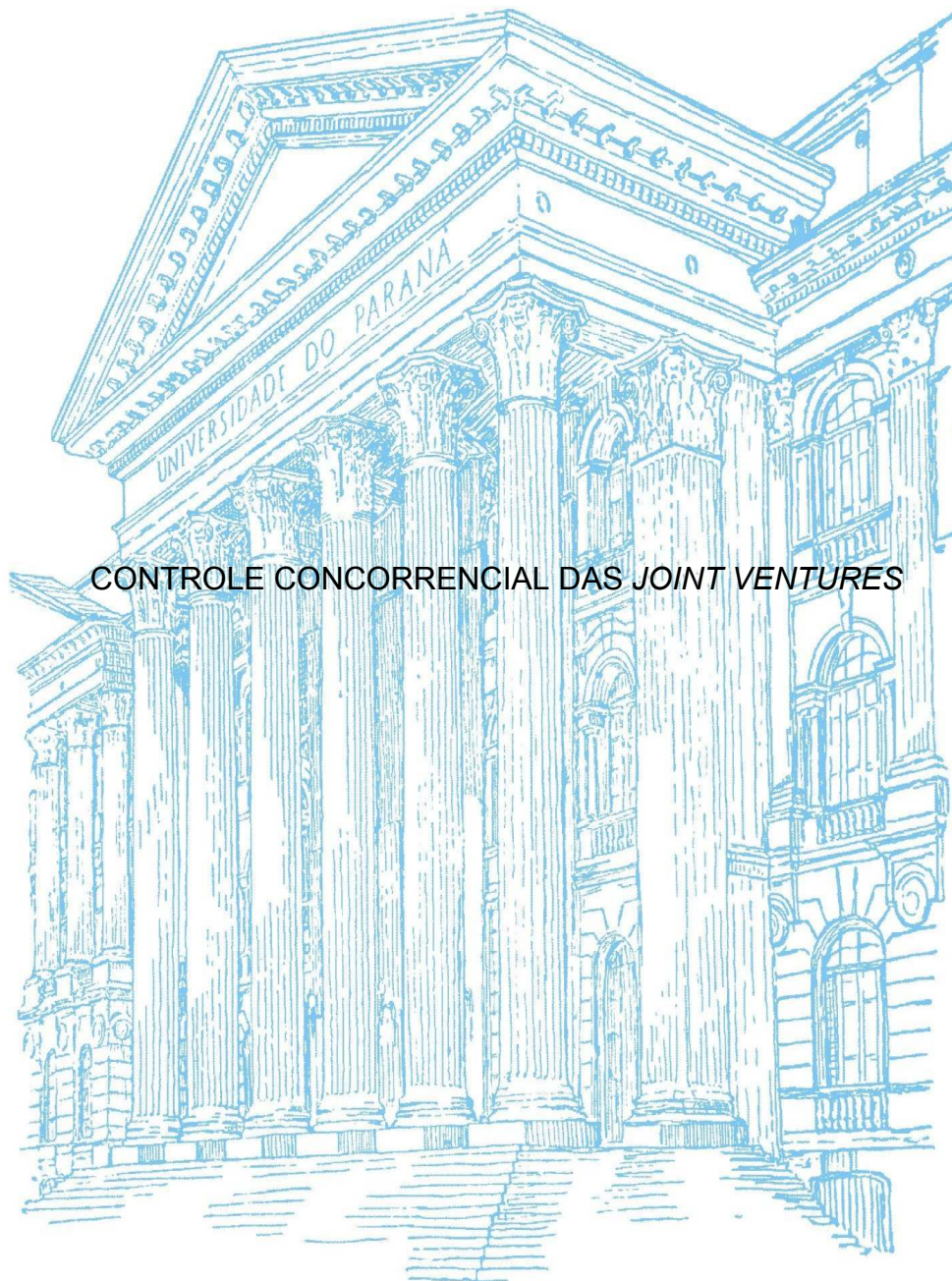


UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOÃO VICTOR RUIZ MARTINS



CONTROLE CONCORRENCIAL DAS JOINT VENTURES

CURITIBA
2017

JOÃO VICTOR RUIZ MARTINS

CONTROLE CONCORRENCIAL DAS *JOINT VENTURES*

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof^ª. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

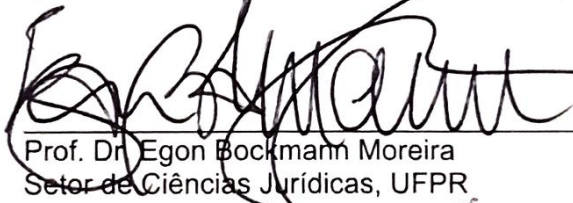
JOÃO VICTOR RUIZ MARTINS

CONTROLE CONCORRENCIAL DAS *JOINT VENTURES*

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



Prof. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Orientadora – Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dra. Paula Andrea Forgioni
Faculdade de Direito, USP

Curitiba, 24 de março de 2017

AGRADECIMENTOS

O trabalho de dissertação de mestrado é extenuante: meses são dedicados à pesquisa bibliográfica, ao estudo dos textos acadêmicos e várias são as tentativas de redação, em busca de clareza e precisão. Além do trabalho escrito, há o compromisso de comparecimento às aulas, leitura de textos dos mais variados âmbitos do conhecimento jurídico, bem como a exigência de produção intelectual. Mas nem só de fôlego se constitui um mestrado.

Durante a leitura de cada texto e da escrita de cada linha, vinha à tona a lembrança dos amigos, dos familiares e das pessoas amadas. As memórias e o carinho que sinto por cada uma delas estão presentes em todo o trabalho. Aproveito esta página para lhes explicitar meu profundo agradecimento.

Aos meus pais, João Haroldo e Joecely, agradeço pelo apoio e pelo entendimento, cada um à sua maneira, dos meus propósitos e do incentivo às minhas escolhas. Em toda minha vida sempre encontrei um porto seguro em nosso relacionamento, sem o qual essa conquista acadêmica seria impossível.

Ao meu irmão Pedro, minha irmã Georgia, tia Cássia, Vó Neusa, Vô Manoel e meu padrasto Cesar, agradeço pelos finais de semana, regados a conversas, risadas, filmes, cafés e comidas. Vocês são fundamentais para minha vida.

À Debora E. Borkoski agradeço pelo carinho, pela paciência e pela amizade. Nossos encontros diários acalmam meu coração e me dão motivo para ser mais. Sinto gratidão, todos os dias, por ter encontrado você, alguém com quem quero conviver e compartilhar as experiências da vida.

Aos meus amigos Cesar e Bonato agradeço às conversas livres, à fuga momentânea das responsabilidades e ao compartilhamento das alegrias, anseios e tristezas.

Ao Gabriel, Gustavo, Diogo e Alessandro, agradeço pela amizade e companheirismo que neles encontro desde que me mudei para Curitiba. Foram importantes para que eu aqui me sentisse em casa e continuam sendo os colegas de sempre.

Agradeço aos meus colegas e chefes de trabalho, na Procuradoria-Geral do Estado do Paraná e na Secretaria de Estado da Administração e da Previdência, pelo crescimento profissional e oportunidades que me proporcionaram, durante o período no qual me preparei para a realização desta dissertação.

Também agradeço ao pessoal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica pela 36ª Edição do Programa de Intercâmbio do CADE - PinCade, o qual tive o privilégio de participar, bem como aos colegas intercambistas, com quem criei laços nacionais de amizade.

Por fim, agradeço a minha orientadora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, que sempre demonstrou confiança em meu trabalho e que, a mim, serve de exemplo profissional e acadêmico, cuja lembrança levarei por toda a vida.

RESUMO

Esta dissertação trata do controle concorrencial da formação de *joint ventures*, no âmbito das relações entre a Direito da Concorrência e a cooperação entre empresas. Nesse aspecto, analisa o posicionamento de autores nacionais e estrangeiros sobre a cooperação empresarial, bem como os guias de análise antitruste dos Estados Unidos e da União Europeia. Em seguida, trata especificadamente sobre o instituto econômico jurídico da *joint venture*, por meio dos seus possíveis conceitos, diferenciações, classificações e abordagens de análise antitruste. Por último são analisados julgados recentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre a formação de *joint ventures*, no Brasil. Essa análise se dará com critérios respaldados na revisão teórica explanada durante a dissertação e com base na teoria da argumentação de Stephen Toulmin. Por fim, conclui-se que o CADE, mediante os votos dos Conselheiros do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, utiliza conceitos demasiadamente genéricos de *joint ventures* para o seu devido controle concorrencial, raramente indica os dispositivos legais que fundamentam suas decisões e demonstra grande preocupação quanto à possibilidade de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre os notificantes dessas operações.

Palavras-chave: Joint venture; Direito Concorrencial; Argumentação Jurídica; CADE; Cooperação Empresarial.

ABSTRACT

This dissertation deals with the antitrust merger control of joint ventures, within the scope of the relations between the Competition Law and cooperation among competitors. For this purpose, it analyzes the positioning of national and foreign authors on business cooperation, as well as the Antitrust Guides of the United States and the European Union. It then deals specifically with the concept of joint venture, through its possible differentiations, classifications and approaches to antitrust analysis. Finally, it analyzes recent judgments of the Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE on the formation of joint ventures in Brazil. This analysis will take place with certain criteria based upon the theoretical revision explained during the dissertation and on Stephen Toulmin's theory of argument. Finally, the conclusion is that CADE uses concepts that are too generic for analyzing the joint ventures, it rarely indicates the legal provisions that underlie its decision, and it shows a huge concern on the possibility of trade of sensible information between competitors.

Keywords: Joint venture; Competition Law; Legal Argumentation; CADE; Business Cooperation.

LISTA DE SIGLAS

ACC - Acordo em Controle de Concentração

ABA - American Bar Association

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

DEE - Departamento de Estudos Econômicos

DOJ - Department of Justice

FTC - Federal Trade Commission

MPF - Ministério Público Federal

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU - Organização das Nações Unidas

ProCADE - Procuradoria Federal junto ao CADE

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

SG - Superintendência Geral

TADE - Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

SUMÁRIO

SUMÁRIO	9
1 INTRODUÇÃO	12
2.1 O conceito de Direito Concorrencial	18
2.2 Objetivos da Defesa da Concorrência.....	24
2.3 A regra da razão e a regra <i>per se</i>	32
2.4 A cooperação empresarial	35
2.5 A cooperação empresarial segundo as guias de análise internacionais.....	40
2.5.1 O guia de análise americano.....	40
2.5.2 O Guia de análise europeu	42
2.6 A cooperação empresarial na Lei nº 12.529/2011	43
3 JOINT VENTURES E O DIREITO CONCORRENCIAL	48
3.1 Os diferentes conceitos de <i>joint venture</i>	48
3.2 <i>Joint ventures</i> como uma terceira via entre a empresa e o mercado (contratos híbridos)	53
3.3 Diferenciação entre <i>joint ventures</i> e consórcios empresariais	56
3.4 Diferenciação entre <i>joint ventures</i> e contratos associativos	58
3.5 Classificações das <i>joint ventures</i>	61
3.6 Propostas de análise antitruste das <i>joint ventures</i>	68
4 DECISÕES RECENTES DO CADE SOBRE A FORMAÇÃO DE <i>JOINT VENTURES</i>	74
4.1 O processo administrativo de controle de ato de concentração econômica	75
4.2 Natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE	79
4.3 Critérios para análise das decisões do CADE	81
4.4 Dos processos selecionados.....	84
4.5 Ato de Concentração nº 08700.008607/2014 -66	85
4.5.1 Houve uma conceituação de <i>joint venture</i> ?	86
4.5.2 Houve análise do propósito da <i>joint venture</i> ?	86
4.5.3 Houve uma classificação da <i>joint venture</i> ?	87

4.5.4 Houve análise sobre os possíveis efeitos negativos da <i>joint venture</i> no mercado?	87
4.5.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre as requerentes?.....	88
4.5.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos?	88
4.5.7 Houve Acordo de Controle de Concentração?.....	88
4.5.8 Análise da argumentação.....	90
4.6 Ato de Concentração 08700.006723/2015-2	91
4.6.1 Houve uma conceituação de <i>joint venture</i> ?	91
4.6.2 Houve análise do propósito da <i>joint venture</i> ?	92
4.6.3 Houve uma classificação da <i>joint venture</i> ?	93
4.6.4 Houve análise sobre os possíveis efeitos negativos da <i>joint venture</i> no mercado?	93
4.6.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre os requerentes?.....	94
4.6.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos da operação?	94
4.6.7 Houve Acordo em Controle de Concentração?.....	95
4.6.8 Análise da argumentação jurídica	95
4.7 Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10	96
4.7.1 Houve uma conceituação de <i>joint venture</i> ?	97
4.7.2 Houve análise do propósito da <i>joint venture</i> ?	97
4.7.3 Houve uma classificação da <i>joint venture</i> ?	98
4.7.4 Houve análise dos possíveis efeitos negativos da <i>joint venture</i> no mercado?	98
4.7.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre os requerentes?.....	99
4.7.6 Houve análise das eficiências pró-competitivas com a operação?	100
4.7.7 Houve Acordo em Controle de Concentração?.....	100
4.7.8 Análise da argumentação jurídica	101
4.8 Ato de concentração nº 08700.010266/2015-70.....	101
4.8.1 Houve uma conceituação de <i>joint venture</i> ?	102
4.8.2 Houve uma análise do propósito da <i>joint venture</i> ?	102
4.8.3 Houve uma classificação da <i>joint venture</i> ?	102
4.8.4 Houve análise dos possíveis efeitos negativos da <i>joint venture</i> no mercado?	103
4.8.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre os requerentes?.....	103
4.8.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos da operação?	104
4.8.7 Houve Acordo em Controle de Concentração?.....	104

4.8.8 Análise da argumentação jurídica	105
4.9 Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47	105
4.9.1 Houve uma conceituação de <i>joint venture</i> ?	106
4.9.2 Houve uma análise do propósito da <i>joint venture</i> ?	106
4.9.3 Houve uma classificação da <i>joint venture</i> ?	107
4.9.4 Houve análise dos possíveis efeitos negativos da <i>joint venture</i> no mercado?	107
4.9.5 Houve análise do efeitos prováveis da operação entre os requerentes?	108
4.9.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos da operação?	109
4.9.7 Houve Acordo em Controle de Concentração.....	110
4.9.8 Análise da argumentação jurídica	110
5 CONCLUSÃO.....	112
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	116

1 INTRODUÇÃO

Uma das razões pela qual se defende a existência de normas de defesa da concorrência é a de garantir que as empresas diminuam seus custos, inovem, produzam bens e serviços mais baratos, em benefício dos consumidores. Se as empresas combinam entre si formas de atuação, como divisão de mercado, restrições de produção ou fixação de preços, os resultados podem ser ruins para os consumidores, pois estes terão de pagar mais por bens e serviços que seriam mais baratos ou acessíveis em um ambiente de plena concorrência.

Isso não significa, contudo, que as normas de defesa da concorrência proibem a cooperação empresarial, de forma absoluta. Certos arranjos cooperativos podem se mostrar benéficos ao mercado, quando, por exemplo, produzem eficiências ou geram novos produtos ou serviços, antes não disponibilizados aos consumidores. Não há, todavia, uma prefixação de quais arranjos cooperativos são permitidos em si mesmos.

Para fins do Direito Concorrencial, a cooperação empresarial pode ser compreendida em dois âmbitos distintos: como uma conduta ou como uma concentração. Esses âmbitos correspondem às principais funções de controle concorrencial exercido pela autoridade antitruste brasileira, o CADE: a função repressiva em relação às condutas anticoncorrenciais e a função preventiva de análise de atos de concentração.

Nesse sentido, uma cooperação pode ser uma conduta anticoncorrencial caso se manifeste na forma de um cartel, como pode ser uma concentração empresarial na forma de consórcio ou *joint venture*. Quanto ao cartel, trata-se de conduta na qual as empresas cooperam em prejuízo do mercado e dos consumidores, para o aumento de seus lucros. Consórcios e *joint ventures* são estruturas cooperativas, ou arranjos entre empresas nos quais, em termos genéricos, existe um compartilhamento de lucros e riscos para se atingir uma finalidade comum.

Em sua análise concorrencial, o CADE pode averiguar que uma *joint venture* servirá para neutralizar a concorrência entre seus participantes, com possível aumento de custos ao consumidor. Nesse caso, o CADE deverá atuar ou para não aprovar a operação empresarial, ou para ordenar medidas que condicionem a formação da *joint venture*, conhecidas como remédios antitruste. Pode ser que a

formação da nova *joint venture* corresponda a uma diminuição da concentração de mercado, ou que haja a criação de um novo produto, ou nova tecnologia. Nesse caso, os benefícios ao mercado da cooperação empresarial sobrepõem-se à neutralização da concorrência entre as empresas que envolvidas na *joint venture*.

Repara-se que *joint ventures* podem ser formadas para que atuem de maneira muito parecida, se não idêntica, a de um cartel – conduta ilícita e anticompetitiva. Como é difícil ou inviável o estabelecimento prévio de características que constituam a ilicitude das cooperações empresariais, o papel do CADE é fundamental ao estabelecer em seus julgados uma jurisprudência sobre essas questões, definindo critérios de aprovação ou desaprovação de *joint ventures*.

Esta dissertação busca analisar as concentrações cooperativas das empresas, na forma de *joint ventures*, mediante revisão doutrinária e análise de decisões recentes proferidas pelo CADE. A análise desenvolvida neste trabalho tem como parâmetro os Guias das autoridades antitruste estrangeiras, apontamentos de autores nacionais e estrangeiros sobre as peculiaridades dessas operações e a teoria da argumentação desenvolvida por Stephen Toulmin.

De modo mais abrangente, esta dissertação insere-se no tema dos limites jurídicos à cooperação empresarial, ou seja, em identificar o que é ou não permitido juridicamente às empresas na sua liberdade de cooperação. A investigação parte do princípio de que cooperação entre empresas corresponde, em alguma medida, à ausência de concorrência - um dos objetivos de promoção e defesa da Lei 12.529/2011, motivo da importância dos julgados da autoridade antitruste nacional.

As decisões a serem analisadas são aquelas proferidas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômico - TADE do CADE, considerando a estrutura da autarquia a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011. De acordo com essa Lei, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC passou a contar com a atuação do CADE, autarquia responsável pelo julgamento dos casos de concentração empresarial ou de condutas anticompetitivas, em última instância administrativa, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, vinculada ao Ministério da Fazenda, detém a função primordial de advocacia da concorrência.

O CADE é composto por três órgãos: a Superintendência Geral - SG, o Departamento de Estudos Econômicos - DEE e o TADE.

