro, tecnológico e logístico para competirem com as grandes empresas no mercado. De acordo com COMPARATO (1976), o Estado poderia solucionar tais empecilhos através da concessão de financiamentos e empréstimos bancários. No entanto, o próprio COMPARATO (1976: 6) demonstra que “as verdadeiras soluções parecem advir das próprias empresas em si, por meio de técnicas adequadas de colaboração”.

É, dentro desse contexto, que a *joint venture* brasileira ou consórcio se revela interessante como instrumento a serviço do fortalecimento de pequenas e médias empresas no esforço de concorrerem, em igualdade de condições, com as macro-empresas. Aliando tecnologia, avançado esquema de distribuição, suprimento de matérias-primas, algumas pequenas empresas podem se tornar extremamente eficientes para competirem no mercado interno e, quiçá, no internacional.

Neste caso, é claro, não deixa de haver uma espécie de concentração, mas temporária, não implicando, porém, a extinção das empresas de pequeno e médio porte que continuarão a atuar, no seu próprio ofício, de forma independente. Essa é, sem dúvida, uma importante vantagem prática da *joint venture* que não incentiva a formação de macro-estruturas, na maior parte das vezes, anticoncorrenciais.

Mauro Rodrigues PENTEADO (1979) também defende a tese de que pequenas e médias empresas podem se valer do consórcio (*joint venture* brasileira) para inserirem-se no mercado e sedimentarem sua participação sem, no entanto, se renderem às fusões e aquisições. Por esse prisma, o consórcio deixa de ser uma alternativa à concentração de grandes unidades empresariais apenas e revela-se como elemento de conservação das pequenas e médias empresas presas fáceis das macro-empresas no processo concorrencial.

Dentro dessa perspectiva, vale ressaltar a conclusão de PENTEADO (1979: 14) quanto às vantagens do consórcio em detrimento do processo de concentração empresarial:

Neste sentido, em que avultam as vantagens da concentração, podemos lembrar a utilização do consórcio de empresas para a participação em grandes empreendimentos; para exploração de serviços comuns, em benefício das empresas consorciadas (centros de compras, rede de distribuição e vendas, centros de processamentos de dados, laboratórios de pesquisas, escritórios de exportação e importação, contabilidade e mecanografia etc.); para o fortalecimento da posição das participantes, na obtenção de empréstimos e financiamentos etc.

Em nível interno, a *joint venture* assume uma importante função de dar sustentação às pequenas e médias empresas no sentido de obterem vantagens competitivas que lhes garantam uma posição dentro do mercado. Isso não se fará a curto prazo, mas depende, fundamentalmente, de um processo de conscientização e educação do empresário brasileiro. Assim, cabe mostrar-lhe a possibilidade de sedimentação de sua empresa se atuar em conjunto com outros empresários à jusante ou à montante⁸, ou ainda, no mesmo estágio da produção⁹.

2 Espécies de *joint ventures*

2.1 CORPORATE E NONCORPORATE JOINT VENTURES

De acordo com BASSO (1998), a *corporate joint venture* distingue-se da *noncorporate* pela formação de uma pessoa jurídica ao final da conclusão do acordo base. As *joint ventures* contratuais, como são também conhecidas as *noncorporate joint ventures*, caracterizam-se pelo compartilhamento dos riscos, mas isso não significa que elas se converterão em uma nova pessoa jurídica com aporte de capital.

A *joint venture* societária consiste, basicamente, na necessária contribuição de capitais dos interessados no empreendimento comum para que uma nova sociedade seja estruturada a fim de atender aos objetivos do acordo base. Uma vez

⁸ Neste caso, refere-se à integração vertical em que fornecedores e distribuidores se unem no sentido de reduzirem seus custos e otimizarem o processo produtivo em cadeia. Do ponto de vista do Direito da Concorrência, cautelas devem ser tomadas no sentido de evitar o abuso do poder dominante, que pode vir a ocorrer com eliminação de concorrentes ou domínio do mercado relevante de bens e serviços (art. 54 e art. 20 c/c 21 da Lei 8884/94). Todavia, esse pode não ser o caso quando se trata de pequenas e médias empresas cujo objetivo é inserirem-se no mercado e garantirem um participação efetiva no processo concorrencial. Em suma, essa eficiência revertida em favor do pequeno concorrente vem aprimorar um ambiente cada vez mais competitivo.

⁹ Trata-se de integração horizontal quando empresas, no mesmo estágio da produção, resolvem se associar, ainda que temporariamente. Ora, a Lei de Proteção à Concorrência (Lei 8884/94) adotou a regra da razão que deve ser aplicada nesse caso específico, pois as pequenas e médias empresas que se associam para obterem ganhos de eficiência podem não estar enquadradas na presunção do parágrafo 3º do artigo 54 da lei, pois a associação delas provavelmente não chegará a atingir 20% do mercado relevante de bens ou serviços ou o faturamento anual legal previsto que autorizaria a intervenção do CADE.

formada a pessoa jurídica, tem início a atividade econômica que os *co-venturers* desejam desenvolver para a realização de objetivos comuns.

Nesse tipo de associação, elementos específicos do contrato de sociedade integram o acordo base (cf. BASSO, 1998), consolidando-se, assim, o empreendimento comum através de um tipo societário. Atualmente, a tendência é a opção pela forma das sociedades por cotas de responsabilidade limitada e pelas sociedades anônimas. Como exemplo, pode-se citar o caso Antártica e Budweiser em que se pretendia formar a seguinte *joint venture* societária, Budweiser do Brasil Ltda., uma típica sociedade por cotas de responsabilidade limitada¹⁰. De acordo com o relatório do acórdão do CADE (1999), a Anheuser-Bush International Inc. participaria desta sociedade com 51% e a Cia. Antarctica Paulista, com 49%.

Por outro lado, as *joint ventures* meramente contratuais apresentam uma vantagem expressiva a de não criar um novo vínculo societário entre os empresários, com novas contribuições para a formação de um novo capital social. Em verdade, elabora-se um contrato no qual ficam devidamente estabelecidos os direitos e deveres do contratantes, independentemente da criação de uma pessoa jurídica. Nesta situação, existe uma comunhão de interesses e objetivos comuns que podem levar empresas¹¹, em princípio, concorrentes a atuarem concertadamente por um período determinado.

CARVALHOSA (1998) afirma que a *joint venture agreement* e a *joint venture corporation* diferenciam-se simplesmente pelo fato de a segunda determinar a constituição de uma nova sociedade com o fim específico de levar adiante o empreendimento comum. Na *joint venture* contratual, como não há uma nova sociedade criada para realizar o objetivo da associação, um operador que pode ser qualquer um dos contratantes (qualquer uma das sociedades envolvidas) terá por função a realização da atividade econômica com vistas a implementar, num certo espaço de tempo, a comunhão de propósitos dos *co-venturers*.

2.2 EQUITY E NONEQUITY JOINT VENTURE

Para BASSO (1998), nas *equity joint ventures*, há associação de capitais, o que não acontece com as *nonequity joint ventures*. Mais preciso BAPTISTA

¹⁰ ver BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília. Disponível [Online] in ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip, 22.11.1999.

¹¹ A expressão está sendo utilizada de acordo com a Legislação de Proteção à Concorrência e à Teoria Geral do Direito Econômico. Em Direito Comercial, o termo equivalente seria sociedade ou empresário.

(1981) afirma que as *equity joint ventures* se caracterizam pelo investimento direto de capital em empresas preexistentes ou criadas a partir do acordo base. Assim, no entendimento de BAPTISTA (1981), as *non equity joint ventures*, embora utilizadas como forma de investimento, não se exteriorizam pelo aporte direto e em espécie de capital. Nesse tipo de associação, há uma transferência de meios e bens necessários à realização do empreendimento comum, assumindo, pois, ambas as partes contratantes responsabilidade conjunta (cf. BAPTISTA, 1981).

Em verdade, as *equity joint ventures* correspondem às *joint ventures corporation*, enquanto as *nonequity joint ventures* não deixam de ser uma reprodução das *joint ventures* contratuais. Este critério classificatório em estudo apresenta-se como uma forma secundária de compreender o fenômeno de formação das *joint ventures*. Diante da argumentação de ambos os autores citados, fica claro que, se há uma associação ou aporte direto de capital, uma nova sociedade será formada, o que transforma a *equity joint venture* numa subespécie do consórcio societário.

É importante destacar que *equity*, nesse sentido aqui abordado, não se confunde com a noção de equidade ou *justice as fairness*, mas antes significa os fundos que os interessados trazem para a formação de uma sociedade em troca de ações ou cotas (cf. BLACK'S LAW DICTIONARY, 1991). Por isso, é fácil concluir que essas espécies de *joint ventures* revelam uma característica específica e singular que diferencia a *joint venture* societária da contratual. Assim, no consórcio contratual, não há aporte de capital em troca de ações ou cotas de uma nova sociedade, o que parece lógico tendo em vista a sua própria natureza.

3 Consórcio: a *joint venture* brasileira

3.1 A SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO E O CONSÓRCIO

Antes da instituição do consórcio, já havia um tipo societário que fazia as vezes de uma *joint venture*, a saber, a sociedade em conta de participação. Esta consiste na possibilidade de associação de duas pessoas físicas ou jurídicas em que um dos sócios é oculto e o outro, ostensivo. Em verdade, comerciante individual ou coletivo deve ser o sócio ostensivo e sobre este é que recaem todas as responsabilidades perante terceiros. No entanto, no contrato que organiza a sociedade em conta de participação, deve-se estabelecer a divisão de lucros e prejuízos entre os sócios ostensivos e ocultos.

Tanto REQUIÃO (1989) quanto BORGES (1971) concordam com relação ao caráter peculiar da sociedade em conta de participação. Segundo REQUIÃO (1989: 305), “é curiosa a sociedade em conta de participação. Ela não tem razão ou firma social; não se revela publicamente, em face de terceiros; não

tem patrimônio, pois os fundos são entregues, fiduciariamente, ao sócio ostensivo que os aplica como seus...”.

Nesse mesmo sentido, Eunápio BORGES (1971: 318) apresenta como características das sociedades em conta de participação as seguintes:

1) não é uma pessoa jurídica, mas simples contrato entre um sócio ostensivo e um ou mais sócios ocultos ou participantes; 2) não tem firma ou denominação social[...]; 3) é, pois uma sociedade oculta ou anônima, como a denomina o art. 325. E, com efeito, embora a designação pertença hoje às companhias ou sociedades anônimas por ações, a sociedade verdadeiramente anônima é a em *conta de participação*, que não tem nem firma, nem denominação[...]; 4) o sócio ostensivo ou gerente será sempre um comerciante[...]; 5) a sociedade pode constituir-se verbalmente, ou por escrito, prova-se por todo o gênero de provas admitido nos contratos comerciais, não se estendendo a elas as exigências relativas à constituição, arquivamento e publicidade das demais sociedades.

A partir da noção econômica e jurídica de *joint venture*, não é difícil verificar que a sociedade em conta de participação atende aos requisitos mínimos para ser considerada instrumento a serviço de empreendimentos comuns com finalidade lucrativa, como definem os próprios comercialistas supracitados¹². Dessa forma, embora hoje o consórcio venha sendo mais explorado quer pelo setor público quer pelo setor privado, não se nega a real importância e o caráter precursor da sociedade em conta de participação como forma societária a serviço de associações empresariais temporárias.

Atualmente, as sociedades em conta de participação ressurgem no cenário nacional. De acordo com REQUIÃO (1989: 306), “capitalistas emprestam seus capitais a comerciantes, para aplicação em determinadas operações, repartindo-se o lucro a final. É comum nos negócios momentâneos de importação, ou quaisquer outros negócios que envolvam aplicação imediata de expressivos capitais”. Segundo o mesmo autor, as financeiras acabam, hoje, funcionando como sociedades em conta de participação quando captam poupança particular para aplicarem estes recursos de acordo com os interesses do Fundo.

Por fim, ROCHA (1997) afirma que tanto o consórcio quanto a sociedade em conta de participação têm a forma societária, embora despersonalizados, sendo regidos por um contrato base que determina as relações entre os associa-

¹² Nesse ponto, gostaria de destacar a contribuição do professor Osmar Brina Corrêa-Lima que me aconselhou a pesquisar as sociedades em conta de participação como verdadeiras instituições legais precursoras do consórcio, tal qual concebido atualmente pela Lei das Sociedades Anônimas, o que pude verificar ao longo desse trabalho monográfico.

dos. Todavia, do consórcio, exige-se o registro, o que já não ocorre com a sociedade em conta de participação. Assim, parece correto dizer que esta seria a forma embrionária do consórcio. Isso não significa que ela tenha sido substituída por este, continuando a ser utilizada ainda hoje como forma societária a serviço de *joint ventures*¹³.

3.2 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E REQUISITOS LEGAIS

3.2.1 Conceito

Sabendo-se que o consórcio pode ser utilizado como um instrumento jurídico de efetivação de *joint ventures*, não há dúvidas de que a sua natureza jurídica seja a de um contrato de comunhão de escopo ou plurilateral. Além disso, CARVALHOSA (1998: 339) afirma que “o consórcio constitui um contrato associativo, sem personalidade jurídica”. Embora sem personalidade jurídica na acepção clássica, o consórcio assume personalidade contratual e jurídico-processual (cf. CARVALHOSA, 1998).

Não há uma definição legal para o consórcio, o que é louvável. De regra, não cabe à lei conceituar institutos, mas antes determinar os modos de sua utilização e os efeitos decorrentes desta. É, sim, tarefa da doutrina conceber o conteúdo conceitual de qualquer instituto. Dessa forma, o consórcio é o contrato pelo qual se viabiliza a união de esforços e recursos no sentido de realizar um empreendimento comum, o que não seria possível de alcançar-se, separadamente, por cada um dos empresários envolvidos.

Mais especificamente, o consórcio é o contrato plurilateral ou de comunhão de escopo que organiza os meios necessários para a efetivação da colaboração empresarial e do objetivo comum, seja este qual for¹⁴.

¹³ Sem descartar a possibilidade de as sociedades em conta de participação serem utilizadas como forma de cooperação empresarial, COMPARATO (1976) afirma, porém, que a sociedade em conta de participação apresenta características que a tornariam imprópria para o fim de colaboração entre empresas atuantes no mesmo estágio da produção, a saber: a posição oculta de alguns dos sócios e a responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo. Num outro aspecto, PENTEADO (1979) considera que as sociedades em conta de participação viabilizam mais efetivamente a associação entre capital–empresa do que a colaboração entre empresas propriamente dita.

¹⁴ A partir do fim que se pretende alcançar com a união empresarial, CARVALHOSA (1998) classifica o consórcio em operacional ou em instrumental. De acordo com este autor, se a colaboração empresarial visa a viabilizar atividades e pesquisas, ficará configurado um consórcio operacional, ao passo que, se a associação pretende capacitar as empresas para contratar com terceiros a execução de obras, serviços ou concessões, o tipo de consórcio será instrumental.

Dependendo do ponto de vista adotado, o consórcio pode ser de empresas ou de sociedades. Tendo em vista que, para uma grande parte da doutrina, a empresa se revela ora como objeto de direito ora como atividade econômica organizada, enquanto a sociedade é a pessoa jurídica, o sujeito de direito, a conclusão mais lógica seria a de confirmar a prevalência da expressão consórcio de sociedades. No entanto, esta não é a melhor qualificação para o instituto.

Mauro Rodrigues PENTEADO (1979) opta pela denominação consórcio de empresas. Este mesmo autor considera que o fato de assim qualificar o consórcio não significa uma adesão à teoria institucionalista e subjetiva com relação ao conceito de empresa. O consórcio, segundo a doutrina, será de empresas, porque “diz respeito a uma das formas de combinação da atividade organizada pelo empresário, e, ainda, pela sua abrangência, [...] se estende em relação a empresas cujos titulares tanto podem ser pessoas físicas como jurídicas” (PENTEADO, 1979: 31).

Assim, ao se falar em consórcio de empresas, está-se mudando o foco da forma societária para a idéia de atividade econômica organizada, pouco importando se envolvidas sociedades anônimas, limitadas ou mesmo pessoas físicas. O consórcio é uma relação contratual que se estabelece a fim de congregiar recursos e esforços, independentemente dos sujeitos envolvidos.

3.2.2 Características

Para CARVALHOSA (1998), o consórcio apresenta, antes de tudo, uma conformação contratual que desnatura qualquer possibilidade de considerá-lo uma nova pessoa jurídica¹⁵ (artigo 279 da Lei 6.404/76). Além disso, este instituto possui natureza mercantil, porque a lei societária assim o concebeu. O mesmo autor esclarece ainda que os empresários envolvidos guardam sua autonomia, apresentando funções diversas na persecução do empreendimento comum (cf. CARVALHOSA, 1998).

No entanto, como se explica o consórcio societário? Neste caso, o consórcio mantém sua natureza contratual, mas assume a forma societária desejada a fim

¹⁵ Do mesmo teor é a dissertação de BARROS LEÃES (1973: 145): “como se vê pela Lei n. 4137, o consórcio é tratado como se fora uma sociedade – e como sociedade aliás é expressamente chamado. Ora, no agrupamento de empresas, não há falar em sociedade consórcil, pois, mediante o consórcio, não se constitui uma nova pessoa jurídica. Ao contrário, no contrato de consórcio, as empresas se agregam umas às outras, preservando cada uma delas a sua individualidade jurídica própria”. Neste sentido, também se pronuncia REQUIÃO (1988) ao tratar do consórcio de empresas. No entanto, apesar disso, Osmar Brina Corrêa LIMA (1995) classifica o consórcio como grupo de direito, o que é pertinente, tendo em vista a natureza do instituto.

de alcançar os objetivos comuns das partes contratantes. Desse modo, nada impede em considerar o consórcio uma sociedade¹⁶, ainda que desprovido de personalidade jurídica própria. Ele apresenta, em síntese, apenas a estrutura societária, mas sua característica de fundo continua sendo a de um contrato plurilateral.