A SG é o órgão responsável pelo monitoramento das práticas de mercado, para o fim de verificar infrações à ordem econômica, fiscaliza o cumprimento das

decisões do CADE, incluindo-se os acordos ou remédios antitruste aprovados pelo TADE. A SG também realiza a condução dos processos administrativos de competência do CADE. Nessa condução, a SG pode requerer informações e documentos para instruir os processos administrativos e pode executar mandados de busca e apreensão (com autorização judicial). À SG também é possível impor medidas cautelares durante a fase de instrução.

O DEE é o órgão responsável pelos estudos e pareceres econômicos do CADE, que podem ser realizados de ofício ou por requisição dos Conselheiros do TADE ou do Superintendente-Geral.

O TADE é a cúpula do CADE, formado por seis conselheiros e o presidente, detentor de poderes variados, mas, principalmente, o poder decisório sobre os casos de infrações à ordem econômica e os processos de controle prévio dos atos de concentração.

Além dos mencionados órgãos que compõem o CADE, outros também atuam em conjunto com a autarquia, seja na condução das suas questões administrativas internas, ou na instrução e julgamento de processos administrativos de infração à concorrência ou controle de concentração. A Procuradoria Federal junto ao CADE - ProCADE é órgão da Advocacia-Geral da União que representa o CADE judicial e extrajudicialmente, promovendo a execução judicial de suas decisões, bem como dos acordos administrativos. O Ministério Público Federal - MPF atua mediante a edição de pareceres, principalmente nos casos de infração à ordem econômica, considerando que as condições da concorrência guardam relação com direitos difusos e coletivos, como a defesa do consumidor.

Desse modo, quando se faz referência, neste trabalho, aos julgamentos do CADE, está-se a referir, tão somente, aos votos dos seus Conselheiros, deixando-se de analisar as Notas Técnicas, Pareceres e demais documentos emitidos pelos demais órgãos que compõem a autoridade antitruste brasileira.

Não há dúvidas que os documentos expedidos pelos órgãos acima referidos são de importância fundamental para o bom andamento dos processos no CADE. Contudo, pelo seu caráter decisório em última instância, optou-se pela análise dos julgados do TADE. Esse recorte metodológico atende às limitações de uma pesquisa de dissertação de mestrado.

Nesse sentido, o foco da pesquisa está em compreender como o CADE julga a formação de *joint ventures*, na condição de estruturas empresariais cooperativas, para identificar os elementos que configuram a sua ilicitude.

Um ponto importante a ser destacado nessa introdução é a de que se evitou, neste trabalho, investigações extensivas de caráter histórico sobre a formação de cooperação empresarial, do surgimento das *joint ventures* ou mesmo dos primórdios da legislação brasileira sobre o Direito Concorrencial. O uso da história do direito concorrencial se restringiu à criação do *Sherman Act*, ao desenvolvimento da *rule of reason* (regra da razão) e ao debate entre as Escolas de Harvard e Chicago, por serem eventos importantes ao entendimento das cooperações empresariais no âmbito antitruste.

Não porque a análise histórica seja irrelevante para o estudo dos institutos jurídicos, muito menos por considerar que as questões do Direito Concorrencial são alheias à compreensão histórica. Ao contrário, parte-se do pressuposto que o Direito, como fenômeno social, é essencialmente histórico, por fazer parte do tempo e espaço no qual transcorrem as ideias e as relações humanas. Contudo, para as finalidades desta investigação acadêmica, o estudo dos primórdios das regras concorrenciais não é essencial à compreensão dos objetivos ora propostos. As motivações e percursos históricos que trazem a atual configuração do Direito Concorrencial brasileiro, ou mesmo os motivos para entender o papel do CADE na economia brasileira são ricos o suficiente para justificar a realização de pesquisas autônomas. Pretende-se evitar, portanto, a utilização acessória da história, como elemento desnecessário de erudição.

Esta dissertação evita, também, avaliar se a decisão tomada pelo CADE, para um determinado caso, foi a decisão correta a ser dada. A análise dos votos se restringiu a analisar os argumentos que sustentam a decisão, apontar elementos argumentativos que poderiam ter sido feitos (para preencher os elementos da argumentação propostos por Toulmin), e a utilização de conceitos, classificações e demais análises pertinentes ao instituto da *joint venture*.

Em outras palavras, não se trata de propor como deveriam os Conselheiros do CADE julgar, mas de compreender como julgaram em cotejo com estudos sobre o instituto da *joint venture* e apontamentos sobre a robustez de suas argumentações jurídicas. O estudo, portanto, está na esfera do ser, da descrição de um fenômeno observável mediante instrumentos de pesquisa e análise de processos

administrativos, propondo-se a identificar os argumentos que sustentam a decisão tomada.

A compreensão dos julgamentos proferidos pelo CADE se dará a partir da leitura dos textos dos votos proferidos, publicados em Diário Oficial e disponibilizados, em seu inteiro teor, na página de *internet* do CADE. Não se busca entender como os Conselheiros julgam a partir de critérios psicológicos, econômicos ou sociais, mas dos argumentos utilizados para a justificação da decisão.

Não se nega a veracidade das correlações propostas pelos estudos interdisciplinares entre psicologia e decisões judiciais, por exemplo. Porém, o resultado desses estudos também não nega a relevância das decisões de cunho jurídico a partir e sobre o seu conteúdo textual. Nessa esteira é o ensinamento de MacCormick, para quem, por mais que os juízes julguem por variados motivos não-jurídicos, suas justificativas devem se dar numa decisão de caráter racional-argumentativo, que corresponda ao que se espera e de uma ordem jurídica compreendida em um Estado de Direito.

Portanto, buscam-se os principais elementos constantes nos votos dos conselheiros quanto aos itens que caracterizam a licitude ou ilicitude da estrutura empresarial que se pretende autorizar, em cotejo com as considerações da doutrina nacional e internacional sobre assunto, bem como os apontamentos dos guias de análise das *Federal Trade Commission* e da Comissão Europeia, autoridades antitruste dos Estados Unidos e da União Europeia, respectivamente. Apesar de se analisar os Guias de Análise Antitruste desses organismos, serão estudados apenas os votos proferidos pelo CADE.

Para cumprir as considerações postas nos parágrafos acima, o trabalho está dividido em três capítulos, além desta Introdução e da Conclusão. O Capítulo 2 destina-se à compreensão da importância da cooperação empresarial na perspectiva da defesa da concorrência, nas guias de análise internacionais sobre a cooperação empresarial e em como o tema está estruturado na Lei nº 12.529/2011. No Capítulo 3 analisa-se detidamente a doutrina estrangeira e nacional sobre o instituto da *joint venture* e sua relação com outras concentrações cooperativas. No Capítulo 4, analisam-se os julgados do TADE sobre formação de *joint ventures* a partir da vigência da Lei 12.529/2011, em cotejo com as considerações dos capítulos anteriores. Na Conclusão, busca-se sistematizar os dados achados, apontando-se

as convergências, divergências e demais pontos que eventualmente sejam levantados.

2 DIREITO CONCORRENCIAL E COOPERAÇÃO ENTRE EMPRESAS

A cooperação entre empresas engloba tanto acordos horizontais e verticais, como concentrações cooperativas na forma de consórcios, *joint ventures* e contratos associativos. Todas essas práticas têm potenciais efeitos sobre o bem-estar dos consumidores, ou ao bom funcionamento do mercado, a ponto da legislação de defesa da concorrência brasileira estabelecer critérios e prescrições quanto aos seus controles e ilicitudes, motivo pelo qual é objeto de estudo do Direito Concorrencial.

2.1 O conceito de Direito Concorrencial

A conceituação do Direito Concorrencial, como bem apontado por Oliveira e Rodas (2013, p. 43-44), não encontra consenso entre os autores. Muitos cometem o equívoco de incluir na definição o próprio termo definido, ao dizer que o Direito da Concorrência é o conjunto de regras que tutela a concorrência. Apesar de não ser inteiramente errada, tal tentativa de conceituação é tautológica e, portanto, de pouco valor pragmático. É necessário, segundo as lições elementares da lógica, que o termo a ser definido (*definiendum*) não conste em sua própria definição (*definiens*).

É óbvio que se o próprio *definiendum* aparece no *definiens*, a definição só tornará explícito o significado do termo definido para quem já o conhece. Por outras palavras, se a definição é circular, fracassará em seu intento, que é explicar o significado do *definiendum*. A regra, quando aplicada à definição por gênero e diferença, deve ser entendida não somente à medida que prescreve o aparecimento do *definiendum* no *definiens*, mas também o aparecimento de qualquer sinônimo daquele. (COPI, p. 132-133)

Há, também, autores que elencam os valores e princípios que, em seus pontos de vista, devem fazer parte do conceito de Direito Concorrencial. Tais valores são variados e diversos como a defesa dos consumidores, a livre-iniciativa, a livre concorrência, ou a defesa da indústria nacional. Essas propostas de conceituação não se restringem aos autores nacionais, mas perpassa o trabalho acadêmico de autores estrangeiros.

Talvez a razão para isso seja a abrangência do Direito Concorrencial, que está intimamente ligada a ideais políticos, bem como pela grande utilização de termos econômicos. Não somente com a política e com a economia, mas também

com o Direito Internacional (casos de *dumping* ou concentrações de multinacionais, por exemplo) o Direito Concorrencial tem importantes inter-relações. Há grande e inevitável interdisciplinaridade nos textos que discorrem sobre esse ramo jurídico. Por isso, as normas do Direito Concorrencial acabam sendo utilizado nos mais variados âmbitos de análise, com elementos conceituais distintos e pertinentes a cada área do conhecimento.

No âmbito jurídico, Forgioni (2013, p. 29) diz que o direito antitruste é uma das técnicas que podem ser utilizadas pelo Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, por meio da tutela da livre concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico.

Para Oliveira e Rodas (2013, p.44), o direito da concorrência é o conjunto de regras jurídicas direcionadas a apurar, reprimir e prevenir os vários modos de abuso de poder econômico, com o objetivo de impedir a monopolização do mercado e favorecer a livre iniciativa, em favor da coletividade.

Para Richard Whish e David Bailey (2011, p. 1), como proposição geral, o Direito Concorrencial pode ser visto como o conjunto de regras que intencionam a proteção do processo de competição entre as empresas, em ordem de maximizar o bem-estar social.

Para Isabel Vaz (1993, p. 243), o Direito da Concorrência é o conjunto de regras e instituições destinadas a reprimir o abuso de poder econômico, em suas mais diferentes formas, bem como a promover a defesa da livre concorrência.

Nusdeo (2002, p. 63) dá ênfase aos princípios constitucionais da ordem econômica brasileira, ao dizer que o Direito Concorrencial corresponde à legislação que dá concretude aos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico.

A Federal Trade Commission (agência antitruste dos Estados Unidos) em seu Guia às Leis Antitruste, diz que:

As leis antitruste proíbem fusões e práticas comerciais irregulares em termos genéricos, deixando às cortes a decisão de quais são ilegais com base nos fatos de cada caso. As cortes têm aplicado as leis antitruste para mudar os mercados, desde o tempo das carruagens à presente era digital. Mesmo assim, por quase 100 anos, as leis antitruste tiveram o mesmo objetivo: proteger o processo de competição para o benefício dos consumidores, certificando-se de que existem fortes incentivos para que as

empresas operem de modo eficiente, deixem os preços baixos e a qualidade alta. (FTC, s.d.)¹

Ao se analisar as normas concorrenciais vigentes nos diversos países percebe-se que seu núcleo comum reside na prescrição de proibições ou de infrações que podem ser cometidas pelas empresas na sua atuação no mercado (DE CASTRO, 2001; DAN, 2012; PRADO, 2008; LORENZ, 2013). Essas infrações referem-se às condutas que empresas podem realizar para prevalecer no mercado, tanto por meio de estratégias de concorrência com outras empresas, a exemplo da prática de preços predatórios, como por meio de cooperações interempresariais, como a cartelização.

Outro elemento que compõe o núcleo comum do Direito Concorrencial são as concentrações empresariais. Historicamente, por considerar que muitas condutas cooperativas poderiam sofrer o crivo do *Sherman Act*, primeira e principal legislação antitruste nos Estados Unidos, muitas empresas passaram a se concentrar mediante fusões e aquisições de seus ativos. Como o *Sherman Act* estava sendo utilizado para punir a prática dos trustes e dos cartéis, os empresários perceberam que, em vez de insistir nessas condutas que estavam sendo penalizadas, melhor seria realizar a fusão e aquisição de empresas. Em decorrência disso, editou-se o *Clayton Act* que passou a proibir também a formação de estruturas monopolísticas, mediante a imposição do controle dos atos de concentração empresarial.²

Note que a Lei Sherman cobre fixação de preços e acordos de divisão de mercados entre empresas independentes, assim como práticas de monopolização por companhias individuais, mas não fusões (antes consideradas legais, a menos que formadas com a intenção de monopolizar o mercado usando métodos desleais de competição). Consequentemente, empresas dispostas a coordenar preços tinham a opção de fundir-se em uma única companhia e, ao fazê-lo, colocavam-se fora do alcance da Lei Sherman. A Lei Clayton foi, então, posta em vigor em 1914, para estender a legislação antitruste de modo a cobrir fusões capazes de reduzir a competição; foi provavelmente a própria Lei Sherman que gerou forte aumento no número de fusões nos Estados Unidos. (MOTA, 2015, p. 5)

¹ Tradução livre do autor para: The antitrust laws proscribe unlawful mergers and business practices in general terms, leaving courts to decide which ones are illegal based on the facts of each case. Courts have applied the antitrust laws to changing markets, from a time of horse and buggies to the present digital age. Yet for over 100 years, the antitrust laws have had the same basic objective: to protect the process of competition for the benefit of consumers, making sure there are strong incentives for businesses to operate efficiently, keep prices down, and keep quality up. O Guia às Leis Antitruste está disponível no site da FTC: <<https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>>

² Para melhor exposição da história do direito antitruste estadunidense, ver (KOVACIC; SHAPIRO, 2000) e sobre o histórico do *Clayton Act*, em especial, ver (MARTIN, 1959)

Neste trabalho, parte-se do entendimento de que os objetivos da legislação antitruste e os titulares dos bens jurídicos por ele tutelados não fazem parte do conceito de Direito Concorrencial, mas à política da concorrência de determinado Estado ou agrupamento político. Política da concorrência é, nas palavras de Massimo Mota (2015, p. 29) o conjunto de políticas e leis que asseguram que a concorrência no mercado não seja restringida de maneira a reduzir o bem-estar econômico.

Apesar de em certos autores não existir uma distinção clara entre Direito da Concorrência e Política da Concorrência, há boas razões para separá-las, conforme a distinção a seguir:

Há quem utilize como sinônimos as expressões direito da concorrência e política da concorrência, mas o correto é distingui-los. Para Hoekman e Mavroidis, o direito da concorrência geralmente diz respeito ao comportamento de entidades privadas ou empresas, enquanto que a política da concorrência é o conjunto de medidas utilizadas pelos governos para intensificar, valorizar o desafio dos mercados, inibindo tanto ações privadas quanto governamentais. Exemplificativamente, a aplicação dos objetivos da política da concorrência podem compreender a privatização das empresas pertencentes ao Estado, a redução de subsídios específicos para empresa, a diminuição das exigências para licenciamento de novos investimentos ou a adoção de medidas de liberalização do comércio.

[...]

Diz-se que muitos países possuem política da concorrência, mesmo não possuindo direito concorrencial corporificado. Diversas são as medidas políticas utilizadas por países para promover a competição no mercado, premiar as empresas eficientes, punir as não eficientes e garantir a competição por meio de políticas industriais e comerciais. [OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 40-42)

O Secretariado da Conferência sobre Comércio e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, realizada em 2009, editou um documento no qual retrata a distinção entre Política e Direito da Concorrência. Nesse documento, defende-se a ideia de que o Direito Antitruste, compreendido como um conjunto de regras que promove ou mantém a competição entre empresas, está abrangida pela Política da Concorrência, sendo um dos seus principais instrumentos, ao lado da advocacia da concorrência:

Concorrência refere-se à rivalidade entre empresas no ambiente de mercado. Também se refere à rivalidade potencial ou prevista. Política da concorrência refere-se a uma política de governo para preservar ou promover a concorrência entre agentes de mercado e de promover outras políticas de governo e processos que permitam o desenvolvimento de um ambiente competitivo. A Política da concorrência tem dois instrumentos

principais. O primeiro é o direito da concorrência que contém regras para restringir condutas de mercado anticompetitivas, bem como um mecanismo de aplicação, como uma autoridade. O direito da concorrência mira as práticas anticompetitivas de empresas privadas ou públicas. O segundo principal instrumento, particularmente importante na sua interface com a política industrial, é a advocacia da concorrência. A advocacia da concorrência pode ser usada para promover meios menos anticompetitivos de se atingir os objetivos de outras políticas. Outras políticas que tenham significantes impactos anticompetitivos incluem, dentre outros, a defesa do consumidor, padronizações, direitos de propriedade intelectual, comércio internacional, investimentos e licenças.³ (ONU, 2009, p. 3)

A relação entre Direito e Política não é de igualdade, nem de necessária sobreposição. Não se trata, inclusive, da única relação entre Direito e Política, mas de várias relações possíveis que dependem dos contextos sociais, do entendimento jurídico dominante sobre o que é o Direito e, também, sobre o que é a Política. Três são as relações possíveis entre as duas áreas, conforme a seguinte sistematização:

O direito atua em relação à política em três aspectos básicos, a saber como um objetivo, um meio, ou um obstáculo. Primeiro, a política pode definir predominantemente certos valores jurídicos ou instituições como seus objetivos. Nesse caso, o entendimento político desses valores ou instituições se torna quase idêntico ao autêntico entendimento jurídico dos mesmos valores e instituições. Em segundo, a política pode compreender o direito meramente como um meio para a conquista de certos interesses políticos. Nesse caso, a política é neutra em sua atitude perante o direito. Finalmente, a política pode interpretar o direito como um obstáculo à realização de certos valores políticos. Nessa situação, a política prevalece sobre o direito, ou vice-versa.⁴ (CERAR, 2009, p. 19)

Com base nessa distinção de relações possíveis entre o Direito e a Política pode-se compreender fases históricas do Direito Concorrencial brasileiro, como o período que vai dos anos 60 aos anos 80. Apesar de ter existido, à época, normas vigentes de defesa da concorrência, a política industrial do país lhe era incompatível, pois privilegiava a formação de grandes grupos empresariais, apostava no

³ Tradução livre do autor para: Competition refers to rivalry among firms in the market place. It also extends to envisaged or potential rivalry. Competition policy refers to government policy to preserve or promote competition among market players and to promote other government policies and processes that enable a competitive environment to develop. Competition policy has two major instruments. The first is a competition law which contains rules to restrict anticompetitive market conduct, as well as an enforcement mechanism, such as an authority. Competition law targets anti-competitive practices by private or public undertakings or enterprises. The second major instrument, particularly important in the interface with industrial policy, is competition advocacy. Competition advocacy can be used to promote less anti-competitive means of achieving other policies' goals. Other policies which significantly affect competition include, among others, consumer protection, standards, intellectual property rights (IPRs), international trade, investment and licensing.