Quanto ao patrimônio do consórcio, ele é tido como de destinação ou apartado, segundo CARVALHOSA (1998). Isso quer dizer que este patrimônio é voltado especificamente para a realização dos objetivos consorciais. Há assim uma autonomia patrimonial instrumental.

CARVALHOSA (1998: 341) disserta que “as prestações de cada consorciada não se fundem nem se confundem”. No consórcio, são identificáveis as contribuições de cada associado, embora sejam utilizadas conjuntamente na instrumentalização dos meios necessários para atingirem o objetivo comum. Esta é, sem dúvida, uma característica distintiva do consórcio em relação à sociedade, pois aquele, ainda quando assume a forma societária, não produzirá uma massa homogênea do total de contribuições que se converte no capital inicial na estrutura societária clássica (cf. CARVALHOSA, 1998).

Pedro Paulo CRISTÓFARO (1981) é preciso ao caracterizar o consórcio como uma forma temporária de concentração. Por essa perspectiva, o consórcio não se confunde com a fusão e a incorporação, pois estas têm em vista atender a uma necessidade permanente de incremento de economias de escala. No dizer de CRISTÓFARO (1981: 15), “a concentração é temporária. Dura enquanto dura o empreendimento. Defaz-se quando ele termina”. Por isso, o instrumento contratual que institui o consórcio e com o qual este se confunde não põe fim à individualidade das partes consorciadas.

3.2.3 Requisitos legais

Antes mesmo da publicação da Lei de Sociedades Anônimas (Lei n.º 6404/76) que fez inserir em seu texto o instituto do consórcio, Walter T. ÁLVARES (1976: 35) já dizia, com base em outras legislações e estudos doutrinários, que o instrumento ou pacto consorcial, de natureza plurilateral, deve, em suma, apresentar como requisitos os seguintes: “1 – objeto; 2 – duração; 3 – sede; 4 – obrigação dos consorciados; 5 – atribuições e poder do órgão consorcial; 6 – admissão e exclusão de consorciados; 7 – sanções por inadimplência; 8 – o fundo consorcial”.

Atualmente, a Lei 6404/76, em seus artigos 278 e 279, estabelece os requisitos essenciais e facultativos para a elaboração do contrato que dá origem a instituição consorcial.

¹⁶ ROCHA (1997) também vê o consórcio como sociedade, em alguns casos.

No documento contratual que exterioriza o consórcio, é importante a qualificação das partes, não sendo essencial a presença no acordo base de uma S.A.. PENTEADO (1979) confirma esse requisito quando esclarece que o artigo 278, ao mencionar “as companhias e quaisquer outras sociedades”, alargou o campo de abrangência do consórcio que, embora previsto pela Lei das Sociedades Anônimas, aceita como parte qualquer um tipo societário, sendo desnecessária a participação de uma sociedade anônima para que seja perfeito o ato consorcial.

Quanto ao objeto do consórcio, deve constar do instrumento contratual a determinação do empreendimento que se pretende realizar, assim como a duração deste. PENTEADO (1979) ressalta que a designação deste objeto deve ser bem precisa. Embora transitória a relação contratual entre as partes, é fundamental que haja, no contrato, uma delimitação do objeto que se intenta explorar. Isso tem por fim evitar desvios na administração dos fundos consorciais pelo empresário-líder ou administrador.

Conforme salienta CARVALHOSA (1998: 370), “terá, sempre, o consórcio, propósito específico ou único, não podendo abranger todas as atividades e objetivos das companhias consorciadas”. Nesse caso, é condição indispensável e requisito inafastável para a realização do contrato a descrição clara do empreendimento comum que não se deve confundir com os objetivos específicos de cada um dos associados.

A duração está diretamente ligada ao objeto do contrato. A associação costuma durar o tempo necessário para a execução do empreendimento. Se for possível prever o prazo para a realização do fim comum, o contrato deverá trazer a limitação temporal expressa de antemão, assim como a possível prorrogação (cf. PENTEADO, 1979). No entanto, é aconselhável que não se fixe, previamente, o lapso de tempo, pois o fim do contrato coincidirá, naturalmente, com a conclusão do projeto inicial que gerou o processo de colaboração entre as empresas.

A lei estabelece que se conste do instrumento contratual o endereço onde serão realizadas as transações necessárias ao cumprimento dos objetivos consorciais. Perceba que a lei não se refere à sede, o que, em suma, reforça a inexistência de personalidade jurídica do consórcio (cf. PENTEADO, 1979). Por um deslize do legislador, todavia, no parágrafo único do artigo 279 quando se trata do lugar para o registro do consórcio, fez-se alusão à sede em vez de endereço. No entanto, entende-se, neste caso, que o lugar para arquivamento do contrato consorcial é o do endereço do consórcio que não possui sede, porque não tem personalidade jurídica (cf. CARVALHOSA, 1998).

Quanto ao foro, não é preciso que seja o do endereço do consórcio, visto que as partes podem convencionar um foro diverso da localização da empresa líder ou administradora do consórcio. Trata-se de um foro de eleição, perfeitamente cabível, se estiverem de acordo as partes associadas.

As obrigações, as responsabilidades e as prestações de cada um dos consorciados devem constar do instrumento contratual a fim de evitar dúvidas que podem comprometer o funcionamento do consórcio e, além disso, o cumprimento do objetivo comum. No dizer de CARVALHOSA (1998: 372), “essa determinação das obrigações e das responsabilidades visa a compensar a ausência de presunção de solidariedade entre as consorciadas”.

Do contrato devem ainda constar regras sobre como serão partilhadas as receitas e resultados entre os associados. Isso é exigível, porque não se pode partir do pressuposto de que as contribuições das consorciadas serão iguais e proporcionais. Como se trata, muitas vezes, de aliarem-se diferentes habilidades e até montantes diversos de capital, é essencial que se estabeleça, no contrato, a porcentagem de participação de cada uma das empresas envolvidas no processo de colaboração.

A administração e a representação do consórcio devem ser minuciosamente previstas no contrato a fim de evitar disputas pelo poder após o natural desenrolar das atividades consorciais. Nesta situação, é interessante dotar a empresa líder do poder de administrar e representar o consórcio. O termo exato é representar, como ressalta PENTEADO (1979), pois não se trata da apresentação orgânica comum às sociedades típicas.

No entanto, quem é a empresa líder que deverá administrar e representar o consórcio? A empresa líder deve ser a que, por reunir um maior potencial não só financeiro mas também organizacional e tecnológico, decidirá com maior segurança e eficiência quais os meios necessários para se alcançar o fim comum. Além disso, será aquela que mais bem equipada estará para transacionar com terceiros.

Por fim, devem fazer parte do contrato de colaboração regras sobre como as partes vão deliberar a respeito de assuntos de interesse comum. Neste caso, o peso do voto de cada uma das consorciadas deverá ser estabelecido tendo em vista a efetiva participação delas no contexto da realização do empreendimento comum. Como diz CARVALHOSA (1998: 375), “o *quorum* deliberativo não será idêntico ao aporte de recursos financeiros ou operacionais, mas livremente estabelecido pelo critério da *relevância estratégica* da participação de cada consorciada”.

São elementos não essenciais ou facultativos, segundo PENTEADO (1979), a designação do consórcio, a taxa de administração e o fundo consórcil (contribuições para as despesas comuns), dentre outros.

A designação, de acordo com CARVALHOSA (1998), não deveria ter sido considerada faculdade dos consorciados, porque visa a identificar e singularizar o consórcio perante terceiros. É interessante que a designação seja elaborada tendo em vista o objeto do empreendimento comum ou, antes, faça menção às empresas consorciadas.

A taxa de administração passa a ser necessária quando se entrega a um terceiro a administração do consórcio operacional (cf. CARVALHOSA, 1998).

O fundo consórcil é composto de parcelas que as partes consorciadas contribuem a fim de dotar a administradora ou líder dos meios necessários para a implementação do objetivo comum. É importante o estabelecimento deste fundo para o qual as contribuições da consorciadas são vertidas, pois facilita o pagamento de despesas ordinárias pela empresa líder que acaba se valendo de um verdadeiro patrimônio separado para a administração do consórcio.

3.3 ALGUMAS FIGURAS SIMILARES NO DIREITO ESTRANGEIRO

3.3.1 Agrupamentos de interesse econômico e agrupamento europeu de interesse econômico

No Direito Francês, o agrupamento de interesse econômico apresenta alguns pontos semelhantes ao consórcio brasileiro, principalmente no que diz respeito à realização de um contrato para alcançar um objetivo comum. O agrupamento de interesse econômico, conforme define GUYENOT (1971: 111), consiste na *“reagrupación de unidades económicas aisladas, en un conjunto dotado de una estructura unitaria, con el objeto de obtener eficiencia económica que no podría alcanzarse aisladamente”*.

De acordo com o autor francês (GUYENOT, 1971), o agrupamento de interesse econômico tem por meta a união de esforços e atuação em comum de empresas a fim de atingirem objetivos determinados. Assim como no consórcio brasileiro, no agrupamento de interesse econômico, as empresas que se associam mantêm a personalidade jurídica própria e suas atividades específicas.