⁴ Tradução livre do autor para: The law functions in relation to politics in three basic aspects, namely as a goal, a means, or an obstacle. First, politics can define certain predominantly legal values or institutions as its goal. In this case the political understanding of these values or institutions becomes almost identical to an authentic legal understanding of the same values or institutions. Second, politics can comprehend the law merely as a means for the fulfillment of certain political interests. In this case politics is neutral in its attitude toward the law. Finally, politics can interpret law as an obstacle on the way toward the realization of certain political goals. In this situation either politics prevails over law, or vice versa.

funcionamento de grandes empresas estatais (geralmente com o monopólio de seus mercados), ou mesmo no tabelamento de preços (CADE, 2013, p. 46, PRADO, 2014, p. 290-295). Tratou-se, pois, de período no qual a política industrial prevaleceu sobre o direito da concorrência – e não de período de inexistência deste.

Não se está a negar o caráter político do Direito Concorrencial, no sentido de que surge de um ato de vontade político que decide por instituir normas de defesa da concorrência. A diferenciação entre a norma jurídica e as razões políticas de sua instituição, neste sentido, refere-se ao posicionamento de Kelsen, em sua Teoria Pura do Direito (2009, p. 1-25), para quem a criação do Direito corresponde não a uma descoberta científica, mas a um ato de vontade.

Contudo, uma vez válida, a norma jurídica distingue-se da vontade política. Em outras palavras, a norma gera dever porque é válida, porque passou pelos trâmites preestabelecidos de positivação normativa, e não porque corresponde à vontade política dominante⁵.

Desse modo, partindo-se do entendimento de que o Direito Concorrencial é uma das técnicas de que lança mão o Estado para a implementação de Políticas Públicas (Forgioni, 2013, p. 29), as normas concorrenciais podem ser utilizadas para defender os mais variados fins, ou tutelar os interesses de diversos sujeitos. O Estado pode instituir normas de concorrência entre empresas em um ambiente de mercado para diminuir o poderio econômico das grandes empresas, para tutelar os interesses das pequenas e médias empresas, ou, de igual valia, incentivar a cooperação empresarial para aumentos de ganhos de escala para produzir mais eficiência no mercado, em prol da maximização do bem-estar do consumidor. Em todos os casos, o Direito Concorrencial continuará sendo o conjunto de regras que disciplina a competição entre os agentes econômicos, sendo os objetivos e os sujeitos tutelados pertinentes a esfera distinta de sua conceituação, mas relacionados à Política da Concorrência adotada no país.

Por essa razão, o Direito Concorrencial não possui um objetivo próprio que seja integrante do seu conceito. Os objetivos do Direito Concorrencial estão inseridos no âmbito maior da Política da Concorrência, fundamental, principalmente, em dois momentos: no da criação do Direito Concorrencial (mediante redação

5 Esse posicionamento corresponde aos estudos juspositivistas sobre o Direito, sendo que há grande debate sobre as relações entre Direito, Política e Moral na constituição do fenômeno jurídico. Não é objeto deste trabalho tratar desse tema, mas como referência para pesquisas autônomas, pode-se citar Kelsen (2009), Schmitt (2007), Hart (1994) e Dworkin (1986).

normativa, por exemplo) e no da definição dos objetivos que devem ser perseguidos pelas autoridades antitruste (mediante a interpretação das normas concorrenciais, julgamento dos casos de infração à ordem econômica e apreciação dos atos de concentração econômica).

Além das divergências conceituais, a denominação da matéria também é variada. No Brasil, o Direito Concorrencial é também chamado de Direito Antitruste, ou Direito de Defesa da Concorrência. Nos Estados Unidos é conhecido como *Antitrust Law*, enquanto no Reino Unido, Austrália e Canadá é intitulado de *Competition Law* (AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2001).

Apesar das diferenças de denominação, esse subsistema jurídico apresenta muitas semelhanças nos diversos países que tem em seu ordenamento normas positivadas de Direito Concorrencial. Esse, aliás, é um dos fatores que explica a quantidade de organismos internacionais que tem por objetivo a promoção da discussão sobre a matéria entre as nações, como a *International Competition Network* e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OECD, bem como revistas específicas sobre a matéria em âmbito internacional, como a *Global Competition Review*. Neste trabalho, todas as denominações do Direito Concorrencial serão utilizadas como sinônimas.

Pelo exposto, adota-se, neste trabalho, o conceito de que o Direito Concorrencial compreende o conjunto de normas jurídicas que prescreve limites à competição e cooperação entre as empresas que atuam em um ambiente de mercado, mediante o estabelecimento de punições às infrações à ordem econômica ou de requisitos para aprovação de atos de concentração empresarial.

2.2 Objetivos da Defesa da Concorrência

No Brasil, a Lei nº 12.529/2011 é, atualmente, o principal texto normativo, além da Constituição Federal, que prescreve as regras e princípios atinentes ao Direito Concorrencial. Nessa Lei estão previstos os ditames interpretativos de seus dispositivos, as infrações à ordem econômica que deverão ser analisadas pela autoridade antitruste nacional e os procedimentos para aprovação de atos de concentração empresarial.

O art. 1º da Lei nº 12.529/2011 estabelece que a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica no País devem ser orientadas pelos ditames

constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Logo em seguida, no seu parágrafo único, define que a coletividade é a titular dos bens jurídicos tutelados.

O fato da coletividade constar como a titular dos bens jurídicos representa uma escolha do legislador em reconhecer o caráter difuso dos benefícios da concorrência. Isso porque em uma sociedade de mercado, a concorrência entre empresas, em princípio, conduz a uma maior produção de bens e serviços, diminuição de preços, avanço tecnológico e possivelmente maior geração de empregos.

Em termos econômicos, para fornecer esses bens e serviços de maior qualidade e preços baixos, os agentes devem tomar suas decisões de maneira independente, ainda que influenciados pelas decisões que serão tomadas pelas outras empresas atuantes no mesmo mercado.

Concorrência é um mecanismo básico da economia de mercado, que encoraja as empresas a oferecerem aos consumidores bens e serviços nos termos que lhe são mais favoráveis. Ela encoraja a eficiência e a inovação e reduz os preços. Em ordem de ser efetiva, a concorrência requer que as empresas ajam independentemente uma das outras, mas sujeitas à pressão competitiva que as outras lhe exercem⁶. (COMISSÃO EUROPEIA, s.d)

Numa situação de concorrência, os agentes econômicos têm pouca influência sobre a formação de preços, de modo a que as distorções sobre a produção e a demanda são mais difíceis de se conseguir.

Os economistas empregam a expressão **mercado competitivo** para descrever um mercado onde há tantos compradores e vendedores que cada um deles tem impacto insignificante sobre o preço do mercado. [...] Há mercados em que o conceito de competição perfeita se aplica perfeitamente. No mercado de trigo, por exemplo, há milhares de agricultores que vendem trigo e milhões de consumidores que utilizam o grão e seus derivados. Como não há um comprador ou vendedor específico que seja capaz de influenciar o preço do trigo, cada um deles aceita o preço como dado. (MANKIW, 2013, p.64-65)

⁶ Tradução livre do autor para: Competition is a basic mechanism of the market economy which encourages companies to offer consumers goods and services at the most favourable terms. It encourages efficiency and innovation and reduces prices. In order to be effective, competition requires companies to act independently of each other, but subject to the competitive pressure exerted by the others.

Além dessas vantagens, segundo Zingales, a concorrência restringe o aumento da desigualdade, cria incentivos à meritocracia e, sobretudo, dá aos consumidores a possibilidade de escolha.

A concorrência limita a possibilidade de ganhar lucros extraordinários - e portanto também limita a desigualdade de renda. A concorrência assegura que os consumidores aproveitarão dos benefícios da inovação. A concorrência cria uma pressão em direção à eficiência e conseqüentemente à meritocracia, um sistema no qual as responsabilidades são dadas às pessoas que podem fazer o melhor e no qual as recompensas são vistas como prêmios justos.

A concorrência traz mais do que isso: dá aos consumidores a liberdade de escolha. O fato dos consumidores poderem trocar de um vendedor a outro não apenas os protege das empresas tentarem lhes arrancarem preços altos; também assegura que o seu bem-estar é maximizado. Para manter seus negócios, as empresas oferecerão aos consumidores os termos mais favoráveis⁷. (ZINGALES, 2012, p. 99-100)

A monopolização de setores do mercado, por outro lado, é prejudicial ao consumidor, uma vez que o monopolista perderá o incentivo de tornar-se eficiente e, principalmente, cobrará mais caro por bens e serviços do que cobraria em situação de concorrência.

Um monopolista é um vendedor (ou grupo de vendedores que atuam como um só) que pode mudar o preço que seu produto será vendido no mercado, por mudar a quantidade de bens que venderá. Concretamente, por reduzir sua produção, ele pode aumentar o preço acima do custo de suprimento do mercado, que é o preço que a concorrência traria, o preço competitivo. Esse 'poder sobre o preço', a essência do conceito econômico de monopólio, deriva do fato de que o preço de mercado é inverso à quantidade. Algumas pessoas valorizarão o produto mais do que outras pessoas, então se a oferta do bem é restringida eles aumentarão o preço que estão dispostas a pagar para ter certeza de que conseguirão comprá-lo. De modo contrário, se a oferta aumenta, o preço deve cair para induzir as pessoas que o valorizam menos a comprá-lo. O vendedor que controla a produção de um produto pode, portanto, aumentar seu preço ao restringir o montante produzido. (POSNER, 2001, p. 9)⁸

⁷ Tradução livre do autor para: Competition limits the possibility of earning extraordinary profits—and thus limits income inequality as well. Competition ensures that consumers enjoy the benefits of innovation. Competition creates a pressure toward efficiency and hence meritocracy, a system in which responsibilities are given to the people who can deliver the most and in which the rewards are then seen as the just prize. Competition brings even more than this: it gives customers the freedom to choose. That customers can switch from one vendor to another not only protects them from companies that try to gouge them with high prices; it also ensures that their welfare is maximized. To keep their business, firms will offer customers the most favorable terms.

⁸ Tradução livre do autor para: "A monopolist is a seller (or group of sellers acting like a single seller) who can change the price at which his product will sell in the market by changing the quantity that he sells. Concretely, by reducing his output he can raise his price above the cost of supplying the market, which is the price level that competition would bring about, the competitive price. This 'power over price', the essence of the economic concept of monopoly, derives from the fact that market price is inverse to quantity. Some people will value the product more than other people do, só if supply is curtailed they will bid the price up to make sure they get it. Conversely, as supply is increased, the price must fall to induce people who value the product less to buy it. The seller who controls the supply of a product can therefore raise his price by restricting the amount supplied".

No mesmo sentido:

Sob monopólio, existe apenas um fornecedor, que se dará conta de que sua decisão de quanto produzir terá um efeito sobre o preço de mercado. Em outras palavras, o monopolista agirá como um estabelecedor de preços, em vez de um tomador de preços. O nível de produção sob monopólio será menor e os preços serão maiores do que numa condição de concorrência perfeita. Eficiências produtivas ou alocativas não serão atingidas. Comparada à concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor em alguma medida será transferido ao monopolista, na forma de lucro⁹. (LARENZ, 2013, p. 13)

Apesar desses malefícios, há situações em que o regime de monopólio é instituído como política pública, com o objetivo de atingir certos benefícios ou eficiências. É o caso dos monopólios concedidos como incentivos à pesquisa e inovação (caso das patentes e das normas de propriedade intelectual). Às vezes, trata-se da única maneira possível de comercialização do produto (monopólios naturais, como o fornecimento de água encanada e saneamento).

Como decorrência do aumento dos preços, acima daqueles que seriam cobrados num ambiente de concorrência plena, a monopolização gera uma transferência de renda inversa (ZINGALES, 2012, p. 113-115), principalmente em países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos.

A concentração estrutural de poder econômico, portanto, afeta todo o sistema, concentrando renda entre setores industriais e entre estratos sociais. Essa concentração de poder e renda também leva a mudanças substanciais nos padrões de crescimento econômico. O crescimento é fortemente baseado, dentre outros fatores, em ganhos de produtividade que resultam da redistribuição inversa de renda de trabalhadores (tanto empregados quanto excedente) para os grandes conglomerados (e o pequeno número de acionistas que eles possuem). (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 22-23)

Apesar da compreensão sobre os benefícios da efetiva concorrência entre as empresas formar consenso entre os doutrinadores, a definição dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Concorrencial é algo historicamente em disputa. Importante

⁹ Tradução livre do autor para: Under monopoly, there is only one supplier, which will realise that its output decision will have an effect on the market price. In other words, the monopolist will act as a price setter instead of as a price taker. The level of output under monopoly will be lower and prices will be higher than under perfect competition. Allocative and productive efficiency will not be achieved. Compared to perfect competition, some of the consumer welfare will be transferred to the monopolist as profit.

para essa compreensão é o debate travado nos Estados Unidos entre as chamadas Escola de Harvard e Escola de Chicago.

A Escola de Harvard, também conhecida como Escola Estruturalista, defende que a concorrência seria mais efetiva caso o mercado fosse composto de inúmeras empresas de médio ou pequeno porte. Nesse sentido, nenhuma empresa se sobreporia às outras e, naturalmente, todas concorreriam entre si para ofertar ao mercado o melhor de seus bens e serviços. A análise de autores como Chamberlin (1933), Bain (1959) e Mason (1964) recaía sobre a estrutura do mercado, definida pela quantidade e tamanho das empresas que nele atuam. A estrutura determinaria as condutas das empresas e, conseqüentemente, sua performance.

Na metade do século vinte, economistas de Harvard como Edward Chamberlain (sic), Edward Mason, e Joe Bain argumentaram que a estrutura de uma indústria, isto é, o número de firmas no mercado e seus respectivos tamanhos, determinava quão efetivamente as firmas atuavam naquele mercado. Começando na década de 1960, os professores de Harvard aplicaram a abordagem estrutural dos economistas de Harvard à teoria antitruste. Esses acadêmicos sustentaram que, quando mercados são concentrados, as firmas são mais propensas em dedicarem-se a condutas anticompetitivas. [...] Acadêmicos de Harvard opunham-se à concentração dos mercados, mesmo quando ela pudesse diminuir os custos e os preços, portanto beneficiando os consumidores. A produção acadêmica de Harvard convenceu muitos juízes a presumirem a ilegalidade de qualquer conduta de firmas com poder de mercado, desconsiderando dos seus efeitos sobre os consumidores.¹⁰ (PIRAINO JR, 2007, p. 352-353)

Um dos elementos interpretativos da Escola de Harvard recaía sobre o conceito de posição dominante. Não haveria sentido em se pensar que uma empresa em posição dominante não se utilizaria de sua posição para benefício próprio, mesmo que em detrimento do mercado. O foco da política da concorrência, portanto, deveria incidir sobre a estrutura do mercado que permitiu o surgimento da sua posição dominante:

“Em linhas gerais, a Escola de Harvard parte do pressuposto de que empresas com poder econômico usa-lo-ão para implementar condutas anticompetitivas – ‘todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites’, ensina Montesquieu. Por isso, devem ser

¹⁰ Tradução livre do autor para: In the middle of the twentieth century, Harvard economists such as Edward Chamberlain, Edward Mason, and Joe Bain argued that an industry's structure, that is, the number of firms in the market and their relative sizes, determines how effectively firms will perform in that market. Beginning in the 1960s, Harvard professors applied the structural approach of the Harvard economists to antitrust theory. These scholars argued that, when markets are concentrated, firms are more likely to engage in anticompetitive conduct. [...] Harvard scholars opposed market concentration, even when it might lower costs and prices, thereby benefiting consumers. Harvard scholarship convinced many judges to presume the illegality of any conduct by firms with market power, regardless of its effect on consumers.

evitadas as excessivas concentrações, que acabam por gerar disfunções prejudiciais ao próprio fluxo das relações econômicas, buscando-se modelo de *workable competition*. Essa questão, por sua vez, está relacionada ao problema da *quantidade de agentes econômicos* atuantes em determinado setor da economia. O modelo de concorrência que se propugna implica a manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado. Dessa forma, dá-se preferência a uma *estrutura mais pulverizada*, evitando-se as disfunções no mercado. A frase *small is beautiful* identifica-se com a tese que defendem. Um de seus principais pilares repousa na crença de que a conduta do agente econômico – e, portanto, de toda economia – está diretamente ligada à estrutura do mercado. Em três palavras “estrutura – conduta – performance”. (FORGIONI, 2013, p. 168)

Influenciada pelos postulados dessa Escola, a Suprema Corte dos Estados Unidos vetou uma série de concentrações empresariais e declarou ilícitas grande quantidade de condutas empresariais, aplicando penalidades aos infratores. Nesse sentido, o bem jurídico tutelado era, propriamente, a livre-concorrência, então entendida como a existência de uma pluralidade de empresas existentes e atuantes no mercado, preferencialmente de médio ou pequeno porte.

"Na jurisprudência norte-americana prevaleceu durante significativo período o entendimento de que a preservação do interesse dos concorrentes, em especial das pequenas empresas, deveria ser um dos objetivos do controle de fusões empresariais, pois teria sido um dos fundamentos que motivaram a edição da legislação de defesa da concorrência nos Estados Unidos. Tal entendimento foi influenciado pela visão estruturalista de funcionamento dos mercados, que favorecia a implementação de políticas que dificultassem a concentração de oferta, o que se dava, por exemplo, através da proteção das pequenas empresas." (PFEIFFER, 2015, p. 102)

Na década de 1970, acadêmicos da Universidade de Chicago passaram a questionar os postulados da Escola de Harvard e, principalmente, os julgados da Suprema Corte, sobre ilícitos concorrenciais. Segundo esses autores, influenciados pela teoria microeconômica neoclássica, em especial a Teoria dos Preços (MEDEMA, 2007; POSNER, 1979), o bem jurídico tutelado pelo Direito Concorrencial não era necessariamente a concorrência, mas o bem-estar do consumidor. Nesse sentido, as decisões tomadas pela Suprema Corte até então tinham declarado a ilicitude de muitas condutas empresariais que eram benéficas aos consumidores, reduzindo preços ou custos de produção, por exemplo.

De acordo com Bork (1993, p. 7), a Política Antitruste encontrava-se num paradoxo, pois ao procurar manter a concorrência entre empresas, prejudicava os consumidores por penalizar empresas eficientes quando estas reduziam custos ou melhoravam seus processos produtivos.

Além disso, havia o problema de se eleger variados fins ao Direito Concorrencial, pois em situações concretas eles podem colidir. Na hipótese do julgamento de uma conduta que torna mais eficiente a produção de um produto por uma empresa, mas aumenta de modo significativo a concentração do setor, dúvidas surgem quanto à decisão correta a ser tomada pela autoridade antitruste.

Era necessário, portanto, identificar um objetivo claro e prático para o direito da concorrência. Esse objetivo seria a maximização do bem-estar do consumidor.

Uma multiplicidade de objetivos ao direito [antitruste] parece desejável a alguns comentadores, apesar de não enfrentarem a questão se os objetivos contradizem um ao outro e como tais contradições devem ser resolvidos ao se decidir sobre casos específicos. Outros comentadores parecem pensar que a questão dos objetivos é essencialmente irresolúvel, uma daquelas escolhas de valores últimos sobre as quais nunca se deve esperar concordância entre os homens. Por isso, Donald Dewey: “Criticar as cortes por terem os objetivos errados do antitruste é política, não ciência.” Essas são posições que eu quero contestar. As leis antitruste, como agora estão, tem apenas um único objetivo legítimo, e esse objetivo pode ser derivado rigorosamente como qualquer teorema em economia. [...] (1) O único objetivo legítimo do Direito Antitruste Americano é a maximização do bem-estar do consumidor; portanto, (2) competição, para propósitos de análise antitruste, deve ser entendida como um termo técnico que significa qualquer estado de coisas nas quais o bem-estar do consumidor não pode aumentar por decreto judicial.¹¹. (BORK, 1993, p. 50-51)

A maximização desse bem-estar decorreria da busca pela eficiência nas condutas e concentrações empresariais, que deveriam nortear, portanto, a análise antitruste realizada pelas cortes e autoridades da concorrência.

Os estudos levados a cabo pelos integrantes da Escola de Chicago, em conjunto com políticas adotadas pelo governo Reagan, assim como suas nomeações à Suprema Corte, fizeram com que houvesse uma revisão jurisprudencial nos Estados Unidos, mudando-se o teor dos julgados a respeito das infrações à ordem econômica (KOVANIC; SHAPIRO, 2000, p. 53-55). Nesse sentido, a maximização do bem-estar do consumidor passou a ser o bem jurídico tutelado pelo Direito da Concorrência (KAPLOW, 1988).

¹¹ Tradução livre do autor para: A multiplicity of policy goals in the law seems desirable to some commentators, though they do not address the question of whether the goals contradict one another and how such contradictions are to be resolved in deciding specific cases. Other commentators appear to think the question of goals essentially unsolvable, one of those ultimate value choices about which men can never be expected to agree. Thus Donald Dewey: “To criticize the courts for having the wrong antitrust goals is politics, not science.” These are positions I wish to dispute. The antitrust laws, as they now stand, have only one legitimate goal, and that goal can be derived rigorously as any theorem in economics. [...] (1) The only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare; therefore, “Competition,” for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree.

Uma constatação importante, porém, é que o Direito Concorrencial não tutela diretamente os direitos do consumidor, ou o consumidor em sua esfera privada de interesses. A proteção é intermediária, ao proteger-se a concorrência (ou a eficiência) para benefício futuro dos consumidores.

Em sentido análogo, Herbert Hovenkamp, estudando os objetivos da política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, analisa a diferenciação entre proteção do consumidor e bem-estar do consumidor. Sustenta, por um lado, ser comum a afirmação de que a política antitruste não efetiva a proteção direta do consumidor, tarefa pertencente à política de defesa do consumidor. No entanto, por outro lado, diversas correntes de autores posicionam-se no sentido de que a tutela do bem-estar é um dos principais objetivos das normas de defesa da concorrência. A aparente contradição entre as duas afirmações seria resolvida através da distinção entre o 'bem-estar do consumidor', que é alcançado através da maximização do excedente do consumidor e com o controle da monopolização e a 'proteção do consumidor', entendida como o conjunto de normas que defendem o consumidor de fraudes, publicidades enganosas e outras práticas abusivas. Neste contexto e com tais precisões conceituais, seria possível afirmar que embora a política de defesa da concorrência inclua dentre seus objetivos a tutela do bem-estar do consumidor, não efetiva a proteção direta do consumidor. (PFEIFFER, 2015, p. 143)

Apesar do domínio do pensamento da Escola de Chicago, houve (e ainda há) resistência à doutrina de que a maximização do bem-estar do consumidor, mediante a análise das eficiências das condutas e operações potencialmente anticompetitivas, seja o único intento do Direito Antitruste (PITOFKY, 2008). Eleanor Fox (2009) recentemente defendeu a ideia de que a doutrina da Escola de Chicago desembocou em um paradoxo da eficiência. Ao desconsiderar os diversos caminhos possíveis para se chegar à eficiência, os proponentes dessa Escola acabam por advogar a não intervenção estatal. Essa escolha de não intervenção muitas vezes ocorre em detrimento da possibilidade da rivalidade entre competidores e da abertura do mercado. Tanto a rivalidade como a abertura do mercado são essenciais, segundo Fox (2009, p. 80) para a criação de eficiências econômicas. Assim, a política de não-intervenção como método exclusivo para se atingir a eficiência resultaria, paradoxalmente, em prejuízo à possibilidade de maior eficiência econômica.

Além disso, diz-se que atualmente se vive uma situação pós-Chicago (HOVENKAMP, 2001; et VAN DER BERGH, 2003), decorrente de novos desenvolvimentos na teoria econômica e suas possíveis correlações com o Direito Antitruste, como a Nova Organização Industrial (JACQUEMIN, 1987; TIROLE, 1988),

Teoria dos Jogos (SHUBIK, 2016; ROSENFELD, CARLTON e GERTNER, 1996), Economia Comportamental (JOLLS, SUNSTEIN e THALER, 1998) e a Economia da Informação (SHAPIRO, 1999).

De todo modo, em decorrência da produção intelectual dos autores da Escola de Chicago, um certo consenso se firmou quanto aos objetivos do antitruste, inclusive com ressonâncias internacionais, como é o caso do Direito Concorrencial Brasileiro. O bem-estar do consumidor passou a ser o principal bem jurídico tutelado pelo Direito Concorrencial, apesar de que continuam em disputa as maneiras para tutelá-lo.

“Como sabido, toda a teorização econômica do direito concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Teóricos ordoliberais, estruturalistas e neoclássicos não discordam quanto a esse ponto. A discordância maior está quanto ao sentido a ser dado à expressão ‘bem-estar do consumidor’. Enquanto para os ordoliberais e para muitos dos defensores das teorias pós-Chicago ela significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ela significa, simplesmente, eficiência econômica.” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 104-105)

Em outras palavras, a questão é saber como as regras concorrenciais devem ser aplicadas para tutelar esse bem jurídico, considerando-se os atuais debates e avanços teóricos.

Não por acaso, Forgioni (2015) em artigo sobre os desafios do antitruste para o século XXI, aponta que uma das questões que precisam ser balizadas é o entendimento do caráter político do Direito Concorrencial, com a consequente definição dos objetivos a serem perseguidos pelas análises concorrenciais em prol de maior transparência e segurança jurídica às empresas e demais agentes econômicos.

2.3 A regra da razão e a regra *per se*

Uma mudança importante na jurisprudência americana, que ocorreu em conjunto ao debate Harvard x Chicago, de enorme importância ao Direito brasileiro, como se verá adiante, é a questão dos critérios de interpretação antitruste, conhecidos como regra *per se* e regra da razão (*rule of reason*).

Segundo a análise *per se*, certas condutas, por si mesmas, devem ser declaradas ilegais, por infringirem, em sua própria natureza, as condições de

mercado. De acordo com a regra da razão, as condutas, em tese anticompetitivas, devem passar por uma análise criteriosa que sopesse os danos e benefícios em prol do mercado e dos consumidores, para que seja eventualmente declarada ilícita (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 481).

A regra *per se* determina que, uma vez configuradas certas práticas, o ato poderá ser considerado ilegal sem a necessidade de aprofundamento da investigação. A diferença entre a regra *per se* e a regra da razão reside na quantidade de informações necessárias antes da tomada de uma decisão. Desse modo, a análise de uma conduta típica *per se* poderá ser interrompida em um estágio de investigação anterior ao da regra da razão. (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 96)

A criação dessa distinção de critérios interpretativos decorre do texto normativo que constitui o *Sherman Act*. Em sua cláusula primeira, por exemplo, declara-se ilegal todo contrato, combinação ou conspiração para restringir o comércio entre os diversos Estados ou para com as nações estrangeiras. Desse modo, qualquer conduta empresarial que se encaixasse na prescrição desse dispositivo deveria ser declarada ilegal.

A “regra da razão”, como originalmente elaborada, tinha um objetivo muito simples: tornar viável a aplicação do direito concorrencial. A previsão genérica da *Section 1* do *Sherman Act* de que seria ilícito “todo e qualquer contrato, combinação na forma de truste ou qualquer outra forma, ou conspiração em restrição ao tráfico ou comércio entre os Estados, ou com as Nações estrangeiras (...)”, permitia em tese declarar ilícitos grande parte dos contratos comerciais. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 210)

Contudo, com o passar do tempo e as reflexões sobre o texto legal, chegou-se à conclusão do absurdo de que, se aplicada em sua literalidade, nenhum contrato escaparia da ilegalidade, pois é da essência do instrumento contratual restringir, de alguma forma, a liberdade dos contratantes. Por isso, a Suprema Corte dos Estados Unidos referendou a tese de que o *Sherman Act* proibia apenas os contratos que restringissem o comércio de forma não razoável.

Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência *de forma não razoável* (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra de proibição *per se*). *Contrario sensu*, são permitidas as práticas que não impliquem obstáculo desarrazoado ao livre comércio. Como afirma Shieber, a regra da razão acaba, na realidade, por determinar uma modificação no art. 1º do *Sherman Act*, muito embora não lhe tenha sido alterado o texto, que passou a vigor com a seguinte redação: “Todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma de conspiração em (desarrazoada) restrição ao tráfico ou

comércio entre Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilícito pela presente Lei". (FORGIONI, 2013, p. 198-199)

A importância da mudança em decorrência dos estudos da Escola de Chicago é a de que muitas condutas antes vistas como ilícitas *per se*, em virtude da Escola de Harvard, passaram a sofrer o crivo da regra da razão. Condutas como venda casada, preços predatórios e integrações verticais tiveram mudança de posicionamento jurisdicional (POSNER, 1979).

Segundo Meese (2003), Hartley (1999), Mano e Durand (2005) as análises das cortes ou das agências antitruste sobre o prisma da regra da razão estão dispostas em três etapas: primeiramente, o acusador do potencial ilícito deve demonstrar que a restrição ao comércio ou à indústria, em análise, produz dano tangível à livre-concorrência; o agente econômico envolvido na conduta investigada, na segunda etapa, deverá provar que o acordo ou contrato produz benefícios pró-competitivos que sobrepesam os danos que a acusação levantou na primeira etapa; por último, se o acusador conseguir provar que os benefícios alegados na segunda etapa poderiam ser atingidos de maneira diversa, menos danosa à concorrência, o ato econômico em questão deverá ser declarado ilegal.

Ademais, a regra da razão a ser aplicada em concentrações empresariais pode ser compreendida sob dois aspectos principais: se a operação é razoável e justificável. A operação é razoável se não restringe a competição entre as empresas de modo significativo. Por outro lado, é justificável se não houver outro meio, menos prejudicial, para se atingir as eficiências alegadas com a operação.

Mesmo sofrendo certas resistências iniciais, a regra da razão acabou cedo por se firmar, restringindo a aplicação do dispositivo apenas àqueles contratos que causassem uma desarrazoada (*unreasonable*) restrição ao comércio. A expressão "desarrazoada" envolve dois aspectos. Em primeiro lugar, é necessário que a restrição seja efetiva, ou seja, que realmente restrinja a competição, ao invés de simplesmente estabelecer regras para ela. Esse é o aspecto qualitativo. Em segundo lugar, é necessário que a restrição seja substancial, ou seja, analisadas as condições estruturais de cada mercado, promova substancial redução da competição. Esse é o aspecto quantitativo da regra. A fórmula assim elaborada pode ser chamada de "regra da razão no sentido clássico".

Essa regra encontra-se hoje substancialmente modificada. Se a regra da razão clássica tinha acrescentado o termo "desarrazoada" à *Section I* do *Sherman Act*, sua evolução posterior é no sentido de acrescentar o termo "injustificável". Contrário ao direito concorrencial passa a ser somente aquele comportamento ou estrutura que seja eficaz para proporcionar uma restrição *substancial e injustificável* da concorrência. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 210-211)

E aqui se coloca, justamente, a questão das cooperações empresariais: se a cooperação entre empresas deve ser considerada ilícita em si, se deve haver uma análise dos malefícios e benefícios que essa cooperação pode trazer ao mercado, se a cooperação é razoável e justificável para a aprovação ou reconhecimento, em termos concorrenciais, da regularidade de seu funcionamento.

2.4 A cooperação empresarial

As razões para suspeitar dos efeitos anticompetitivos das cooperações empresariais são evidentes. As empresas têm como objetivo a busca do lucro e o motivo pelo qual cooperam não é diferente. Uma das maneiras de atingi-lo é mediante a colusão, para diminuição conjunta da produção, divisão de mercados e consequente aumento dos preços.

Os acordos entre agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitruste. A união entre agentes (concorrentes ou não) é capaz de dar lugar a poder econômico tal que permita aos partícipes desfrutar de posição de indiferença e independência em relação às outras empresas, impactando o funcionamento do mercado. Os acordos podem diminuir as oportunidades de negócios para os não participantes, excluindo-os ou prejudicando-os no jogo concorrencial. (FORGIONI, 2013, p.333-334)

Antes de se analisar a possibilidade de cooperações lícitas, pontua-se que o termo cooperação empresarial tem significação ampla. Isso porque essa expressão pode significar tanto um acordo entre empresas para o desenvolvimento de uma nova tecnologia, como um acordo para fixação de preços.

Outra questão a ser considerada é se, além da cartelização, existe outra razão para as empresas cooperarem. Pois, partindo-se do pressuposto que as empresas concorrem entre si para auferirem os maiores lucros e dominarem o mercado, quais seriam os motivos que as levam a cooperar entre si, afora os motivos ilícitos?

A cooperação pode ocorrer pelos mais variados motivos e razões: para desenvolver uma nova tecnologia ou para se inserir em um novo mercado. Ela pode ocorrer, também, como decorrência da globalização econômica e dos novos desafios impostos às empresas como a necessidade de intenso desenvolvimento tecnológico:

Nas últimas décadas, o cenário econômico mundial tem presenciado profundas modificações com significativos reflexos nas empresas, em todos os níveis, definindo novas formas de atuação nos mercados.

Por um lado, cita-se a posição de destaque ocupada atualmente pelos consumidores, ávidos por produtos e serviços de alta qualidade e que, de fato, atendam às suas necessidades. [...] Cresce cada vez mais a busca por produtos específicos que possuem os chamados “selos de origem”, que certificam ao consumidor a procedência geográfica do produto, podendo essa diferenciação ser utilizada como vantagem competitiva típica de um dado local ou região (Barzel, 1982; Becattini, 1994; Porter, 1998).

Por outro lado, destaca-se o fenômeno da globalização dos mercados, ampliando os horizontes das empresas para além dos limites nacionais, aumentando, com isso, a concorrência, que agora passa a ser mundial. [...] Para sobreviver às novas condições impostas pela economia vigente, observa-se o surgimento de novas formas de organização industrial, com destaque às que estimulam as atividades cooperativas entre empresas de um mesmo setor ou de setores complementares (Ingley, 1999; Amaro Neto, 1999). Tais relações entre empresas, também chamadas de redes de cooperação, podem se dar de várias maneiras. Temos como exemplos os consórcios, as alianças, parcerias, *joint-ventures*, *clusters*, entre outros, cada uma destas enfocando interações específicas entre empresas. (FUSCO, 2004, p. 209-210)

Não somente como resposta à globalização podem as empresas cooperar. A superação de obstáculos comuns é motivo suficiente para tanto. Se empresários varejistas vizinhos percebem que a rua na qual funcionam seus estabelecimentos está em más condições de saneamento, podem se unir para realizar a limpeza do local.

A economia moderna exige diferentes formas de cooperação entre concorrentes. Isso porque aumentou o grau de interdependência entre as diferentes unidades produtoras. Assim, por exemplo, empresas de alta tecnologia podem fazer um acordo para desenvolver um novo processo ou produto; agricultores de uma região colaboram na erradicação de uma praga; pecuaristas adotam medidas de forma coordenada para combater uma doença como a febre aftosa; fornecedores acordam em relação a um padrão técnico necessário para atender clientes em escala global e assim por diante. Em situações desse tipo, as associações setoriais exercem papel importante na organização das empresas individuais, divulgação de estatísticas setoriais de interesse público, entre outras atividades. Não ocorreria a ninguém punir indivíduos, empresas ou associações setoriais por promover ações dessa natureza. Mas como distinguir entre a cooperação lícita e a infração antitruste? (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 53)

A cooperação empresarial, portanto, pode se referir tanto a condutas como estruturas lícitas ou ilícitas. O que as diferencia são seu intuito ou seus efeitos sobre o mercado. A questão é saber distinguir quando essas razões e motivos são lícitos, ou quando suas consequências são benéficas ao mercado e, principalmente, aos consumidores.

É tentadoramente simples, todavia, tentar definir a licitude ou ilicitude de certos arranjos cooperativos de forma antecipada, apenas pela natureza da cooperação. Assim, por exemplo, categoriza-se um cartel como uma conduta empresarial ilícita e uma *joint venture* de pesquisa como uma conduta lícita, por promover a inovação e desenvolvimento tecnológico. No entanto, as cooperações não correspondem a modelos ideais de licitude ou ilicitude. Nessa linha, interessante o apontamento realizado por Roberts (1988):

“Cartel” e “joint venture” são termos que significaram coisas diferentes para pessoas diferentes no decorrer do tempo. Para muitos, talvez a maioria, são etiquetas mutuamente excludentes que você coloca nos arranjos genéricos entre concorrentes ou concorrentes em potencial, dependendo do quanto você gosta ou não desses arranjos. Uma vez que a etiqueta está lá, o resto é fácil. Cartéis são sempre ilegais. Seus membros geralmente enfrentam ações criminais. Joint ventures, por outro lado são presumivelmente lícitas; seus participantes estão sujeitos, no máximo, a possíveis injunções (talvez reparação civil), depois de uma análise pela regra da razão.[...]