O agrupamento de interesse econômico somente apresenta natureza mercantil quando comercial for o seu objeto. Em vista disso, ele pode ser formado de sociedades e associações civis, bem como de pessoas físicas, por exemplo, profissionais liberais (cf. GUYENOT, 1971).

Segundo GUYENOT (1971), o agrupamento consiste numa forma de cooperação entre empresas que lhes permite a possibilidade de desenvolver atividades paralelas ou complementares durante certo tempo.

Todavia, quanto à forma e à estrutura societária, o agrupamento de interesse econômico apresenta diferença com relação ao consórcio brasileiro. O agrupamento de interesse econômico possui personalidade jurídica, o que, de acordo com a Lei das S.A., não acontece com o consórcio brasileiro. Os integrantes do AIE (agrupamento de interesse econômico) são solidariamente responsáveis pelas dívidas deste como em uma sociedade em nome coletivo, diversamente do consórcio no Brasil (cf. GUYENOT, 1973).

Por fim, de acordo com GUYENOT (1973), o AIE enquadra-se na categoria dos contratos *intuitu personae*, visto que o agrupamento de empresas se realizou levando em consideração a pessoa (quer física quer jurídica) dos seus integrantes.

Este tipo de colaboração empresarial foi transportada para o contexto da União Européia. Segundo SANTOS *et al.* (1998: 327-328), “o agrupamento europeu de interesse econômico é [...] uma figura auxiliar de um conjunto de empresas, cujo sentido é facilitar o desenvolvimento da actividade económica dos seus membros, na área da produção, da distribuição ou dos serviços”. Uma diferença básica em relação ao instituto francês é que, neste caso, criou-se um tipo societário comunitário cujo objetivo é reger a cooperação entre empresas na União Européia.

Semelhante ao AIE, o AEIE (agrupamento europeu de interesse econômico) adquire personalidade jurídica com a inscrição do contrato, só que esta será realizada no Estado-Membro da União Européia em que se localizará a sua sede (cf. SANTOS *et al.*, 1998).

3.3.2 Contratos de colaboração empresarial

No Direito Argentino, os contratos de colaboração empresarial referem-se a dois tipos específicos de atuação conjunta de empresas: os agrupamentos de colaboração e as uniões transitórias de empresas. Diferentemente do que ocorre no Brasil, os agrupamentos de colaboração seriam uma segunda opção em relação ao consórcio. AGUINIS (1994) afirma que não existe, hoje, no direito brasileiro, uma figura que se aproxime dos agrupamentos de colaboração. De acordo com AGUINIS (1994), para fins de harmonização dentro do contexto do MERCOSUL, seria interessante que o Brasil preenchesse essa lacuna.

Os agrupamentos de colaboração apresentam pontos de contato com o agrupamento de interesse econômico europeu, à exceção de não possuírem personalidade jurídica como acontece com estes últimos. O objetivo dos agrupamentos de colaboração é reunir esforços no sentido de intensificar e otimizar o desenvolvimento da atividade econômica própria de seus integrantes.

ZALDIVAR *et al.* (1993: 109) definem os agrupamentos de colaboração como “*una organización común, permanente [...], establecida por dos ou más empresarios – individuales o colectivos – que tiene por finalidad facilitar o desarrollar determinadas fases de su propia y particular actividad empresarial en beneficio próprio, o de perfeccionar o incrementar su resultado*”.

Os mesmos autores ainda explicam que os agrupamentos de colaboração não se constituem em pessoas jurídicas ou assumem uma das formas societárias. Em suma, o agrupamento de colaboração nada mais é do que um contrato consensual, plurilateral, oneroso e típico (cf. ZALDIVAR *et al.*, 1993).

Dessa forma, os agrupamentos de colaboração representam uma categoria para a qual não existe similar idêntica no Direito Brasileiro. No entanto, parece que o legislador brasileiro, ao utilizar na Lei Societária a expressão “determinado empreendimento” de cunho genérico¹⁷, transformou o consórcio num instrumento abrangente de realização de atividades econômicas paralelas e complementares aos objetos sociais dos empresários que se associam.

Ao contrário do que pensa AGUINIS (1994), o consórcio brasileiro não se presta somente à realização, desenvolvimento ou execução de obra ou serviço, pois esta seria uma interpretação muito restrita de um instituto que veio para viabilizar qualquer forma de colaboração empresarial no Brasil. E, acima de tudo, o consórcio é um instituto de direito societário e não apenas um tipo legal restrito às sociedades anônimas.

Já as uniões transitórias de empresas do ordenamento argentino aproximam-se do chamado consórcio instrumental, uma vez que as empresas se agregam a fim de executar obras ou serviços concretos. ZALDIVAR *et al.* (1993) ressaltam que essa associação, como o nome está indicando, deve ser temporária, assim como as obras e os serviços que pretendem executar ou desenvolver devem ser complementares ou acessórios ao objeto social das empresas associadas.

As UTE (uniões transitórias de empresas) não possuem personalidade jurídica nem assumem uma determinada forma societária. De acordo com ZALDIVAR *et al.* (1993), a natureza jurídica destas uniões transitórias de empresas é de um contrato de coordenação entre os colaboradores, tendo em vista que eles se unem a fim de operacionalizar a execução da obra ou serviço, com divisão de tarefas e otimização da capacidade de cada um na realização do objetivo comum desejado.

Assemelham-se ao consórcio brasileiro as UTE, pelo fato de não serem pessoa jurídica e terem, necessariamente, que registrar o seu contrato no Registro de Comércio. Não se confundem com o consórcio pátrio, porque não podem assumir forma societária, assim como têm um campo de atuação restrito que as aproxima apenas do consórcio instrumental, tal qual definido por CARVALHOSA (1998).

3.4 CONSÓRCIO E LIVRE CONCORRÊNCIA

¹⁷ AGUINIS (1994) considera a expressão legal “determinado empreendimento” ambígua, devendo o legislador brasileiro ter sido mais específico ao definir o consórcio como instrumento de execução de obra ou serviço. No entanto, não procede a crítica da autora, uma vez que não se trata de ambigüidade mas antes um termo genérico que admite interpretação ampla e extensiva para a configuração do instituto consorcial.

Compreendida a forma pela qual se pode estruturar um consórcio, é fundamental verificar se essa expressão de concentração econômica pode causar dano à estrutura concorrencial vigente hoje no mercado interno.

O consórcio, sem dúvida, pode atender à necessidade de incremento e eficiência empresarial assim como pode representar um meio de agregar forças entre pequenas e médias empresas. No entanto, como exteriorização da *joint venture* no ordenamento jurídico brasileiro, ele deve-se sujeitar à estrutura normativa de concorrência que estabelece os parâmetros para o controle preventivo de determinadas formas de concentração econômica no mercado.

O consórcio é uma espécie de *joint venture* que mais se aproxima de cooperação empresarial do que concentração econômica. A cooperação consiste num acordo entre agentes econômicos por um determinado espaço de tempo a fim de atingirem-se objetivos comuns no mercado. No entanto, a Lei de Concorrência (Lei n.º 8884/94) condena esses acordos quando promovam uma atuação concertada entre estes agentes que, em última análise, venha a causar prejuízo ao mercado e ao consumidor. Trata-se do cartel em que as empresas atuam de forma paralela a fim de controlar, principalmente, os preços dos seus produtos e serviços no mercado.

SALOMÃO FILHO (1997), ao dissertar sobre concentração horizontal (fusão ou aquisição de empresas no mesmo nível do processo produtivo), avança a possibilidade de determinadas eficiências secundárias, como redução de custos na distribuição, promoção, pesquisa e desenvolvimento de produtos, economias de escala com fornecedores, serem alcançadas antes pela formação de *joint ventures* do que pela concentração em si. Não que o autor não veja risco para o mercado nesta forma de cooperação, como o consórcio, mas antes demonstra ser este menos nocivo porque pode tal associação de empresas ser apenas temporária e não gerar aumento definitivo no poder de mercado.

Dentro desse contexto, HOVENKAMP (1994) esclarece que os consórcios se formam tendo em vista a busca das empresas por economias e redução de custos de transação. Na verdade, ao se associarem, as empresas procuram, com a colaboração, produzir por si mesmas aquilo que elas teriam de adquirir no mercado. De acordo com HOVENKAMP (1994), poucas são as *joint ventures* que se formam tendo por meta a restrição da produção, a divisão de mercado e a fixação de preços. Segundo ele, não há tendência, na maioria delas, para a cartelização.

Todavia, o comportamento concertado pode acontecer quando a cooperação empresarial se instala com uma certa frequência no mercado interno. Isso não quer dizer que as empresas, ao assumirem compromissos de colaboração quer com a formação de uma nova sociedade quer simplesmente com a elaboração de um contrato consorcial, pretenderão assumir posição dominante em determinado mercado. A cartelização ou paralelismo consciente pode ocorrer independentemente da criação de *joint venture*. É comum o estabelecimento de

preços e a restrição da produção por meio de uma empresa líder que, por dominar o mercado, determina o comportamento de suas concorrentes.