Isso seria fácil se todo cartel tivesse apenas características da lista dos cartéis e toda joint venture tivesse apenas as características constantes da lista das joint ventures e, é claro, se houvesse consenso sobre quais características deveriam compor cada lista. Isso, todavia, não parece ser o caso. Existem muitos diferentes tipos de “cartéis”, assim como muitos diferentes tipos de “joint ventures”, ambas com muitas características para se fazer duas simples listas com segurança. E a abordagem de duas listas é perigosa. Você pode acabar dando a etiqueta errada, ou presumindo que toda a atividade constante na lista dos cartéis como ilícitas e toda as atividades das joint ventures como lícitas, independentemente das circunstâncias. (ROBERTS, 1988, p. 849)

Uma cooperação entre empresas raramente corresponde a, tão somente, o desenvolvimento de uma nova tecnologia, por exemplo. Pode ocorrer que nessa interação para a pesquisa e desenvolvimento tecnológico as empresas parceiras acabem trocando informações concorrencialmente sensíveis e, por consequência, deem início a colusão, para diminuição de suas respectivas produções.

Uma análise pormenorizada dos efeitos da cooperação, portanto, é fundamental para que se possa compreender o arranjo cooperativo em termos antitruste. Se há restrição não razoável às condições de competição entre as empresas, a cooperação deve ser restringida ou declarada ilícita pela autoridade concorrencial. Se a cooperação traz benefícios ao mercado ou aos consumidores, não seria cabível a sanção decorrente das normas de Direito da Concorrência.

Para uma correta análise dos dados que serão produzidos pelos acordos (verticais e horizontais), os mercados atingidos devem ser individualizados com exatidão, com a devida identificação da posição em que os agentes

econômicos ocupam em cada um desses mercados. Assim, verifica-se a ocorrência, ou não, de abuso de poder econômico. Os cartéis, em sua maioria, verificados na realidade, estão predominantemente inseridos no universo dos acordos horizontais (entre agentes econômicos situados em um mesmo mercado relevante) que de modo geral restringem e prejudicam a livre concorrência. [...]

Os órgãos de defesa da concorrência precisam saber distinguir, dentre esses acordos, os que reduzem a concorrência dos que a promovem, ou pelo menos distinguir daqueles que são neutros em termos de efeitos à concorrência daqueles que são prejudiciais, uma vez que uma atuação muito restritiva por parte do Estado pode inviabilizar arranjos comportamentais benéficos à concorrência e até mesmo, via de consequência, inviabilizar mercados com dinâmicas revestidas de certas peculiaridades, como é o caso de mercados oligopolizados, plasmados de poder de monopólio e/ou de monopsônio. Nessa linha, a aglutinação dos agentes mais fracos pode viabilizar os negócios, a geração e distribuição de eficiências pode ser necessária. (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 205-206)

Essa análise, como já dito, deve sopesar os benefícios e malefícios das cooperações. Para isso, modelos econômicos podem ser utilizados como provas ou para constituição de dados sobre o qual se pode interpretar a realidade. A diferenciação entre cooperações lícitas e ilícitas pode seguir o seguinte raciocínio:

Em primeiro lugar, não há que supor dano à concorrência se as empresas que estão cooperando, organizadas ou não por meio de uma associação, não possuem poder de mercado, isto é, não conseguem influenciar os preços e quantidades vendidas. [...]

Em segundo lugar, convém verificar se o objeto da cooperação poderia induzir ou facilitar a formação de um cartel. Por exemplo, a troca de informações sensíveis sobre preços e quantidades a serem definidas na operação em curso pela firma individual em cada região não é normalmente permitida. Já a elaboração de informações agregadas sobre um determinado setor que permitam uma análise sobre seu desempenho constitui prática normal e até mesmo desejável para permitir a avaliação de um determinado mercado por potenciais entrantes ou facilitar o planejamento da produção por parte das empresas e, dessa forma, permitir a otimização da capacidade com consequente redução do custo unitário.

Em terceiro lugar, um acordo para ser permitido não pode "promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes", práticas expressamente vedadas pela Lei 12.529/2011. Assim, por exemplo, a declaração do presidente de uma associação setorial de que os produtos fabricados por seus associados deveriam ser reajustados em 5% ou 10% estaria sujeita à acusação de estímulos à formação de cartel. (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 54)

A cooperação empresarial encontra-se num limite entre a análise de condutas e de estruturas, tal como explanado anteriormente. Por exemplo, se duas empresas decidem cooperar, de forma a dividir os seus consumidores, pode-se questionar se nesse caso hipotético há uma conduta ou uma estrutura empresarial. Da mesma forma, se duas ou mais empresas decidem empreender esforços conjuntos para o desenvolvimento de uma nova tecnologia, mediante o

compartilhamento de recursos, ou trabalhadores, deve-se, previamente, definir se é a hipótese de uma nova estrutura empresarial.

Um bom elemento de distinção entre condutas e formação de novas estruturas empresariais é a análise da autonomia decisória das empresas envolvidas em todos os seus âmbitos de atuação (FORGIONI, 2013, p. 297). Esse critério de interpretação é explanado por Calixto Salomão Filho, nos seguintes termos:

A cooperação empresarial é caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir com a autonomia de cada empresa, que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo. Para que ocorra uma concentração empresarial, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico *para todas as operações por elas realizadas*. Não ocorre simplesmente uma uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certa atividade comum. Tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização devem estar sujeitos a um único centro decisório, permitindo considerá-las como um único agente do ponto de vista econômico *em todas as operações por elas realizadas*. Para isso não basta a existência de um acordo. É necessária uma mudança estrutural duradoura nas empresas, que permita pressupor essa ampla uniformidade econômica. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 297)

Essa chave de interpretação ajuda a delimitar a diferença entre condutas e estruturas nas hipóteses de cooperação empresarial. Na terminologia de Salomão Filho (2013, p. 297) quando empresas atuam conjuntamente em uma empreitada, mas mantêm sua independência decisória em outros âmbitos, trata-se de uma cooperação empresarial, ligada à análise das condutas. Quando empresas atuam de forma que podem ser compreendidas como um único agente econômico, para todas as operações que realizam, estamos diante de uma estrutura cooperativa, ligada ao controle de estruturas.

Prefere-se neste trabalho, contudo, denominar cooperação empresarial o gênero de arranjos cooperativos que engloba tanto a análise das condutas como à análise das estruturas. Apesar de não haver outros autores que se utilizam dessa terminologia, a aplicação estrita da distinção proposta por Salomão Filho acarretaria ambiguidade quando da análise de textos doutrinários ou documentos de agências antitruste. Isso porque tais escritos utilizam o termo cooperação empresarial como um gênero amplo, no qual encontraremos as condutas cooperativas (manutenção da autonomia das empresas) e as concentrações cooperativas (unicidade decisória entre as empresas).

2.5 A cooperação empresarial segundo as guias de análise internacionais

Os Estados Unidos e a União Europeia são responsáveis pelas principais decisões e produções intelectuais na área de Direito Concorrencial ou de Política da Concorrência, internacionalmente, se considerarmos a influência que exercem sobre a criação legislativa e a jurisprudência dos demais países.

Relativamente às cooperações empresariais, a *Federal Trade Commission* e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos editaram em 2000 um guia para análise antitruste na hipótese de colaboração entre competidores (FTC, DOJ, 2000). A Comissão Europeia, que, dentre outras funções, exerce a Política de Concorrência da União Europeia, publicou a versão em português das suas “Orientações sobre a aplicação do art. 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, em janeiro de 2011 (COMISSÃO EUROPEIA, 2011).

2.5.1 O guia de análise americano

De acordo com o Guia americano, a cooperação empresarial não está no âmbito da formação de novas estruturas empresariais, mas das condutas:

Uma colaboração entre competidores compreende um conjunto de um ou mais acordos, diferentes de acordos de concentração, entre ou envolvendo competidores para dar início a uma atividade econômica, bem como a atividade econômica dela resultante. “Competidores” abrange tanto competidores efetivos ou potenciais. Colaboração entre competidores envolvem uma ou mais atividades empresariais, tais como pesquisa e desenvolvimento (“P&D”), produção, marketing, distribuição, vendas ou compras. Compartilhamento de informações e várias atividades de associação de comércio podem acontecer por meio de colaboração entre competidores.¹² (FTC; DOJ, 2000, p. 2)

Apesar de haver uma escolha em distinguir a cooperação entre empresas das concentrações empresariais, o Guia para análises americano é claro ao

¹² Tradução livre do autor para: A “competitor collaboration” comprises a set of one or more agreements, other than merger agreements, between or among competitors to engage in economic activity, and the economic activity resulting therefrom. “Competitors” encompasses both actual and potential competitors. Competitor collaborations involve one or more business activities, such as research and development (“R&D”), production, marketing, distribution, sales or purchasing. Information sharing and various trade association activities also may take place through competitor collaborations

estabelecer que, caso a cooperação se dê de maneira não temporária, dentre outros requisitos, deverá ser aplicada o Guia de análise das concentrações horizontais:

Contudo, em alguns casos, as colaborações entre competidores tem efeitos competitivos idênticos àqueles que emergiriam se os participantes fundissem por inteiro ou em parte. As Agências tratam uma colaboração entre competidores como uma concentração horizontal num mercado relevante e analisam a colaboração de acordo com o Guia de Concentração Horizontal se for apropriado, o que ordinariamente ocorre quando: (a) os participantes são competidores naquele mercado relevante; (b) a formação da colaboração envolve uma integração que aumenta a eficiência na atividade econômica no mercado relevante; (c) a integração elimina toda a competição entre os participantes no mercado relevante; e (d) a colaboração não termina dentro de um período suficiente de tempo, por seus termos expressos e específicos.¹³(FTC, DOJ, 2000, p. 5)

Segundo o Guia de análise (FTC, DOJ, p. 3), alguns tipos de cooperação entre competidores tendem a ser declarados ilegais *per se*, tais como os acordos para fixar preços, dividir ou compartilhar mercados, por meio da alocação de consumidores, fornecedores, territórios ou linhas de comércio.

Os malefícios potenciais ao mercado, segundo o Guia, são a capacidade de aumentar os preços acima do valor de mercado, reduzir a produção ou limitar a possibilidade da tomada independente de decisões entre os participantes. Não somente, o compartilhamento de informações sensíveis é apontado como preocupação a ser levada em consideração:

Colaborações entre competidores pode também facilitar as colusões explícitas ou tácitas, por tornar fácil práticas tais como a troca ou divulgação de informação concorrencialmente sensível ou por meio do aumento da concentração de mercado. Tal colusão pode envolver o mercado relevante no qual a colaboração opera ou outro mercado no qual os participantes da colaboração são efetivos ou potenciais competidores.¹⁴ (FTC, DOJ, 2000, p. 6)

¹³ Tradução livre do autor para: Nonetheless, in some cases, competitor collaborations have competitive effects identical to those that would arise if the participants merged in whole or in part. The Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the Horizontal Merger Guidelines if appropriate, which ordinarily is when: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period¹⁰ by its own specific and express terms

¹⁴ Tradução livre do autor: .Competitor collaborations also may facilitate explicit or tacit collusion through facilitating practices such as the exchange or disclosure of competitively sensitive information or through increased market concentration. Such collusion may involve the relevant market in which the collaboration operates or another market¹⁴ in which the participants in the collaboration are actual or potential competitors.

Ainda, o Guia de análise distingue as colaborações entre aquelas que limitam a tomada independente de decisões, ou combinam o controle ou interesses financeiros e acordos que facilitam a colusão. O principal problema quanto à colusão, segundo o Guia, é o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis (FTC, DOJ, 2000, p. 14-16).

Por fim, o Guia discorre sobre zonas seguras (*safety zones*) de análise antitruste, onde há pouca preocupação da agência antitruste quanto à colaboração entre os competidores.

A primeira zona de segurança é relativa ao tamanho do mercado relevante que detém as empresas colaboradoras. Se o *market share* de cada uma, ou das duas em conjunto é menor do que 20%, o Guia diz se tratar de uma zona segura. Essa zona de segurança não se aplica, contudo, às cooperações que são ilícitas *per se*, como os cartéis (FTC; DoJ, 2000, p. 25-27). A segunda zona de segurança é a de pesquisa e desenvolvimento (P&D) em mercados de inovação (FTC; DoJ, 2000, p. 25-27), por considerar que as inovações trazem benefícios evidentes ao mercado.

2.5.2 O Guia de análise europeu

Segundo as Orientações da Comissão Europeia, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia proíbe a formação de acordos entre empresas que restringem a concorrência por objeto, ou por efeitos restritivos à concorrência.

Os acordos que restringem a concorrência por objeto se assemelham à regra *per se* americana, no sentido que o mero objeto da cooperação deve ser considerado ilícito, por ser em si mesmo restritivo à concorrência. Segundo as Orientações:

As restrições da concorrência por objecto são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência nos termos do artigo 101.o, n.o 1. Não é necessário examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado. (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 11)

Por outro lado, se o acordo não é restritivo por seu objeto, deve-se seguir à análise dos seus efeitos à concorrência, o que, por analogia, se compreende por regra da razão, ou *rule of reason*.

Assim como no Guia Americano, grande parte das Orientações recai sobre o cuidado que deve ser destinado ao compartilhamento de informações entre os colaboradores. Apesar de serem fundamentais para a diminuição da assimetria informacional, o compartilhamento de informações pode trazer os seguintes efeitos:

No entanto, o intercâmbio de informações do mercado pode igualmente provocar efeitos restritivos da concorrência, em especial em situações em que é susceptível de permitir que as empresas tomem conhecimento das estratégias de mercado dos seus concorrentes. As consequências de um intercâmbio de informações em termos de concorrência dependem das características do mercado em que ocorre (como a concentração, a transparência, a estabilidade, a simetria, a complexidade, etc.), bem como do tipo de informações trocadas, que podem alterar o contexto do mercado relevante, tornando-o passível de coordenação.

Por outro lado, a comunicação de informações entre concorrentes pode constituir um acordo, uma prática concertada ou uma decisão de uma associação de empresas que tem por objecto nomeadamente fixar preços ou quantidades. Estes tipos de intercâmbios de informações serão normalmente considerados cartéis, sendo-lhes aplicadas coimas em conformidade. Os intercâmbios de informações podem igualmente facilitar o funcionamento de um cartel, permitindo que as empresas verifiquem se os participantes cumprem as condições acordadas. Estes tipos de intercâmbios de informações serão apreciados enquanto parte do cartel. (COMISSÃO EUROPEIA, 2011, p. 13)

De modo geral, as Orientações da Comissão Europeia são mais pormenorizadas que o Guia de análise americano, trazendo exemplo concretos sobre acordos de produção, pesquisa e desenvolvimento e acordos de normalização (quando empresas se unem para estabelecer regras de qualidade ou de procedimentos ao setor).

De toda maneira, permanece a semelhança quanto ao tratamento das cooperações empresariais, especialmente quanto ao compartilhamento de informações que pode levar as empresas colaboradoras a agir como se fossem um único agente no seu respectivo mercado relevante, impondo aumento de preços, acertando produção ou dividindo consumidores e mercados.

2.6 A cooperação empresarial na Lei nº 12.529/2011

No Brasil, de acordo com a sistemática atual do Direito da Concorrência, as condutas anticompetitivas são analisadas de maneira *ex post* pela autoridade antitruste. É só depois de realizada que uma conduta que produza ou possa produzir efeitos anticoncorrenciais poderá ser analisada e eventualmente sancionada pelo

CADE. As concentrações empresariais, por outro lado, sofrem o controle prévio, *ex ante*, desde que se encaixem nas hipóteses legais aplicáveis:

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

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§1º Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. (BRASIL, 2011)

Conforme o §1º acima transcrito, os valores referentes ao faturamento bruto necessário para a notificação prévia dos atos de concentração foram alterados pela Portaria Interministerial nº 994 de 2012:

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

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

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011. (BRASIL, 2012)

Em seguida, no art. 90, a lei define o que se deve compreender por ato de concentração, para os efeitos do controle prévio a ser exercido pelo CADE:

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do *caput*, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes. (BRASIL, 2011)

O inc. IV do art. 90 prescreve as hipóteses de controle prévio de atos de concentração para formação de estruturas cooperativas. Assim, deve-se notificar previamente à sua consumação a formação de consórcios, joint ventures e contratos associativos, desde que um dos grupos envolvidos na operação tenha faturamento bruto superior a R\$750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), no ano anterior à notificação, e qualquer outro grupo envolvido tenha apresentado, como faturamento bruto no ano anterior à notificação, R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões).

Obviamente não cabe a notificação de concentrações cooperativas formadas por empresas de pequeno e médio porte, de modo que o controle prévio do CADE recai somente em operações que envolvem uma grande movimentação financeira, com potencial significativo de impacto econômico. Esse critério estabelecido pela lei fornece maior segurança jurídica ao mercado, quando comparado ao critério anterior que envolvia a definição de *market share*, que envolve grandes custos para a sua produção e não tem metodologia econômica pacificada para sua produção. Contudo, não se pode negar que muitas concentrações cooperativas de efeitos potencialmente negativos ao mercado relevante geográfico de cidades pequenas, por exemplo, não são analisadas pelo CADE.

Segundo alguns autores, como Gaban e Domingues (2016, p. 143), para fins de análise antitruste, a forma pela qual se dá a concentração empresarial não é de muita relevância, mas sim os efeitos que ela causa sobre o mercado. No mesmo sentido:

A Lei 12.529/2011, com sua redação objetiva, não comporta a interpretação de que apenas os atos aptos a prejudicar a concorrência deveriam ser submetidos à análise do Cade. O art. 90 é categórico: serão considerados atos de concentração para fins do art. 88 o negócio jurídico que se enquadrar em uma das quatro hipóteses previstas nos incisos de I a IV. [...] É importante notar que a finalidade do comando previsto no art. 88 e complementado pelo art 90, tal como era a do art. 54, da Lei 8.884/1994, é prevenir o abuso de poder econômico que possa resultar da irradiação dos efeitos, sobre mercados de bens ou serviços, de negócio jurídico de integração do poder econômico que duas ou mais empresas, antes independentes, celebram entre si. [...] Para a análise concorrencial de atos de concentração, a forma do ato jurídico não é relevante. O que interessa à autoridade antitruste examinar são os efeitos concorrenciais a serem irradiados do ato que se pretende realizar e que se projetarão sobre os mercados afetados. (CORDOVIL; MARQUES DE CARVALHO; BAGNOLI; ANDERS, 2011, p. 202-203)

Contudo, centrar apenas nos efeitos dos atos de concentração pode ser insuficiente. A forma como se dá a cooperação empresarial é fundamental em dois momentos: primeiramente para que se defina procedimentos para uma análise de uma conduta cooperativa (de análise *ex post*) ou de uma concentração cooperativa (de análise *ex ante*); e, em segundo lugar, para verificar se as nuances e potenciais efeitos da operação correspondem à intenção da forma pretendida pelas empresas envolvidas.

A forma como a concentração é apresentada, portanto, indica o propósito declarado nas empresas envolvidas na operação. Essa constatação é importante, como se verá, principalmente com relação às *joint ventures*. Ao se propor a aprovação de uma *joint venture*, a autoridade antitruste deve analisar as regras de governança dessa nova estrutura, bem como seu potencial efeito sobre o mercado. A forma, então, serve como contraponto ou referência à análise dos efeitos concorrenciais da operação.

Quando se refere à forma nesses casos, não se faz mera alusão ao nome do instrumento jurídico utilizado para a cooperação empresarial, mas ao modo de regramento de sua formação. Se, por exemplo, mediante um contrato entre duas empresas, são estabelecidas cláusulas que unificam seus centros decisórios para todas as suas atividades, está-se diante de uma concentração cooperativa, que deve ser analisada previamente.

Com isso não se quer afirmar que é a forma, em si, que determina a natureza de concentração ou de conduta do ato econômico. O que se defende é a sua relevância, ainda que pequena (mas não inexistente), para a análise antitruste. Não se discorda da assertiva que são os potenciais efeitos de novas estruturas empresariais, ou de condutas cooperativas, os focos primordiais de análise antitruste.

Tipicamente, a forma jurídica da cooperação econômica é o contrato, enquanto a concentração se perfaz através de algum tipo de mudança estrutural societária. Por esse motivo, o estudo das formas societárias está tradicionalmente associado ao controle das concentrações. Como se procurará demonstrar no presente capítulo, essa análise não é totalmente correta. Há formas de vinculação societária que não podem dar origem a concentração econômica, mas sim, a estruturas cooperativas; assim como existem formas contratuais que podem dar origem à concentração. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 298).

De todo modo, a lei escolheu a forma da concentração como requisito para sua notificação prévia ao CADE. Segundo o inc. IV, do art. 90, da Lei nº 12.529/2011, três são as espécies de concentrações cooperativas que necessitam ser previamente notificadas ao CADE: os consórcios, os contratos associativos e as joint ventures.

De pronto, quanto ao consórcio, não há grandes entraves ao seu entendimento em termos concorrenciais. Trata-se de instituto jurídico regulamento pelos dispositivos do Capítulo XXII, da Lei 6.404/76. Note-se que a lei exclui da necessidade de notificação prévia os consórcios formados para participação em procedimentos licitatórios da Administração Pública Direta ou Indireta de quaisquer esferas de governo.

Quanto aos contratos associativos e joint ventures, são espécies de concentrações cooperativas que serão analisadas no próximo capítulo, seja pelas suas especificidades ou pela falta de legislação que dedique dispositivos para sua regulação.

3 JOINT VENTURES E O DIREITO CONCORRENCIAL

A *joint venture* está elencada no inc. IV, do art. 90, da Lei nº 12.529/2011 como um ato de concentração que, atendidos os demais requisitos legais, deve ser notificado previamente ao CADE para a autorização de sua consumação. A lei não traz outros dispositivos que façam referência ao instituto, tratando-se, aliás, do único caso em que o termo *joint venture* está textualmente positivado na legislação brasileira. Apesar do quase-vazio legislativo, a doutrina (nacional e estrangeira) já se debruçou sobre o instituto, trazendo concepções e bases para o seu entendimento.

Neste capítulo pretende-se expor quais são essas variadas concepções de *joint ventures*, qual delas é a mais apropriada ao Direito Concorrencial, como esse conceito se diferencia de outros institutos e das demais hipóteses de concentração cooperativa, quais são suas possíveis classificações, as preocupações que causa à defesa da concorrência, bem como as maneiras de enfrentá-las.

3.1 Os diferentes conceitos de *joint venture*

Como geralmente ocorre com institutos jurídicos pouco regulamentados, o termo *joint venture* é utilizado para se referir aos mais variados atos empresariais, desde simples cooperações entre empresas, até formações societárias específicas.

Um primeiro posicionamento que se verifica na tentativa de conceituação da *joint venture* é a genérica, que a define como qualquer empreendimento conjunto que tenha a participação de duas ou mais empresas. Nesse sentido, para Hovenkamp (1995, p. 14) uma *joint venture* é criada sempre que duas ou mais empresas atuam em conjunto em uma atividade econômica. Para Correia (1998, p. 738), a *joint venture* inclui todos os casos nos quais as empresas colaboram para realizar uma atividade que cada uma delas poderia fazer sozinha. Mota (2015, p. 115) define *joint venture* como os acordos entre concorrentes que criam uma nova entidade que desenvolve algumas atividades no lugar de seus sócios.

Esses conceitos genéricos representam uma dificuldade para o adequado tratamento antitruste que deve ser dado ao instituto, pois não aponta as especificidades que o diferenciam de outros possíveis arranjos cooperativos. Das conceituações amplas sobre *joint venture*, não se pode distinguir tal instituto de outras hipóteses de concentração cooperativa como os consórcios e os contratos

associativos. Nem mesmo de condutas ilícitas, como os cartéis e os trustes a diferenciação se faz possível, pois os cartéis também são criados quando duas ou mais empresas atuam em conjunto em uma atividade econômica e os trustes, por sua vez, são acordos entre concorrentes que criam uma nova entidade que desenvolve atividades no lugar de seus sócios.

Em um segundo posicionamento, há autores, como Hawk (1991), Landes (1983) e Frenz (2015) que tentam identificar a natureza das *joint ventures* numa zona intermediária entre as fusões e os cartéis. Para esses autores, a *joint venture* não seria o extremo de uma fusão, porque as entidades que promovem a *joint venture* continuam existindo após a formação da entidade conjunta. Por outro lado, não seria um cartel, porque a *joint venture* não deve ter como principal intuito, a produção de efeitos anticompetitivos, como acordos para redução da produção, fixação de preços ou divisão de mercados.

Arranjos entre efetivos competidores podem ser dispostos ao longo de um espectro – fusões – *joint ventures* - cartéis. Uma *joint venture* particular (ou uma classe de *joint ventures*) podem ser vistas como uma combinação integrada coesa (fusão), ou mais parecida como uma combinação dispersa entre empresas independentes (cartel).

A vasta maioria das leis antitruste mundiais tem diferentes estatutos e regras substantivas que lidam com fusões, de um lado, e cartéis de outro. Essa diferença de tratamento embasa-se na teoria de que as fusões estão ligadas às estruturas e cartéis às condutas. Porque *joint ventures* frequentemente tem tanto aspectos estruturais como comportamentais, as leis de fusões e as leis de cartel são ambas aplicadas às *joint ventures* em muitas jurisdições.¹⁵ (HAWK, 1991, p. 304-305)

Contudo, há críticas a tal posicionamento, por também não se demonstrar útil ao tratamento que deve ser dada à matéria pelas autoridades. Pois, no meio termo entre cartéis e fusões, há inúmeras possibilidades de efeitos pró e anticompetitivos que podem derivar das mais variadas *joint ventures* possíveis. Ainda, a configuração do instituto em si, em nada acrescentaria à análise antitruste, comparada com as outras formas de cooperação ou concentração possíveis. Ou seja, o fato de se estar diante de uma *joint venture* não traria diferenciações

15 Tradução livre do autor para : Arrangements between actual competitors can be arranged along a spectrum: Mergers – Joint Ventures – Cartels. A particular joint venture (or a class of joint ventures) may be viewed more like a close-knit integrated combination (merger) or more like a loose-knit combination between independent firms (cartel). The vast majority of the world's antitrust laws have different statutes and substantive rules dealing with mergers on the one hand and cartels on the other hand. This difference in treatment rests on the theory that mergers have to do with structure and cartels have to do with behavior. Because joint ventures frequently have both structural and behavioral aspects, the merger laws and the cartel laws are both applied to joint ventures in many jurisdictions.

significativas para outras concentrações empresariais, nem sobre as características essenciais que sustentem a sua legalidade.

Mas colocar as joint ventures em algum lugar entre carteis e fusões – o termo quase-fusão é comumente utilizado – é virtualmente inútil, porque a abrangência de formas de colaboração entre esses dois pontos de coordenadas é muito variada. De fato, possibilidades procompetitivas e anticompetitivas são tão grandes que utilizar o termo ‘joint venture’, enquanto possa avisar sobre rigidez da análise *per se*, diz virtualmente nada de útil sobre a legalidade de tal arranjo sob as leis antitruste. (PITOFISKY, 1985)¹⁶

Ainda como crítica ao segundo posicionamento, a doutrina já estabeleceu critérios distintivos dos cartéis, fusões e *joint ventures*, de maneira suficiente, especificamente quanto à falta de integração entre os seus participantes:

O traço distintivo de um cartel é a falta de integração entre seus participantes. Num cartel, os concorrentes não combinam seus recursos, nem compartilham riscos de qualquer maneira. Eles simplesmente coordenam sua conduta competitiva. Um ótimo exemplo de um cartel é a Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP). Os membros da OPEP não combinam suas vendas ou instalações de produção para atingir redução de custos, mas simplesmente adotam o paralelismo de preços e políticas de produção. O único efeito de um cartel assim é o de prejudicar os consumidores por aumentar artificialmente os preços. [...]

As cortes e agências devem facilmente estar hábeis em determinar quando uma joint venture é tão completamente integrada que resulta, em efeito, em uma fusão completa das partes da operação. A distinção deve ocorrer com um arranjo em questão elimina toda a competição entre as partes.¹⁷ (PIRAINO JR, 2007, p. 764-765)

Por essa razão, existe uma terceira corrente de conceituação da *joint venture* que neste trabalho se denomina restritiva. A partir da uma conceituação restritiva se consegue diferenciar o instituo das *joint ventures* de outras formas de cooperação ou concentração, bem como identificar a sua essência jurídico

¹⁶ Tradução livre do autor para : But to position joint ventures somewhere between cartels and full mergers – the phrase “quasi-merger” is often used – is virtually useless because the array of forms of collaboration between these two anchoring points is só varied. In fact, procompetitive and anticompetitive possibilities are só great that attaching the label ‘joint venture’, while it may avert the rigidities of *per se* analysis, tells one virtually nothing useful about the likely legality of an arrangement under the antitrust laws.

¹⁷ Tradução livre do autor para: “The distinguishing feature of a cartel is a lack of any integration among its participants. In a cartel, competitors do not combine their resources or share risks in any manner. they simply coordinate their competitive conduct. A prime example of a cartel is the Organization of Petroleum Exporting Countries (OPEC). The members of OPEC have not combined their sales forces or production facilities to achieve cost savings, but rather have merely engaged in parallel pricing and production policies. The only effect of such a cartel is to harm consumers by artificially inflating prices. [...]The courts and agencies should easily be able to determine when an ostensible joint venture is so fully integrated that it amounts, in effect, to a complete merger of the parties’ operations in the relevant market. The distinction should turn upon whether the arrangement at issue eliminates all competition between the parties”.

econômica.

Nessa linha, Brodley (1985) sustenta que uma *joint venture* deve ser definida, para propósitos do Direito Concorrencial, como uma integração entre duas ou mais empresas, nas quais as seguintes condições se fazem presentes: (1) a *joint venture* está sob controle das empresas-mãe, que, por sua vez, não tem relação de controle entre si; (2) cada uma das empresas-mãe faz uma contribuição significativa para a atividade conjunta; (3) a *joint venture* existe na forma de uma entidade separada das empresas-mãe; e (4) a *joint venture* cria nova potencialidade empresarial em termos de nova capacidade produtiva, nova tecnologia, um novo produto, ou entrada em novo mercado.

De acordo com o conceito proposto por Brodley, uma *joint venture* é, necessariamente, uma nova pessoa jurídica, sob controle das sociedades que a formaram (que não tem controle entre si), é resultado de contribuições significativas das empresas-mãe (seja para formação do capital social, seja pela transferência de tecnologia, ou de recursos humanos), e cria algo novo para alavancar a atividade econômica.

Desse modo, se duas empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, com relação de subordinação entre si, estabelecem nova empresa, esta não será considerada uma *joint venture*. É necessário que as empresas formadoras do *joint venture* não tenham relação de controle entre si. A contribuição de cada uma das empresas deve ser significativa, ou seja, deve possuir impacto e mostrar-se necessária às atividades desenvolvidas pela operação conjunta. Caso não haja uma contribuição significativa, não haverá uma *joint venture*. Importante ressaltar que, conforme proposto por Brodley (1985), a contribuição significativa entre as empresas não significa uma contribuição paritária, mas relevante para as finalidades da *joint venture*. É necessário, ainda, que a *joint venture* seja uma entidade diferenciada das empresas-mãe, possuindo uma personalidade jurídica própria, e, por fim, que acrescente algo significativamente novo ao mercado.

A última característica, proposta pelo autor, é a que permite a diferenciação da *joint venture* dos cartéis ou outros arranjos cooperativos ilícitos. Pois cartéis não trazem inovação, nova capacidade produtiva ou um novo produto, mas fixam regras entre as empresas participantes em um mercado já consolidado, reduzindo o incentivo ao investimento, inovação e desenvolvimento.

Morais (2016) critica o conceito proposto por Bodley, aperfeiçoando-o, em

vez de rejeitá-lo. Segundo esse autor, considerar que apenas novas entidades empresariais (ou pessoas jurídicas autônomas) devem ser entendidas como *joint ventures* é excessivamente restritivo, já que há formas mais flexíveis para sua formação.

O essencial, segundo Moraes (2016), é que haja uma forma autônoma de organização, mas não necessariamente uma nova sociedade (ou pessoa jurídica). Nesse aspecto a autonomia deve ser entendida em termos econômicos, enquanto capacidade de atuação como agente econômico distinto.

No mercado, agentes econômicos não correspondem, necessariamente, a pessoas jurídicas específicas. Pode ocorrer de uma mesma pessoa jurídica atuar como diversos agentes econômicos, bem como muitos agentes econômicos sequer possuem personalidade jurídica. O que configura a autonomia organizacional é a existência de um centro decisório, próprio da *joint venture*, ainda que influenciado pelos desígnios das empresas-mãe. Se há autonomia decisória para atuação no mercado, mesmo que relativa, há um agente econômico distinto.

Esse posicionamento parece ser o também adotado por Frazão (2015), para quem a *joint venture* possibilita a implementação entre as empresas de empreendimentos comuns, sem os parâmetros rígidos dos tradicionais meios de concentração empresarial, caso das fusões e aquisições. Ainda, de acordo com Frazão (2015), as *joint ventures* podem tanto adotar uma estrutura mais rígida, por meio da formação de uma nova estrutura societária (e conseqüente personalidade jurídica própria), ou por uma estrutura mais flexível, decorrente de regras e obrigações recíprocas, o que denomina de *joint venture* contratual.

No mesmo entendimento, quanto à desnecessidade de uma estrutura societária própria independente das empresas-mãe, Pinheiro (2003) sustenta que a formação de uma nova pessoa jurídica não é elemento caracterizador para a formação de uma *joint venture*.

Em segundo lugar, diz Moraes que, apesar de concordar que a *joint venture* deva promover um desenvolvimento econômico, essa novidade, ou incremento a ser causado pela nova entidade não precisa ser especialmente significativa. Basta, portanto, que o objeto da *joint venture* acrescente algo de novo, antes não realizado pelas empresas-mãe. Esse algo novo não significa a indispensável criação de um novo produto, mas uma nova forma de produzir ou lidar com os custos de produção e distribuição, por exemplo. Mantém-se o posicionamento, contudo, de que não deve

constituir o cerne da *joint venture* a realização estrita de práticas anticompetitivas.

Como terceiro, e último, ponto, Moraes considera que as *joint ventures* não podem fazer referência tão somente a atividades estritamente separadas das empresas-mãe. É possível, nesse sentido, que as atividades da *joint venture* sejam intercaladas pela atuação das empresas-mãe, ou correspondam a alguma fase da linha de produção destas.

Resumindo esse posicionamento, tem-se que a formação de uma nova pessoa jurídica não é condição necessária para a caracterização de uma *joint venture*. Entretanto, é necessário que haja uma forma autônoma de organização (flexível ou não), uma atividade nova que cause novo impacto econômico (não necessariamente grandioso) e que sejam atividades total ou relativamente separadas das atividades das empresas que a constituíram.

Retomando a ideia de que a *joint venture* deve corresponder à criação de um novo centro decisório, tem-se, de acordo com o critério proposto por Salomão Filho (2013), uma nova estrutura empresarial. Como essa estrutura deve se dar da interação entre duas empresas preexistentes, há uma concentração empresarial que, desse modo, deve ser analisada previamente pelo CADE antes de sua consumação.

3.2 *Joint ventures* como uma terceira via entre a empresa e o mercado (contratos híbridos)

A compreensão sobre o funcionamento das *joint ventures*, bem como as razões para suas formações, é possível mediante a explanação da Teoria da Empresa (*Theory of the firm*), proposta por Coase (1937).

Em sua Teoria, Coase (1937) propõe que as empresas surgem como iniciativas para a redução dos custos de transação envolvidos nas operações comerciais. Os agentes econômicos sopesam os custos de transação envolvidos para atingir suas finalidades e decidem ou pela compra dos bens disponíveis no mercado, ou pela internalização desses custos na própria empresa em seus processos produtivos.

Essa explicação rivalizava com o entendimento neoclássico dominante até então. Segundo os neoclássicos, que tem como principal expoente Alfred Marshall (2013), a empresa é vista como o resultado de uma série de planos econômicos

possíveis. O empresário coordena a produção da empresa, comprando e vendendo insumos e mercadorias, escolhendo o plano que maximiza o seu bem-estar, representado pelo lucro.

Esse modelo, no entanto, não consegue explicar como a produção é organizada dentro da empresa. Não explica, também, como os conflitos entre os agentes que atuam na empresa são resolvidos (empregados, administradores, consumidores, acionistas). Não somente, a teoria neoclássica do funcionamento da empresa não consegue definir quais são os seus limites, nem os motivos pelos quais uma empresa decide comprar outra, ou mesmo em dividir-se em duas empresas menores (HART, 1989, p. 1758). sequer fornece explicação viável sobre os motivos que levam à formação de uma empresa, em primeiro lugar (HART, 1989, p. 1759)

Afinal, ao se entender o mercado como o *locus* no qual os mecanismos de alocação de recursos são totalmente eficientes, deveria sempre ser mais barato contratar bens e serviços, o que tornaria desnecessário contratar pessoas para fazê-los, afastando qualquer interesse em se dar formação a um novo agente econômico, na forma de empresa.