4 Estudo de caso – ANTARCTICA E ANHEUSER-BUSH¹⁸

4.1 OS FATOS¹⁹

A Companhia Antártica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos, sociedade controlada pelo Grupo Antártica e a Anheuser Bush International Inc. – ABII, fabricante da cerveja Budweiser, juntamente com sua subsidiária, Anheuser Bush International Holding Inc. – ABIH notificam o CADE da presente associação, nos seguintes termos:

as participações acionárias da Cia. Antártica Paulista nas empresas integrantes do Grupo Antártica são transferidas para a Antártica Empreendimentos e Participações – ANEP, empresa constituída com o objetivo de viabilizar a associação entre a Cia. Antártica Paulista e a ABIH.

a ABIH fica com 5% do capital da ANEP e a Cia. Antártica com os restantes 95%, podendo a primeira aumentar sua participação até o limite de 29,68%. Contudo, a Antártica permanece sempre majoritária.

Constituição da *joint venture* “Budweiser do Brasil Ltda.” entre ABII e a Cia Antártica, participando a primeira com 51% do capital e a segunda, com 49%.

No instrumento particular de associação e outras avenças, constam as seguintes condições, dentre outras:

ABII fornecerá à Cia. Antártica as melhores práticas para planejamento financeiro, *marketing*, negociação com atacadistas de cervejas, treinamento de pessoal de vendas, utilização e manuseio de recipientes não reutilizáveis, desenvolvimento de novas marcas de cerveja (malte não alcóolica, *ice beer*), produção e compra de latas, planejamento de produto, administração e logística de estoque.

¹⁸ Este estudo de caso é feito seguindo os passos estabelecidos pela professora ZITSCHER quando ela disserta sobre o ensino por métodos de casos. No presente trabalho, utilizou-se o método indutivo, partindo-se de um acórdão sobre *joint ventures* julgado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), a última instância administrativa. Para melhor entender esta metodologia ver ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do ensino jurídico com casos**: teoria e prática. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.

¹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília *in* ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip, 22.11.1999.

As partes cooperarão na produção, *marketing* e venda da cerveja Budweiser no Brasil, através da *joint venture* para isso formada.

A ABII obriga-se a cooperar e assistir a Antártica na introdução e incremento de suas marcas de cervejas (por exemplo, a inserção da Rio Cristal no mercado norte-americano) e de refrigerantes no exterior.

As cervejarias convencionam se associar, inicialmente, por 20 anos.

4.2 DECISÃO FINAL DO CADE

O CADE aprovou a associação entre as cervejarias (aquisição de participação acionária e formação de *joint venture*), mediante compromisso de desempenho. Não autorizou o prazo de vinte anos para duração do acordo. De acordo com a Relatora do processo, assim devem agir os *co-venturers*²⁰:

O prazo para duração da associação deve ser de 2 anos (24 meses a contar da publicação do acórdão da decisão).

Caso tenha sido completado o aporte de capital previsto no apartado sigiloso²¹ trazido pelas empresas aos autos, a associação fica autorizada a funcionar por mais 3 anos, findo o prazo de 24 meses supra.

Verificado um novo aporte de capital ainda maior, previsto em apartado sigiloso apresentado pelas empresas, poderá a associação se estender pelos iniciais vinte anos desejados.

O CADE, porém, condicionou sempre tais prazos e prorrogações à compra de participação acionária na ANEP pela ABIH.

Não se inclui no compromisso de desempenho a ser firmado entre as empresas e o CADE a necessidade de demonstração de eficiências. De acordo com a Agência de Concorrência Brasileira, o próprio mercado obriga as empresas a esforçarem-se no sentido de alcançarem os resultados pretendidos e o retorno do capital investido. As exigências constantes do § 2º do artigo 54 da Lei 8884/94 acabarão sendo preenchidas, pois, a fim de cumprirem o aporte de

²⁰ cf. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília in ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip, 22.11.1999.

²¹ De acordo com a Lei da Concorrência, é possível pedido das empresas no sentido de não divulgação das informações contidas em autos apartados que deverão ser levados ao conhecimento somente dos agentes administrativos responsáveis pela instrução e julgamento do processo de concentração econômica. Em razão disso, é muito comum não constar do acórdão final os termos completos das condições a que se comprometem as empresas consorciadas, uma vez que não é necessário dar publicidade de todos os seus empreendimentos econômicos almejados com a cooperação empresarial.

capital necessário para o prolongamento da associação, as empresas não se furtao à realização de eficiências produtivas, distributivas e alocativas.

4.3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Artigos 54 e §§ 1º a 3º & 58 e §§ da Lei n º 8884/94.
Artigo 170 da Constituição Federal.

4.4 A SOLUÇÃO SEGUIDA PELO CONSELHO EM DETALHES

O CADE aprovou a *joint venture* entre Antarctica e Anheuser Bush (Budweiser do Brasil Ltda.), com ressalvas. Em princípio, entendeu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica que associação por prazo indeterminado ou por 20 anos configuraria um potencial dano à concorrência. Partindo-se da premissa de que o mercado nacional de cervejas é concentrado, a *joint venture* representaria a eliminação de potencial concorrente.

Delimitou-se o mercado relevante geográfico como sendo o território nacional, já que a empresa norte-americana tem em vista ingressar nesse mercado e a *joint venture* gera seus efeitos no território brasileiro.

Já o mercado de produto ficou definido como o de cervejas. Considerou-se que a alta elasticidade cruzada da demanda ocorre com relação às diferentes marcas de cerveja no mercado. Não são substitutos entre si, para esses efeitos, a cerveja, o uísque, a vodca, a caipirinha e a cachaça. Apesar de no Brasil haver alta elasticidade-preço e renda entre cerveja e cachaça, os brasileiros não consumiam cerveja antes do Plano Real (quando houve uma perceptível elevação na renda do brasileiro), simplesmente porque havia baixa acessibilidade ao bem em função da renda e não porque exista substituíbilidade entre cerveja e cachaça.

Constatou o Conselho que pode haver eliminação de concorrente potencial efetiva, uma vez que, com a explosão do consumo de cervejas a partir de 1994, as empresas estrangeiras passaram a se interessar pelo mercado brasileiro e tornaram-se concorrentes em potenciais das atuais líderes de mercado (Brahma e Antarctica). Em assim sendo, uma *joint venture* por prazo indeterminado colocaria fim à possibilidade de essa concorrente externa em potencial vir a ingressar no mercado de cervejas brasileiro.

Dessa forma, a extensão do acordo gera eliminação da concorrência, porque desarrazoada. Utilizando-se da regra da razão, não se pôde aprovar tal ato de concentração nos termos inicialmente propostos pelas empresas. Mas a associação em si é interessante para a concorrência, porque viabiliza a possibilidade de ingresso da empresa norte-americana no mercado posteriormente, utilizando-se, de início, a rede de distribuição e de produção da empresa líder (Antarctica). Logo, é razoável a restrição da concorrência, num primeiro mo-

mento, uma vez que a empresa norte-americana pode vir a se tornar concorrente das líderes do mercado brasileiro.

O acórdão do CADE ainda abordou uma interessante espécie da teoria do jogos em microeconomia, o equilíbrio de Nash. No jogo entre Antártica e Anheuser Bush, a opção que trará mais vantagens para as jogadoras será a da associação sem compromisso, pois o mercado não é contestável²², o que torna a associação sem compromisso ainda mais atraente para a empresa norte-americana de cervejas.

Esta conduta também é muito vantajosa para a Antártica, uma vez que a associação impede a empresa estrangeira de entrar no mercado e vir a se tornar uma concorrente eficiente capaz de enfrentar e abalar a posição dominante da empresa brasileira. Sabendo-se que o equilíbrio de Nash resulta no mais alto *payoff* (maior recompensa) para Antártica e para Anheuser Bush, dada a estratégia de qualquer um dos jogadores e que nenhum dos jogadores se arrepende depois de escolhida sua estratégia e realizado o jogo, conclui-se pela existência de equilíbrios de Nash coincidentes no caso estudado.

No entanto, nesta realidade, o comportamento mais adequado para o consumidor é o oposto ao equilíbrio de Nash, ou seja, a associação com comprometimento da Anheuser Bush. Trata-se de conciliar a maximização de lucros e minimização de custos com o bem-estar, isto é, o interesse privado com o público. Assim à transferência de *know how* realizada pela empresa estrangeira e ao aproveitamento da planta de produção e da rede de distribuição da Antártica, devem ser acrescidos investimentos da ordem US\$ 475 milhões realizados pela Anheuser Bush durante a associação com a empresa líder brasileira. Assim, há um comprometimento maior da investidora estrangeira, o que garante mais eficiência econômica e social. E a empresa estrangeira acabará ingressando, posteriormente, no mercado brasileiro.