Para explicar a empresa (*firm*), Coase (1937) enfatiza a existência de custos de transação para atuar no mercado. Esses custos compreendem os dispêndios de recursos necessários para obtenção de informações, encontrar parceiros comerciais, manter segredos de mercado, vigiar e fazer cumprir acordos. Todos esses custos compõem, também, o preço dos bens e serviços que interferem na capacidade decisória do empreendedor em optar por buscar o que precisa no mercado ou incorporar o objeto de sua necessidade ao seu empreendimento.

Imagine-se que a compra de um insumo se dá sem custos de transação elevados e a criação da estrutura para a produção desse mesmo insumo seja relevante. Nesse caso, o agente econômico optará pelo “mercado”, ou seja, pela compra do insumo produzido por outrem. Porém, se os custos de transação superam os custos para a produção desse insumo, o agente optará por produzir esse bem. Esse raciocínio vale para as relações entre empresas, quando decidem ou adquirir os bens de outras, ou incorporá-las.

O objetivo de economizar é alcançado sobre o montante de custos relacionados à produção e à transação externa no mercado. Na medida em que os custos de transação são insignificantes em comparação com os custos de produção, comprar ao invés de produzir (make or buy process) será normalmente o meio mais eficiente de organização da atividade

empresarial.

Assim, o custo em negociar e concluir diferentes contratos para cada transação comercial no mercado é sempre levado em consideração pela empresa. Caso contrário, se os custos das transações externas são elevados em comparação com os custos relacionados à produção, a empresa optará por adaptar a sua organização para produzir internamente – seja por meio da adaptação da sua própria planta produtiva – crescimento natural interno da empresa – ou por meio de operações de fusão e aquisição de outras empresas. (CAIXETA, 2016, p. 28)

Em vista da crescente internacionalização dos negócios e necessidade contínua de adaptação e desenvolvimento tecnológico, as cooperações empresariais, como as *joint ventures*, surgem como uma terceira via entre as opções de mercado e empresa, tal como proposto por Coase (1937).

Isso significa que as opções de compra ou de incorporação não representam a totalidade de opções disponíveis aos agentes econômicos em sua atuação no mercado.

[...] a perfeita compreensão da função econômica das *joint ventures* só é possível quando se constata que as opções tradicionais de produzir bens e serviços dentro da própria organização empresarial ou adquiri-los no mercado (*make or buy*) nem sempre levará a arranjos organizacionais adequados.

Daí por que as *joint ventures* e diversos contratos de cooperação e alianças entre empresas situam-se em zona intermediária entre esses dois extremos, procurando combinar aspectos favoráveis da estabilidade empresarial e da flexibilidade do mercado. Assim, opta-se por uma terceira alternativa entre produzir ou comprar (*make or buy*), rompendo com a dicotomia proposta por Ronald Coase entre a empresa e o mercado. (FRAZÃO, 2015, p. 189)

Por isso, Richardson (1999) propõe que os conceitos de empresa e mercado propostos por Coase não devem ser vistos como duas opções excludentes para os agentes econômicos, mas como polos de um leque de possibilidades que vai da empresa pura ao mercado puro. A partir desses polos seria possível identificar estados intermediários, como empresas parecidas com mercados, ou mercados parecidos com empresas.

[A *joint venture*] Constitui nova fórmula de ação empresarial, que vem substituindo as operações de aquisição de empresa, ou de controle (*take over*, ou *buy out*), mantendo os parceiros em posições equilibradas ou ajustadas, no empreendimento, mediante contribuição em numerário, em bens ou tecnologia, ou pela combinação de ativos corpóreos ou incorpóreos. Alcança, pois, o nível organizacional (ou corporativo) no tecido empresarial. (BITTAR, 2005, p. 198)

Esses estados intermediários compreenderiam o surgimento e funcionamento dos arranjos cooperativos como as *joint ventures*, os consórcios e os contratos associativos. Há, desse modo, *joint ventures* parecidas com mercados (utilizadas como meio de facilitação de trocas entre as empresas) e *joint venture* parecidas com empresas (*joint venture* nas quais há relevante integração entre as empresas envolvidas, como se houvesse uma fusão empresarial).

O instrumento que formaliza a escolha pela terceira via também é classificada como contrato híbrido, uma classificação dos contratos empresariais quanto ao grau de vinculação futura entre as partes signatárias (FORGIONI, 2015, p. 50). Tratam-se de contratos que conjugam elementos de intercâmbio e de sociedade, similar à distinção da dualidade “empresa e mercado”.

Williamson (1996) diz que as formas contratuais híbridas oferecem maior possibilidade de organização entre as empresas. Contudo, são mais flexíveis do que os contratos societários, baseados na hierarquia (*firm*). Trata-se de uma escolha dos signatários a respeito de três elementos essenciais: incentivos, adaptabilidade e custos burocráticos (WILLIAMSON, 1996, p. 102-107).

Não é o foco deste trabalho, contudo, a classificação econômica dos contratos empresariais, mas compreender como a autoridade antitruste brasileira enfrente o instituto em suas análises concorrenciais no controle de estruturas. Por essa razão, remete-se os interessados por esse tema à leitura dos autores referenciados neste item.

3.3 Diferenciação entre *joint ventures* e consórcios empresariais

Os consórcios empresariais são modos cooperativos de organização entre empresas disciplinados pela Lei nº 6.404/76, também conhecida como Lei das Sociedades Anônimas. Trata-se de uma integração entre empresas com coordenação de interesses autônomos, visando a um fim específico e comum. Os consórcios empresariais não formam nova pessoa jurídica e se obrigam nas condições previstas em contrato específico.

Além da diferença da existência de regulamentação específica, ou até mesmo em virtude desse fato, a *joint venture* permite maior liberdade às empresas para sua configuração. Contudo, quanto à existência de finalidades específicas

comuns, são institutos que muito se assemelham.

Logo, apesar de ser muito mais flexível do que a sociedade ou o consórcio, até por inexistir previsão legal sobre o tema, a *joint venture* compartilha com aqueles a característica de comunhão de interesses e coordenação de atividades empresariais para exercer um empreendimento comum sob risco comum das participantes. Não é sem razão que tal contrato é também conhecido no direito português simplesmente por “empresa comum”. (FRAZÃO, 2015, p. 199)

Uma diferenciação significativa, para além das previsões normativas, é proposta por Bucheb (2016). Segundo o autor, a diferença entre os consórcios e os *joint ventures* é de classificação interna, dentro do gênero maior que compreende as concentrações entre empresas. Em outras palavras, de acordo com Bucheb (2016), as concentrações de empresas podem ser classificadas em três grupos: a) quanto à autonomia; b) quanto às posições na cadeia produtiva; e c) na forma de grupos empresariais.

Quanto à autonomia, tem-se as concentrações de empresas que acarretam a perda de autonomia de no mínimo uma das empresas envolvidas na operação (caso da fusão e da incorporação) e concentrações sem perda de autonomia das empresas-mãe (caso das *joint ventures*).

Em relação às posições na cadeia produtiva, tem-se as concentrações horizontais (quando as empresas são efetivas concorrentes no mesmo mercado relevante), concentrações verticais (quando as empresas estão dispostas ao longo da mesma cadeia produtiva) e conglomeradas (quando as empresas não estão vertical nem horizontalmente relacionadas na mesma cadeia produtiva).

Por fim, há as concentrações na forma de Grupos Empresariais, que compreendem as concentrações de grupos de subordinação e de grupos de coordenação. Os grupos de subordinação incluem os grupos de fato, regulados pelos artigos 243 a 264 da Lei nº 6.404/76 e os grupos de direito, regulados nos artigos 265 a 277 da mesma Lei.

Nos grupos de direito, a controladora e suas controladas, sem perda de autonomia jurídica, atuam sob uma única direção, disciplinada por uma convenção arquivada no registro de comércio da sede da sociedade de comando. Neste caso, a combinação de recursos e esforços, bem como a subordinação de interesses de uma sociedade aos de outra, ou do grupo, será lícito, e não configurará abuso de poder. Em contrapartida, nos grupos de fato, caracterizados pela atuação em conjunto da sociedade controladora, suas controladas e suas coligadas, as operações entre as

sociedades devem obedecer ao princípio da equivalência das condições, realizando-se apenas negócios comutativos ou com pagamento compensatório. (BUCHEB, 2016)

Os grupos de coordenação, por sua vez, correspondem aos consórcios, disciplinados nos artigos 278 e 279 da Lei das Sociedades por Ações (BUCHEB, 2016).

Com base nessa classificação, a diferença entre consórcios e *joint ventures* consiste em que naquela há uma concentração na forma de um novo grupo empresarial de coordenação – com tendência duradoura-, regida pelos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76, e nesta há uma concentração sem perda de autonomia das empresas-mãe, que formam uma nova atividade organizada, com ou sem personalidade jurídica, sem pormenorizada regulamentação jurídica estatal, para a promoção de uma atividade comum.

Não se tratam, como se pode ver, de categorias excludentes, mas de classificações que analisam critérios distintos de identificação. Nesse sentido, é possível que uma *joint venture* seja também um consórcio e vice-versa. Mas nem sempre a identificação de ambas será verdadeira numa cooperação empresarial. Há consórcios que não são *joint ventures*, se verificarmos que, entre as empresas consorciadas, por exemplo, há relação plena de subordinação e hierarquia ou que as atividades exercidas pelo consórcio não se diferenciam daquelas exercidas pelas empresas que a constituíram

3.4 Diferenciação entre *joint ventures* e contratos associativos

Contratos associativos, de acordo com Pinheiro (2003, p. 132), são caracterizados pelo movimento paralelo de pessoas e bens para a realização do mesmo objetivo ou resultado prático. São contratos de comunhão de fim entre duas ou mais empresas que passam a exercer a atividade empresarial de forma compartilhada, assumindo riscos de forma conjunta (FRAZÃO, 2015, p. 195).

De acordo com Frazão (2015, p. 195), contratos associativos correspondem aos contratos plurilaterais, teorizados no Direito Italiano, caracterizados pela comunhão de fim, que disciplinam a utilização de bens e a organização entre

agentes. Os contratos plurilaterais têm como característica principal a pluralidade de partes que não se confunde com a pluralidade de sujeitos signatários do instrumento contratual. Um contrato de compra e venda na qual dois sujeitos de direito figuram no polo contratante e cinco figuram no polo vendedor, continua sendo um contrato bilateral.

A doutrina dos contratos tem em vista geralmente **duas partes**, embora cada **parte**, já o estudamos, possa constituir-se de vários interessados. Assim, de fato, ocorre nos contrato de venda, de locação, de mandato, etc. Na sociedade é possível a participação de mais de duas partes, uma verdadeira plurilateralidade, não sendo possível agrupá-las em apenas duas. Tôdas as partes são titulares de direitos e obrigações, não para com a **outra**, mais para com **tôdas**, e da mesma forma são titulares dos direitos.

Os interêsses contrastantes das várias partes devem ser ajustados por meio de uma finalidade comum, aparecendo como contratos de **comunhão de fim**. Os direitos delas se prendem na realização dessa finalidade comum. Isso explica, insiste Ascarelli, porque tôdas as partes de um mesmo contrato plurilateral gozam de direitos **do mesmo tipo**; sua diferenciação pode ser quantitativa e não qualitativa. Nos demais contratos o direito de cada parte é “tipicamente” distinto daquele da parte contrária. (REQUIÃO, 1959, p.76-77)

Ressalta-se que, no entendimento aqui relatado, o contrato associativo não é um contrato típico, portanto disciplinado por legislação específica, mas uma classificação para diversos tipos contratuais nos quais haja um empreendimento comum, mediante uma organização conjunta e compartilhamento de riscos.

Contrato associativo é, neste sentido, qualquer relação contratual que apresente: (i) uma cooperação estável e (ii) um escopo comum entre as partes relacionadas. Nestes contratos, na medida em que as partes se associam para lograr um fim comum, é possível verificar que as suas necessidades são as mesmas ou muito próximas, havendo entre as contratantes uma solidariedade de interesses em que as vantagens de uma são as vantagens da outra. Por tal razão, entende que o fim comum estabelece uma forma de integração empresarial, resultando, assim, em uma unidade empresarial no que se refere ao objetivo comum. (CAIXETA, 2016, p. 114)

Assim, reitera-se, contrato associativo é gênero, do qual são espécies os contratos societários, os consórcios, as *joint ventures* e os contratos de execução continuada ou comutativos de longa duração. O mesmo entendimento é compartilhado por Ribeiro e Galeski Junior (2009, p. 230) ao definirem como

modalidades de contratos associativos, os contratos societários, os consórcios e a *joint venture*.

A partir do momento que as empresas se comprometem na execução de um contrato associativo, parte de suas autonomias decisórias é diluída na realização desse novo objeto contratual. Essa relativa perda de autonomia decisória, contudo, representa também o surgimento de uma nova fonte de comando, mesmo que frágil (se comparada às formas de comando pertinentes às formas societárias).

Essa nova fonte de comando, oriunda das relações estabelecidas pelos contratantes, gera um novo agente econômico e, em termos concorrenciais, uma nova unidade empresarial. Assim, por serem unidades empresariais que surgem da concentração por cooperação, os contratos associativos são objeto de controle concorrencial de estruturas (CAIXETA, 2016, p. 114).

Como os contratos associativos são o gênero que compreende as *joint ventures* é também possível dizer que, se aquelas são objeto do controle concorrencial das estruturas, estas também o são.

Para além dessa posição doutrinária, o CADE editou, recentemente, a Resolução nº 17, de 18 de outubro de 2016, que disciplina as hipóteses de notificação prévia desse tipo de operação. Segundo o seu art. 2º:

Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

I – o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e

II – as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro. (CADE, 2016)

Ao inserir o requisito do mesmo mercado relevante como condição necessária para a notificação ao CADE, a Resolução diminui consideravelmente o escopo dos contratos associativos que necessitam de aprovação para consumação da autoridade antitruste brasileira.

Ou seja, para fins de notificação ao CADE, apenas aqueles contratos firmados por empresas que são concorrentes no mesmo mercado relevante devem ser notificados para autorização prévia. A Resolução não especifica, contudo, se o critério de mercado relevante é o de produto ou o geográfico. Ao se entender que empresas de mercado relevante geográfico distinto não são concorrentes, apesar de participarem do mesmo mercado relevante de produto, o contrato associativo não precisará ser notificado ao CADE.

É preciso destacar que a Resolução CADE nº 17/2016 não traz o conceito de contrato associativo, mas estabelece quais os requisitos necessários para a sua notificação prévia. Trata-se de distinção importante, pois não cabe às regras postas a tarefa de conceituação dos institutos jurídicos (que pertence à ciência do Direito), mas a de prescrição das condutas humanas.

Ou seja, contratos associativos entre empresas que atuam em mercados relevantes distintos continuam sendo contratos associativos, apesar da Resolução CADE nº 17/2016. A diferença é a de que, nesse caso, o contrato associativo não precisa ser submetido previamente ao CADE.

Outra questão lógica a se pontuar é a de que o conceito de contrato associativo se mostra subsidiário às demais formas de concentração cooperativa, para fins de notificação ao CADE. Atendidos os requisitos mínimos de faturamento que envolvam duas ou mais empresas na operação, todos os contratos associativos na forma de consórcios empresariais e *joint ventures* devem ser notificados previamente. Caso não se trate nem de *joint venture*, nem de consórcio, o contrato associativo apenas será objeto de notificação se atender aos requisitos da Resolução nº 17/2016.

3.5 Classificações das *joint ventures*

Há diversas modalidades de classificação das *joint ventures*, desde a forma como são criadas, até ao escopo de seu funcionamento. Essas classificações são propostas por estudiosos, por organismos internacionais ou pelas autoridades responsáveis pela aplicação da política antitruste.

Antes de retratar as principais classificações propostas para as *joint ventures*, importante compreender, primeiro, o papel das classificações. De acordo com Ribeiro e Galeski Jr (2015, pág. 239), as classificações permitem uma maior assimilação de informações entre vários objetos assemelhados, mediante a separação e categorização de conhecimentos. Ainda, segundo os autores, para ser pertinente, é fundamental que a classificação forneça critérios de enquadramento inconfundíveis ou sem excessos. Também quanto à importância e valor das classificações, retoma-se a importante lição de Genaro Carrió:

As classificações não são verdadeiras, nem falsas, são úteis ou inúteis: suas vantagens e desvantagens estão sujeitas ao interesse que guia a quem as formula e a sua fecundidade para apresentar um campo do conhecimento de uma maneira mais facilmente compreensível, ou mais rica em consequências práticas desejáveis. [...] Sempre há múltiplas maneiras de agrupar ou classificar um campo de relações ou de fenômenos; o critério para decidir-se por uma delas não está circunscrito senão por considerações de conveniência científica, didática ou prática. Decidir-se por uma classificação não é como preferir por um mapa fiel a outro que não seja, mas como optar pelo sistema métrico decimal em vez do sistema de medição dos ingleses.¹⁸ (CARRIÓ, 1965, p. 72-73)

Por isso, as classificações propostas não são verdadeiras, nem falsas, mas úteis ou inúteis, principalmente quanto às finalidades e capacidade de simplificar as compreensões relativas à defesa da concorrência.

Primeiramente, tem-se a classificação entre *joint venture* concentracionista e *joint venture* clássica. Segundo explicação de Monteiro (2012, p. 512-513), a concentracionista corresponde à associação de duas ou mais empresas para a formação de uma nova, sob controle comum, que participará no mesmo mercado relevante das empresas-mãe. A *joint venture* clássica será a associação de duas ou mais empresas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente a participação em novo mercado, cujos produtos não estejam, inclusive, horizontal ou verticalmente relacionados.

¹⁸ Tradução livre do autor para: "Las clasificaciones no son verdaderas ni falsas, son *útiles o inútiles*: Sus ventajas y desventajas están sujetas al interés que guía a quien las formula y a su fecundidad para presentar un campo de conocimiento de una maera más faculmente comprensible o más rica em consecuencias prácticas deseables. [...] Siempre hay últiples maneras de agrupar o clasificar um campo de relaciones o de fenómenos; el criterior para decidirse por uma de ellas no está circunscripto sino por consideraciones de conveniencia científica, didáctica o práctica. Decidirse por uma clasificación no es como preferir um mapa fiel a outro que no lo sea, es como optar por el sistema métrico decimal em vez del sistema de medición de los ingleses.