4.4.1 Análise crítica da decisão do Conselho

Constate-se que a decisão do CADE possui uma argumentação exclusivamente econômica. Não se desenvolvem os valores jurídicos que sustentariam essa

²² SALGADO (1997: 61) explica que “um mercado é contestável quando as firmas estabelecidas são vulneráveis do tipo *hit and run*, o que supõe que não haja barreiras à entrada nem custos de saída (*sunk costs*). A inexistência de barreiras à entrada significa que a tecnologia é de pleno conhecimento, os produtos são homogêneos e altamente substitutos, de modo que não há vantagem na diferenciação. Os custos fixos podem ser não desprezíveis, desde que não haja dificuldades em recuperá-los”. Outro sentido, mercado não contestável é aquele que se caracteriza por apresentar elevados custos de investimento e por possuir barreiras substanciais à entrada de novos concorrentes.

opção do Conselho. A aprovação, mediante compromisso de desempenho, é uma realidade legal que deve ser fundamentada por princípios e regras jurídicos e não somente raciocínios econômicos.

No caso em discussão, a aprovação da associação entre as empresas se sustenta porque o artigo 54, §1º da Lei 8884/94 permite restrição à concorrência, desde que realizadas as eficiências dele constantes. O dispositivo legal absorveu o princípio constitucional da proporcionalidade. Em verdade, atos razoáveis, ainda que restrinjam a concorrência, devem ser aprovados, pois o incremento de bem-estar ao consumidor será alcançado num momento subsequente à associação.

Dessa forma, faltou ao Conselho acrescer à noção econômica de regulação, o valor jurídico da livre concorrência que autoriza a solução oposta ao equilíbrio de Nash. A autoridade antitruste deve intervir, apesar do perfeito equilíbrio de Nash, na elaboração de compromissos de desempenho, que garantam o bom funcionamento do mercado. Os compromissos de desempenho funcionam como instrumentos jurídicos a favor da salvaguarda do sistema de concorrência viável²³. Através destes, o agente administrativo pode viabilizar a cooperação entre as empresas sem ferir a estrutura normativa de concorrência.

4.5 JURISPRUDÊNCIA SIMILAR

Outro interessante e similar caso de *joint venture* foi o acordo entre a Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M1855, sendo que as duas últimas são multinacionais, valendo-se de uma associação com empresa brasileira a fim de expandir suas atividades extraterritorialmente. O Ato de Concentração n.º 58/95²⁴, relatado por Renault de Freitas Castro (1995: 32-33), conclui no mesmo sentido do acórdão proferido pelo CADE no caso Antártica. Neste caso específico, o prazo indefinido da associação a torna inadequada à luz do sistema brasileiro de defesa da concorrência:

por ter duração de 15 anos, e com as observações feitas sobre a “indefinição” desse prazo, a operação implica eliminação praticamente definitiva de uma das concorrentes potenciais com melhores condições de ameaçar a posição dominante da Brahma, consolidando sua liderança e a própria estrutura dessa indústria fortemente concentrada, graças às fortes dificuldades que impõe a

²³ Concorrência viável ou praticável é a possível de realizar-se tendo em vistas as condições imperfeitas sob as quais funciona o mercado.

²⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n.º 58/95. Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro. Brasília in <ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC 58-95.zip>, 22.11.99.

alterações estruturais significativas nesse mercado, aspecto negativo que não é compensado pela introdução de inovações ou mesmo pelos ganhos de competitividade resultantes[...]. No caso em questão, a entrada de uma cervejaria do porte da Miller no mercado brasileiro é, sem sombra de dúvida, fato que pode produzir efeitos altamente positivos para a economia nacional e, em particular, para a concorrência. No entanto, se o custo da facilitação do ingresso da Miller no mercado brasileiro de cerveja for a aceitação pura e simples da operação nas condições em que foi apresentada, sem a contrapartida de investimentos e inovações e sem elevar os padrões de concorrência de modo compatível com a magnitude e o potencial de crescimento desse mercado ou com o porte de seus principais competidores, importando, ao contrário, em fortes ligações colusórias entre empresas antes concorrentes, considero-o excessivamente elevado.

A decisão do Relator parece indicar a ilicitude da cooperação entre as empresas em destaque, porque a associação, em vez de gerar maior concorrência, assume contornos colusórios e, praticamente, caminha no sentido de formação de um mercado cartelizado e anticoncorrencial. O consórcio, neste caso, passa a ser instrumento de colusão empresarial e não de colaboração, principalmente porque foge a uma de suas características marcantes a temporariedade.

Além do caso brasileiro, Brahma-Miller, há o famoso *leading case* norte-americano que colocou em discussão a questão da concorrência potencial, demonstrando o aspecto negativo da *joint venture* se ela não vier a ser monitorada de perto. Trata-se do caso **UNITED STATES V. PENN-OLIN CHEMICAL CO.** (*case # 378US158 n.º 503*)²⁵.

Em 1960, PENNSALT CHEMICALS CORPORATION e OLIN MATHIESON COMPANY acertaram a realização de *joint venture*, cada qual assumindo 50% de participação na nova sociedade, PENN-OLIN CHEMICAL, que começou produzindo clorato de sódio. Formou-se, assim, um consórcio societário em que as duas empresas consorciadas nomeiam, cada uma delas, metade dos diretores e administradores do quadro social.

A *Pennsalt*, no âmbito da *joint venture*, tem como função produzir o clorato de sódio, isto é, operacionalizar a planta de produção, enquanto a *Olin* assume a tarefa de vender o produto no mercado. Verifique que, assim como a contribuição de cada uma das empresas para a formação da nova sociedade é igualmente distribuída, também a divisão física de tarefas é realizada de acordo com a capacidade de cada uma das consorciadas. Sem dúvida, é um caso modelo de consórcio de investimento com a criação de uma nova sociedade es-

²⁵ *in*

<http://frwebgate5.access.gpo.gov/cgi-bin/waisgate.cgi?WAISdocID=8592912583+1+0+0&WAI Saction=retrieve, 08-11-99>.

pecífica para o fim de produzir e vender o clorato de sódio num determinado mercado.

Em termos de mercado concorrencial, a Suprema Corte definiu o mercado relevante geográfico como sendo o sudeste dos EUA e determinou como mercado de produto o de clorato de sódio.

De acordo com a Corte²⁶, o consórcio **PENN-OLIN** acabou eliminando um potencial concorrente que ficaria à margem do mercado, continuamente ameaçando entrar. Este potencial concorrente, segundo o acórdão, poderia ser tanto a *Olin* quanto a *Pennsalt*, ou melhor, não interessa quem tivesse entrado no mercado de clorato de sódio, contanto que um dos concorrentes ficasse de fora observando e ameaçando com seu possível ingresso. Diferentemente da fusão ou da aquisição que podem pôr em risco a concorrência real, o consórcio pode vir a eliminar a potencial concorrência. Neste caso específico, a competição entre **OLIN** e **PENNSALT** no mercado relevante de clorato de sódio foi eliminada tão logo se formou a *joint venture* entre elas.

Neste caso, assim como no brasileiro, o consórcio de empresas torna-se instrumento de dominação de mercado e eliminação da concorrência. Esta associação não se envolve de um dos pressupostos básicos que fundamenta o consórcio, a saber, o seu caráter temporário. O fato de o consórcio assumir contornos definitivos e gerar mal-estar no mercado desnatura o instituto de direito privado e inviabiliza a livre concorrência.

²⁶ Neste sentido, a decisão da Suprema Corte Americana: “*We believe that the court erred in this regard. Certainly the sole test would not be the probability that both companies would have entered the market. Nor would the consideration be limited to the probability that one entered alone. There still remained for consideration the fact that **PENN-OLIN** eliminated the potential competition of the corporation that might have remained at the edge of the market, continually threatening to enter. Just as a merger eliminates actual competition, this joint venture may well foreclose any prospect of competition between **OLIN** and **PENNSALT** in the relevant sodium chlorate market. The difference, of course, is that the merger's foreclosure is present while the joint venture's is prospective. [...] The existence of an aggressive, well equipped and well financed corporation engaged in the same or related lines of commerce waiting anxiously to enter an oligopolistic market would be a substantial incentive to competition which cannot be underestimated. Witness the expansion undertaken by Hooker and American Potash as soon as they heard of the interest of **Olin** Mathieson and of **Pennsalt** in southeast territory. This same situation might well have come about had either **Olin** or **Pennsalt** entered the relevant market alone and the other remained aloof watching developments.*” in ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **US v. Penn-Olin Chemical Corp.** in <http://frwebgate5.access.gpo.gov/cgi-bin/waisgate.cgi?WAISdocID=8592912583+1+0+0&WAISaction=retrieve>, 08 de novembro de 1999.

4.6 DOCTRINA APLICÁVEL AO CASO

No caso concreto, trata-se de uma *equity joint venture* e um consórcio societário. Formou-se uma sociedade, a Budweiser do Brasil Ltda., da qual participam tanto a Cia. Antarctica Paulista quanto a ABII (Anheuser Bush Internacional Inc.). Além disso, pelo acordo base, a ABII deverá trazer um substancial aporte de capital, caracterizando-se, assim, um tipo de associação em que ambas as empresas devem investir para a realização do empreendimento comum. Não se trata de mero aproveitamento de tecnologia já existente de uma em troca de utilização de planta de produção e rede de distribuição de outra, mas de um intercâmbio de recursos e esforços no sentido de atingir objetivos comuns que atendam tanto às necessidades da empresa estrangeira (inserir no Brasil a cerveja Budweiser) quanto aos anseios da empresa brasileira (colocar no mercado internacional a marca de cerveja Rio Cristal).

Consórcios, como este, apresentam eficiências que justificam a sua aprovação perante o órgão de defesa da concorrência. Neste contexto, a associação entre empresas reduz custos de transação e de informação, implementa economia de escalas e escopo e ainda elimina os chamados *free riders*²⁷ (cf. HOVENKAMP, 1994).

O *caput* do artigo 54 fala em apreciação de ato que possa vir a restringir a concorrência. No caso concreto, partindo-se de um acordo por tempo indefinido, pode-se falar em restrição e até eliminação da concorrência. Mas que tipo de concorrência? A real ou a potencial? No caso concreto, a grande discussão gira em torno da concorrência potencial que pode ser classificada em: concorrência potencial percebida e concorrência potencial efetiva.

A concorrência potencial percebida é a que se refere a um mercado altamente concentrado e conducente ao preço monopolístico ou oligopolístico. O concorrente ativo tem sua inclinação para aumentar preços restringida pela pre-

²⁷ *Free riders* são aqueles que se aproveitam de serviços e marketing utilizados pelo concorrente mais responsável e consciencioso de suas obrigações junto ao fornecedor e ao consumidor. Por exemplo, é o caso de um determinado vendedor de aparelhos de som que fornece ao consumidor pessoal qualificado para atendimento, assim como a possibilidade de testar os produtos e verificar sua qualidade, ao passo que o concorrente vizinho nada disso oferece, porque tais incrementos representam custos extras, no entanto, vende seu produto a baixo preço. Este último está se valendo dos benefícios oferecidos pelo vizinho sem nada pagar por isso, uma vez que o consumidor vai ao concorrente que vende o mesmo produto, mas que dá oportunidade para testá-lo, verifica a qualidade do produto e, ao final, compra daquele que nada fez, porém apresenta um menor preço. Este concorrente é um verdadeiro *free rider*, já que ele “pegou carona” nas facilidades oferecidas pelo outro sem nada pagar por elas.

sença de uma macroempresa localizada à margem do mercado pronta para entrar tão logo este se mostre suficientemente lucrativo. Esta empresa pode ser a produtora de um bem complementar ou relacionado ao produto em destaque quanto pode estar localizada num mercado geograficamente distinto mas produzindo o mesmo bem.(cf. HOVENKAMP, 1994)

A concorrência potencial efetiva ou real é aquela que acontece mesmo que o mercado alvo não deixe de ser competitivo com a fusão ou associação. O ato é considerado anticompetitivo já que a empresa interessada poderia ou provavelmente teria ingressado nesse mercado de um modo mais competitivo, tal qual, por uma nova tentativa de entrada ou pela aquisição de uma empresa menor, com menor *market share*.²⁸ Para configurá-la, os Tribunais norte-americanos têm exigido uma razoável probabilidade de que a empresa interessada ingressaria no mercado seja por nova tentativa de entrada seja pela aquisição de uma empresa com menor parcela de mercado. (cf. HOVENKAMP, 1994)

No caso concreto brasileiro em estudo, pode-se alegar que essa associação configuraria uma redução na concorrência potencial percebida, já que a existência da empresa estrangeira à margem do mercado pode funcionar como inibição dos preços das empresas brasileiras.

Neste caso do consórcio entre Antarctica e Anheuser Bush, é preciso analisá-lo à luz da regra da razão ou do princípio da proporcionalidade²⁹. A associação é razoável tendo em vista a possível restrição à concorrência, pois as empresas alcançarão eficiências, tais como, intercâmbio de tecnologias, utilização conjunta de plantas de produção já montadas e redes de distribuição já instaladas, investimento na produção e comercialização de cervejas mais baratas, inserção de refrigerantes e da cerveja Rio Cristal da empresa brasileira no mercado internacional e, acima de tudo, aporte de investimentos por parte da empresa norte-americana para a *joint venture* e para ANEP (da qual se torna acionista, pelo acordo base).

Uma vez que as consorciadas realizem as eficiências supracitadas, o ato de associação deve ser aprovado, desde que preenchidas as condições do compromisso de desempenho cujo objetivo deve ou deveria ser no sentido de limitar o tempo de atuação concertada entre as consorciadas. Em princípio, esse

²⁸ Esta concorrência potencial efetiva não se enquadra muito bem na realidade atual brasileira, uma vez que não condena uma fusão quando prejudique a concorrência existente, mas quando provoca diminuição da concorrência de qualquer modo.

²⁹ O princípio da proporcionalidade consiste na avaliação dos meios utilizados para se atingir um determinado fim. Neste sentido, é importante avaliar se os meios são os adequados e necessários para se alcançar o fim desejado. Por isso, três são os sub-princípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (cf. BONAVIDES, 1997).

consórcio representa uma limitação à concorrência, mas é razoável aprová-lo, porque, num futuro próximo, poderá gerar efeitos positivos para a coletividade, o mercado e o consumidor, desde que atendidas as exigências da Agência de Concorrência.

Por isso, a aprovação de um consórcio deve ser avaliada à luz da proporcionalidade, ponderando os meios necessários e adequados para se atingir um fim útil ao interesse público. A restrição à concorrência, apenas temporariamente, é autorizada pela proporcionalidade, pois, ao final, haverá um ganho social muito maior.

4.7 DOCTRINA GERAL BÁSICA

A *joint venture* consiste numa associação de pessoas físicas ou jurídicas para conduzirem um empreendimento econômico comum de fins lucrativos. Conforme Luiz Olavo BAPTISTA (1981), são características da *joint venture*: a) reunião dos participantes numa empresa, b) um motivo, quase sempre o lucro; c) um acordo para gestão do empreendimento; d) esse acordo deve ter os elementos do contrato; e) motivação e interesse das partes frente ao empreendimento e f) a forma de distribuição de lucros.

Esta forma de associação empresarial, que pode ser criada com intuito de trazer aporte de capital e pode assumir a forma societária ou contratual, ganha dia a dia espaço no cenário internacional com vistas a possibilitar o intercâmbio entre empresas em diferentes estádios de desenvolvimento tecnológico.

Além do mais, esta forma de concentração é mais propensa a gerar as eficiências exigidas pela Lei de Proteção à Concorrência Brasileira. A interdependência, neste caso, tende a ser temporária e pode garantir, no futuro, a entrada de um concorrente no mercado.

A *joint venture* brasileira, por excelência, é o consórcio cuja forma e estrutura são regidas pela Lei de Sociedades Anônimas. É fácil concluir que, embora localizado numa lei específica, o consórcio deve ser entendido como um instituto de direito societário e não apanágio exclusivo das sociedades anônimas. O consórcio, de caráter temporário, na sua essência, atende aos requisitos constitucionais da ordem econômica porque apenas autoriza uma colaboração por prazo determinado que não tende a afetar, em princípio, a livre concorrência e a economia de livre mercado.

O consórcio de empresas pode ou não assumir uma forma societária específica, desde que respeitados os requisitos legais e as características específicas que conformam o instituto consorcial. Além disso, é importante dizer que o consórcio está sujeito às regras de concorrência, devendo, sempre, adequar-se à estrutura normativa de concorrência. O consórcio, em suma, não pode deixar de gerar eficiência econômica e social quando, ainda que por meios sutis, tender a restringir a concorrência.

O consórcio não pode, de modo algum, ao que tudo indica, restringir a concorrência potencial, pois esta subsiste se a associação assume o caráter efêmero. Se não ficar comprometida a entrada posterior do agente econômico, de forma independente, no mercado, o consórcio deve ser autorizado, já que nenhum dano aparente resultará para a concorrência. Isso porque a concorrência em potência garante um equilíbrio no mercado e exige das concorrentes efetivas um aprimoramento constante do produto e a manutenção de um preço mais módico. O instrumento consorcial não pode, de modo algum, comprometer esse concorrência potencial.

Por tudo isso, o ato de as empresas associarem-se temporariamente não deve ser reprovado de imediato, uma vez que essa cooperação empresarial não significa em si uma restrição à concorrência. Há de analisar-se o consórcio com certa proporcionalidade. Se as empresas em conjunto atingirão eficiências e reduzirão custos de transação que não obteriam independentemente, não se pode negá-las a possibilidade de incrementar seus empreendimentos e, conseqüentemente, beneficiar os consumidores. Enfim, é da natureza do consórcio as empresas manterem sua independência e apenas se relacionarem quanto ao objetivo comum pretendido com a colaboração.

Conclusão

A *joint venture* ganhou espaço nos últimos anos, principalmente com vistas a viabilizar a colaboração entre empresas de diferentes nacionalidades. No entanto, como já se salientou, o objetivo do trabalho não foi apenas relacioná-las a intercâmbio de tecnologias e realização de investimentos entre países em distintos estádios de desenvolvimento. Há que se levar em consideração que a *joint venture* pode e deve ser concebida como instrumento de fortalecimento de pequenas e microempresas incapazes de, por si sós, competirem com os grandes conglomerados.

A partir disso, pode-se dizer que, no Brasil, hoje, ainda há uma forte tendência em se incentivar a formação de *joint ventures* entre empresas brasileiras e estrangeiras. Isso se justifica pela crescente necessidade de atrair investimentos diretos externos. No entanto, é necessário chamar a atenção do pequeno e médio empresário para este importante contrato de colaboração empresarial, a saber, o consórcio.

Partindo de um estudo sistematizado da *joint venture* e de sua natureza jurídica, constatou-se que, fundada em princípios econômicos, como redução de custos de transação, economias de escala e escopo, a *joint venture* tem por meta a realização de empreendimento comum por empresas em diferentes ou mesmo estádios do processo produtivo.

Juridicamente, a *joint venture* é um contrato de comunhão de escopo ou plural. De cunho contratual, ela pode assumir qualquer das formas societárias

admitidas em Direito pátrio, assim como simplesmente ater-se à estrutura contratual primária.

A *joint venture* brasileira, por excelência, é o consórcio, previsto na Lei de Sociedades Anônima. No entanto, trata-se de um verdadeiro instituto de direito societário, já que não se restringe ao âmbito das sociedades anônimas, podendo, pois, assumir qualquer forma societária.

O consórcio pode, pois, ser definido como o contrato plurilateral ou de comunhão de escopo que dá origem a um grupo de direito, formado por empresários individuais ou coletivos, com o propósito de realizar um empreendimento comum. Classifica em societário ou contratual, de investimento ou não, dependendo se chegar ou não a compor-se uma nova sociedade a partir do acordo base.

Preenchidos os requisitos legais, constantes dos artigos 278 e 279 da Lei de Sociedades Anônimas, o consórcio está perfeitamente formado para dar início à realização do objetivo comum que se pretende alcançar. Deve-se deixar claro que o consórcio não tem mais aquela conformação restrita para fins de licitação no Direito Administrativo, podendo visar a qualquer objetivo economicamente viável para os empresários envolvidos. Trata-se de um contrato geral de colaboração.

O estudo de alguns institutos semelhantes na doutrina estrangeira, como o agrupamento de interesse econômico francês e os contratos de colaboração argentinos, serviu para demonstrar a atualidade e a peculiaridade do consórcio brasileiro. O consórcio pátrio não deixa nada a desejar aos similares estrangeiros. Além disso, uma interpretação lógica da lei de sociedades o conforma como o instrumento mais eficaz na satisfação de empreendimentos conjuntos. No que diz respeito a relação entre consórcio e livre concorrência, é relevante dizer que a cooperação empresarial exteriorizada por ele não representa, de início, um dano à concorrência. Neste sentido, deve-se estudar caso a caso os diversos processos de colaboração empresarial a fim de que se verifique um indício de cartelização. Neste caso, há um ato anticoncorrencial que deve ser coibido, tendo em vista os parâmetros expostos pela Lei de Proteção à Concorrência.

Por fim, o estudo do caso Antártica e Anheuser-Bush serve para exemplificar a necessidade de um estudo transdisciplinar de institutos, como consórcio. Não se pode mais ater à forma e à estrutura externa de um consórcio. É crucial verificar se este está sendo utilizado como meio de dominar mercados, eliminar a potencial concorrência e aumentar lucros arbitrariamente. Direito Comercial e Direito Econômico devem ser manipulados de modo integrado para que associações empresariais sejam incentivadas quando positivas para a economia e, sobretudo, para o mercado e o consumidor.

Enfim, o estudo do consórcio, como forma externa, foi realizado tomando por base toda a estrutura do Direito Comercial para que uma análise de conteúdo

econômico pudesse ser realizada quanto a qualquer contrato de colaboração que venha a ser, posteriormente, elaborado em desrespeito às regras comercialistas e juseconômicas. A tão só adequação legal dos consórcios aos ditames da Lei de Sociedade Anônima não é suficiente, sendo imprescindível, hoje mais do que nunca, uma avaliação do impacto dele no ambiente concorrencial existente.

Referências Bibliográficas

AGUINIS, Ana Maria M. de. *Empresas e inversiones en el Mercosur*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1994.

ALVARES, Walter T. Natureza jurídica consorcial de Itaipu, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 72, v. 253, pp. 25-50, janeiro-março 1976.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A “joint venture”: uma perspectiva comparatista. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XX, n. 42, pp. 39-59, abril-junho 1981.

_____. Uma introdução às “joint ventures”. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XV, n. 64, pp.263-283, 1982.

BARBOSA, Denis Borges. *El comercio de tecnología: aspectos jurídicos, transferencia, licencia y “know how”*. **Revista del Derecho Industrial**, Buenos Aires, ano 10, n. 30, pp. 525-538, setembro-dezembro 1988.

BARROS LEÃES, Luiz Gastão de. Sociedades coligadas e consórcios, **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XII (nova série), n. 12, pp. 137-148, 1973.

BASSO, Maristela. **Joint ventures**: manual prático das associações empresariais. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1998.

BLACK’S LAW DICTIONARY. 6^a ed. Saint Paul : West Publishing Co., 1991.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BORGES, Eunápio. **Curso de Direito Comercial Terrestre**. 5^a ed. Rio de Janeiro : Forense, 1971.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n ° 83/96. Relatora: Conselheira Lúcia Helena Salgado e Silva. 10 dez. 1997. Brasília *in* [ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/ AC 83 96.zip](ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_83_96.zip), 22.11.1999.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração n ° 58/95. Relator: Conselheiro Renault de Freitas Castro. Brasília *in* [ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC 58-95.zip](ftp://ftp.mj.gov.br/pubs/doc/cade/AC_58-95.zip), 22.11.99.

BRASIL. *Lei n ° 8884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Legislação Brasileira de Defesa da Ordem Econômica. 2^a.ed., rev . e atual., p. 85, 1996.

BULGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*. 2. ed. São Paulo : Atlas, 1995.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo : Saraiva, 1998, v. 4, tomo II.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago : The University of Chicago Press, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. Consórcio de empresas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 72, v. 256, pp. 5-10, outubro-dezembro 1976.

LIMA, Osmar Brina Corrêa. **Sociedade anônima**. Belo Horizonte : Del Rey, 1995.

CRISTÓFARO, Pedro Paulo. Consórcios de sociedades. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XX, n. 44, pp. 15-21, outubro-dezembro 1981.

DUNNING, John H. *Multinational enterprises and the global economy*. Wokingham : Addison-Wesley Publishing Company, 1992.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court*. **US v. Penn-Olin Chemical Corp.** Case n ° 378US158, v. 503 *in* <http://frwebgate5.access.gpo.gov/cgi->

bin/waisgate.cgi?WAISdocID=8592912583+1+0+0&WAISaction=retrieve,08-11-99.

FARINA, Elizabeth M. M. Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim de & SAES, Maria Sylvia M. **Competitividade: mercado, estado e organizações**. São Paulo : Singular, 1997.

GLOVER, Stephen I. *Drafting the joint venture agreement*. In: HARROCH, Richard D. **Partnership & joint venture agreements**. New York : Law Journal Seminars-Press, 1992, v. 1.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12^a.ed., rev. e notas de Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

GRAU, Eros Roberto. “Joint ventures” e transferência de tecnologia: lei de informática. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXIX, n. 78, pp. 5-25, abril-junho 1990.

GUYENOT, Jean-Pierre. **Los grupos de interés económico**. Buenos Aires : ediciones jurídicas Europa-America, tradução de Josefina Ossorio, 1973.

_____. **Contribución al estudio del Derecho Comercial Comparado**. Buenos Aires : ediciones jurídicas Europa-America, 1971.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. **Consórcio de empresas**. São Paulo : Livraria Pioneira editora, 1979.

RASMUSSEN, U. W. **Holdings e joint ventures: uma análise transnacional de consolidações e fusões empresariais**. 2^a ed. São Paulo : Aduaneiras, 1991.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 19^a.ed. São Paulo : Saraiva, 1989, v. I.

_____. **Aspectos modernos de Direito Comercial: estudos e pareceres**. 2^a ed. São Paulo : Saraiva, 1988.

ROCHA, João Luiz Coelho da. Conta de participação, consórcio e parceria: formas associativas não personalizadas. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, ano XXXVI, n. 105, pp. 37-42, janeiro-março 1997.

SALGADO, Lúcia Helena. **A economia política da ação antitruste.** São Paulo : Editora Singular, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial:** as estruturas. São Paulo : Malheiros, 1998.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda & MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito económico.* 3ª ed. Coimbra : Almedina, 1998.

STUBER, Walter Douglas. O consórcio no setor de informática. **Revista de Direito Mercantil,** São Paulo, ano XXVII, n. 69, pp. 73-75, janeiro-março 1988.

THUROW, Lester. *O futuro do capitalismo:* como as forças econômicas moldam o mundo de amanhã. 2ª. Ed. Rio de Janeiro : Rocco, tradução de Nivaldo Montingelli Jr., 1997.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism.** 2ª ed. New York : The free press, 1987.

ZALDIVAR, Enrique *et al.* **Contratos de colaboración empresaria: agrupaciones de colaboración, uniones transitorias de empresas, joint ventures.** Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.

ZITSCHER, Harriet Christiane. **Metodologia do ensino jurídico com casos:** teoria e prática. Belo Horizonte : Del Rey, 1999.