Essa classificação tem sua utilidade ao se compreender que as *joint ventures concentracionistas* têm mais possibilidades de produção de efeitos anticompetitivos do que as clássicas. Isso porque no primeiro caso, as empresas continuarão existindo de forma independente, ao mesmo tempo em que criarão uma nova empresa para atuar no mesmo mercado relevante. Desse modo, os incentivos para colusão se tornam grandes, a ponto de se poder equiparar a *joint venture* concentracionista à formação de um cartel. A *joint venture* clássica, por outro lado, possivelmente trará efeitos pró-competitivos, pois se refere à entrada de novo agente econômico em mercado distinto das empresas-mãe, o que gera maior competição e os benefícios dela decorrentes.

Uma segunda classificação possível é aquela entre *joint venture* societária e *joint venture* contratual. A societária, também conhecida como *incorporated joint venture*, corresponde a uma modalidade de cooperação empresarial na qual há uma nova organização dotada de personalidade jurídica (uma nova sociedade). As *joint ventures* contratuais, por outro lado, não dão corpo a uma organização dotada de personalidade jurídica (Pinheiro, 2003, p. 77).

A peculiaridade da *joint venture* contratual é precisamente o fato de não depender da criação de uma pessoa jurídica, tal como ocorre nas chamadas *joint ventures* societárias (*incorporated joint ventures*). Da mesma forma, a associação não se dá por vínculos societários, como ocorre nos grupos, mas tão somente por vínculos contratuais. (FRAZÃO, 2015, p. 187)

A *joint venture* societária é de fácil identificação, uma vez que a criação de nova entidade dotada de personalidade jurídica deve seguir os trâmites regulamentados para isso, a exemplo do registro em repartição própria, normalmente uma Junta Comercial. As *joint ventures* contratuais são de mais difícil identificação, uma vez que o seu reconhecimento depende da leitura das cláusulas contratuais e dos mecanismos de organização estabelecidos entre os contratantes. Logo, pode ser mais fácil para empresas burlarem a necessidade de notificação prévia das *joint ventures* caso escondam o seu funcionamento em cláusulas esparsas em longos contratos empresariais.

Brodley (1982) propõe cinco classificações às *joint ventures* com risco de anticompetitividade: horizontais, de saídas (*output*), de entrada (*input*), de mercados

conexos (*related markets*) e interligadas.

As horizontais são as formadas por empresas que atuam no mesmo mercado horizontal. Logo, são *joint ventures* formadas por empresas concorrentes. Segundo Brodley (1982, p.1552) trata-se da *joint venture* mais anticompetitiva, com dúvidas a respeito da necessidade genuína de uma atividade conjunta, considerando que as empresas podem competir individualmente no mercado. De acordo com Brodley (1982, p. 1553), as *joint ventures* horizontais devem levantar suspeitas quando (1) o mercado já é concentrado e (2) as empresas-mãe são efetivas concorrentes, com substancial *market share*.

As *joint ventures* de saída são aquelas que obrigam as empresas-mãe a negociarem suas produções em via única. De acordo com Brodley (1982, p. 1555) o risco de colusão é a ameaça mais séria para esse tipo de *joint venture*, uma vez que são muito parecidas à formação de cartéis, de modo que não deveriam ser consideradas como *joint ventures*, mas como acordos anticompetitivos. Contudo, as preocupações concorrenciais como uma *joint venture* de saída, segundo Brodley (1982, p. 1556-1557) devem surgir quando: (1) as empresas-mãe são concorrentes; e (2) ambas possuem (a) poder de mercado, ou (b) parcela substancial de um mercado concentrado. *Joint ventures* de saída que não envolvam acordos de venda exclusivos devem ter cuidados concorrenciais apenas quando (1) as empresas-mãe são concorrentes com poder de mercado e (2) a *joint venture* tem a capacidade de negociar grande quantidade da produção das empresas-mãe em uma ou mais linhas de produto.

As *joint ventures* de entrada são aquelas nas quais as empresas-mãe concentram a compra de insumos necessários para suas respectivas produções. Segundo Brodley (1982, p. 1560), apesar de serem menos problemáticas que os tipos anteriores, apresentam riscos de colusão caso os *ventures* tenham poder de mercado. Não somente, os subtipos denominados de *joint ventures* de compras e *joint ventures* de pesquisa tem seus problemas específicos.

Ao controlar a entrada de insumos para a produção das empresas-mãe, as *joint ventures* de entrada apresentam risco de colusão. Esse risco aumenta se a entrada de insumos é usado em proporção direta à produção da empresa. Assim, a preocupação antitruste deve se dar quando (1) a *joint venture* fornece um insumo necessário à empresa-mãe que é usado em proporção direta à sua produção; (2) as

empresas-mãe não estão autorizadas a adquirir esse insumo de outros fornecedores; (3) as empresas-mãe são concorrentes ou potenciais concorrentes com poder de mercado.

Joint ventures de compras tem como objetivo a compra conjunta de bens ou serviços, porém sem relação direta com suas respectivas produções. Há preocupação concorrencial caso o grupo seja grande o bastante para configurar eventual monopólio, ou quando as empresas-mãe atuam como revendedoras dos bens adquiridos.

Joint ventures de pesquisa representam um problema a parte. Segundo Brodley (1982, p. 1975), a pesquisa é, por sua natureza, uma atividade de alto risco. Ainda, os frutos de uma nova tecnologia podem ser apropriados por outras empresas, exceto quando protegida por patentes, por meio de engenharia reversa, ou outros mecanismos de baixo custo. Os recursos gastos por empresas diferentes para pesquisas independentes, com os mesmos objetivos, podem representar desperdício de gastos ou ineficiência econômica. A pesquisa conjunta tenderia a resolver esses problemas: o risco da pesquisa é reduzido e dividido entre os *ventures*, há uma maior disseminação dos produtos da pesquisa, maior eficiência nos investimentos necessários para a pesquisa e maior inovação.

Há autores como Jordan e Teece (1990) que defendem que as regras antitruste para cooperações de pesquisa e desenvolvimento deveriam ser as mais brandas possíveis e que eventuais riscos concorrenciais estão longe de se igualarem aos problemas de estagnação tecnológica, frente aos rápidos e possíveis desenvolvimentos de países estrangeiros, frente ao mercado interno.

Contudo, há problemas atinentes a esse tipo de cooperação. Se os *ventures* excluem a possibilidade de outros participantes entrarem na pesquisa, ou desfrutarem da nova tecnologia, mesmo por meio de contratos onerosos, deve-se atentar quanto aos riscos concorrenciais da operação.

Contudo, também há estudos econométricos em sentido contrário (KAMIEN; MULLER; ZANG, 1992), que sustentam que a formação de *joint ventures* de pesquisa e desenvolvimento facilitam a colusão tanto antes, como depois da inovação produzida. Nesse sentido:

Suponha-se que duas empresas de porte simétrico deem início a uma corrida de pesquisa e desenvolvimento enquanto manejam implicitamente um equilíbrio colusivo num sistema de jogo de infinitas rodadas. Nesse ambiente, uma das empresas descobre uma tecnologia que reduz seus custos de produção e, portanto, tem grande incentivo para reduzir seus custos e aumentar seu *market share*. Além disso, a suspeita de que a colusão pode acabar quando uma firma fizer a descoberta, faz com que a colusão seja difícil mesmo antes da nova descoberta. Agora, suponha que as empresas formem uma *joint venture* de pesquisa para compartilhar a inovação. Esse compartilhamento facilita a colusão através de dois efeitos. Primeiro, elimina-se a assimetria de custo entre as firmas, fonte da instabilidade da colusão citada anteriormente. Em segundo, com as duas empresas usando a nova tecnologia, a indústria se torna mais eficiente e o lucro total aumenta depois da inovação. O prospecto de lucros maiores torna mais fácil a manutenção da colusão em períodos pré-descoberta.¹⁹ (MIYAGIWA, 2009)

Outra classificação possível é a de *joint venture* de mercado conexo, segundo Brodley (1982, p. 1575) se dá quando uma das empresas-mãe está diretamente relacionada ao mercado relevante da cooperação, enquanto outra não está. As preocupações concorrenciais devem surgir quando (1) a empresa-mãe com relação horizontal à cooperação tem *market share* substancial; (2) o segundo *venture* é um entrante em potencial do mercado em questão; (3) a estrutura da *joint venture* dá poderio superior à empresa horizontalmente relacionada.

Por fim, dentre as classificações explanadas por Brodley, tem-se as *joint ventures* interligadas, que correspondem a uma rede de *joint ventures* que, por seu conjunto, revelam efeitos de colusão ou de exclusão de competidores. Brodley (1982, p. 1586) sustenta que as *joint ventures* interligadas representam risco quando: (1) as empresas-mãe são concorrentes com dominante poder de mercado; (2) as empresas-mãe possuem interesses interligados mediante *joint ventures* similares que envolvem tanto o controle da entrada de insumos ou saída da produção; (3) em qualquer mercado relevante, substancialmente toda a produção de uma das empresas-mãe, ou substancialmente todos os seus insumos, passam por

¹⁹ Tradução livre do autor para: "suppose that two ex ante symmetric firms engage in a stochastic R&D race while managing implicitly to maintain a collusive equilibrium in an infinitely repeated-game framework. In such an environment, a firm that discovers a cost-cutting technology has a strong incentive to lower price to increase its market share. Furthermore, the suspicion that collusion may end when one firm makes a discovery, makes it more difficult to maintain collusion before a discovery. Now, let firms form an RJV to share innovation. Innovation sharing facilitates collusion through two effects. First, it eliminates the inter-firm cost asymmetry, the source of instability mentioned above. Second, with both firms using new technology, industry is more efficient and total profit greater after innovation. The prospect of a greater profit makes it easier to maintain collusion in pre-discovery periods".

uma ou mais das *joint ventures* interligadas.

Baker (1993) cria a classificação das *network joint ventures*, que corresponde a uma produção ou distribuição conjunta de bens ou serviços que seria impossível de ser comercializada sem a cooperação empresarial. O autor dá o exemplo das ligas profissionais de esporte que comercializam os direitos de venda dos seus campeonatos. Se não houvesse a *joint venture* que originou a liga esportiva, não haveria como comercializar os direitos dos campeonatos.

Hovenkamp (1995), contudo, acredita que o entendimento mais significativo da “network” *joint venture* é o de que se trata de uma cooperação que cria economias no decorrer da produção ou distribuição de um produto. Usando a liga esportiva, como exemplo, seria possível que cada um dos clubes que formam a liga negociasse os seus direitos de imagem individualmente. Porém, associando-se entre si, na formação de uma *joint venture*, os custos de transação relativos à negociação diminuem, criando economias na distribuição desses direitos.

Na União Europeia, tem-se a diferenciação entre *full-function joint ventures* e a *joint venture* comum. Essa classificação tem consequências práticas para o modo de controle que será exercido pela autoridade antitruste do bloco. Caso se trate de uma *full-function joint venture*, o controle se dará previamente. Caso seja uma *joint venture* comum, o controle será posterior.

Para ser considerada *full-function*, a *joint venture* precisa preencher quatro critérios, segundo indicado na *Consolidated Jurisdictional Notice under the Merger Regulation* da Comissão Europeia (OJ C 95/1 (2008), the Notice): (1) a *joint venture* precisa possuir recursos suficientes para operar de forma independente num mercado; (2) a *joint venture* precisa dar conta de suas atividades além de exercer apenas uma função específica em prol das empresas-mãe; (3) a *joint venture* precisa ter uma relação limitada de venda e compra com as empresas-mãe; (4) a *joint venture* precisa ter um longo período previsto para funcionamento, a ponto de mudar as estruturas relacionais das empresas-mãe. As *joint ventures* que não se enquadram cumulativamente nos quatro critérios, são consideradas comuns para a análise *ex post* da Comissão Europeia.

Todas as classificações retratadas acima tem seu valor para análise concorrencial, de modo que não se pode escolher uma como mais importante ou

fundamental que a outra. Além disso, é possível que uma mesma *joint venture* encaixe-se em mais de uma classificação. Assim, pode ser que uma *joint venture* tenha as classificações de "saída", "horizontal" e "não-clássica" ao mesmo tempo.

A análise antitruste pode se beneficiar da correta identificação e classificação da *joint venture*, pois reduz a complexidade da análise e de modo a permitir diagnósticos mais precisos de quais elementos precisam ser enfrentados com afinco para eventual declaração de aprovação de uma operação societária.

3.6 Propostas de análise antitruste das *joint ventures*

Segundo Piraino Jr. (2000), o melhor método de análise da legalidade das *joint ventures* é analisar, em primeiro lugar, o seu propósito. Antes mesmo de se verificar os efeitos potenciais da operação, qual o mercado relevante ou o grau decisório ou de independência, é preciso verificar qual o propósito da *joint venture* considerando os interesses expressos pelos seus participantes.

O propósito das empresas na formação da *joint venture* geralmente indica a performance da colaboração no futuro. Se é o propósito das empresas integrar seus ativos para entrar em novo mercado, a *joint venture* terá um efeito pró-competitivo. As cortes poderiam julgar pela legalidade desse arranjo sem sequer quantificar ou prever os impactos da entrada de novo agente em determinado mercado relevante.

Uma análise a partir do propósito também permitiria identificar as circunstância em que novas investigações e diligências seriam necessárias para aprovação da operação (PIRAINO JR, 1999, p.9). Se as empresas não querem, a título exemplificativo, entrar em novo mercado, mas tão somente integrar seus recursos em mercado relevante que já atuam, faz-se necessário a realização de novas diligências e produção de novas provas, já que a operação passa a ser mais semelhante a uma fusão.

Para Pitfosky (1985), por outro lado, é necessário estar atento aos potenciais efeitos que uma *joint venture* pode causar, a fim da declaração de sua eventual ilicitude. Esses efeitos são divididos em: a) redução em potencial da competitividade; b) "*spill-over effect*"; c) tendência das empresas-mãe em abafar o crescimento da

joint venture ou o crescimento da sua parceira; d) a existência de acordos restritivos colaterais; e) proibição da participação de novos interessados na *joint venture*.

Quanto ao primeiro efeito, é necessário que a autoridade antitruste considere se a *joint venture* representa a formação de um agente econômico que atuará em mercado distinto das empresas-mãe, ou se funcionará como um agente de substituição no mercado em que já atuavam. Se a *joint venture* atua em mercado distinto das empresas-mãe, não haveria redução da competitividade. Caso a *joint venture* atue no mercado das empresas-mãe, ou ao menos em uma delas, a análise sobre os efeitos concorrenciais precisa ser mais detida. Nessa análise é preciso também levar em consideração não somente a identificação efetiva do mercado relevante de cada uma das empresas envolvidas, mas também os mercados que seriam de fácil acesso a cada um dos envolvidos. Por exemplo, uma empresa que atua no mercado relevante de sabonetes, poderia ingressar no mercado relevante de *shampoo*. Se há facilidade de entrada, decorrente da proximidade dos mercados relevantes, a potencialidade de concorrência também deve ser levada em consideração para a redução, em potencial, da competitividade.

O efeito “*spill-over*” se refere à ocorrência de colusões entre as empresas por causa das suas atuações para a formação da *joint venture*. Trata-se de efeitos secundários da formação da *joint venture* que apresenta um propósito de aparência legítima. São efeitos não diretamente relacionados à operação tal como apresentada à autoridade antitruste, ou mesmo como planejada entre as empresas envolvidas, mas que produzem efeitos anticoncorrenciais significativos. Esse efeito geralmente ocorre quando da realização dos procedimentos necessários para a implantação de uma *joint venture*. Nesse caso, as empresas envolvidas podem acabar por trocar informações concorrenciais sensíveis, desencadeando uma colusão tácita ou explícita. Em alguns casos, pode levar, inclusive, à formação de um cartel *hardcore*.

Para evitar esse tipo de efeito, as autoridades e as cortes, segundo Pitofsky (1985) precisam estar atentas a duas questões. Primeiramente, é necessário analisar se há possibilidade de troca de informações sensíveis entre as empresas-mãe. Em segundo lugar, é preciso verificar se as empresas envolvidas na operação são concorrentes, de fato ou em potencial, bem como se participam da mesma linha produtiva do fornecimento de um produto ou serviço. Se a resposta é afirmativa para as duas questões, os perigos concorrenciais da operação são consideráveis e

precisam passar pelo processo de análise da regra da razão.

A capacidade de abafar o crescimento da *joint venture* representa uma tendência das empresas-mãe em não permitir o pleno desenvolvimento da parceria firmada, no sentido de não beneficiar demasiadamente a sua parceira e manter o *status quo*. Segundo Pitofsky (1985):

Em uma *joint venture* 50-50, as parceiras geralmente concordarão, expressa ou tacitamente, em não competir diretamente com a *joint venture*, e cada parceira terá a capacidade de bloquear a *joint venture* de se expandir para âmbitos nos quais as empresas-mãe recebem lucros. (PITOFSKY, 1985, p. 899)

Esse tipo de comportamento das empresas-mãe parece ser inevitável, segundo Pitofsky (1985, p. 899). Porém, o essencial é que as autoridades atentem se o comportamento das colaboradoras não pode configurar uma tentativa de monopolização do mercado relevante. Nesse caso, as autoridades antitruste precisam decidir pelo remédio concorrencial adequado, que pode ser o desinvestimento (venda de ativos para empresas concorrentes), a declaração de ilicitude da cooperação, ou a rejeição da *joint venture*.

Os acordos colateralmente restritivos (*ancillary restraints*) são regras de colaboração adotadas pelas empresas-mãe que, apesar de não constituir o núcleo da *joint venture*, possuem efeitos anticompetitivos. Às cortes e autoridades antitruste cabe verificar se os acordos de cooperação estabelecidos para a formação da *joint venture* correspondem a um núcleo coerente de atividades e obrigações. Caso se verifique que algumas das regras de funcionamento da cooperação estão isoladas do cerne da *joint venture*, essas prescrições devem ser declaradas ilegais e não permitidas, por meio de remédios estruturais ou de conduta. Se essas restrições fazem parte da essência da colaboração e esta demonstre um benefício que supere suas desvantagens ao mercado, a operação deve ser aprovada. Na jurisprudência americana, a primeira formulação sobre essas restrições remonta ao julgado do *Judge Taft*, no caso *United States v. Addyston Pipe & Steel Co* (DÍAZ, 1995, p. 954), no qual se decidiu que para que uma restrição às trocas comerciais seja legal, essa deve ser acessória ao propósito principal de um contrato regular. Se a restrição ao mercado é o objetivo principal do contrato, sua ilicitude deve ser declarada.

Quando aos direitos de acesso, Pitofsky (1985) diz que se a participação em

uma *joint venture* confere significativa vantagem competitiva em si mesma, conferindo substancial posição de mercado, pode ser que as autoridades antitruste ordenem que outros competidores possam participar da cooperação, mediante termos razoáveis de entrada ou de participação nos frutos da parceria.

Para Sokler, Chin e Walsh (2005), a análise antitruste das *joint ventures* deve garantir que esse tipo de cooperação possua a integração de recursos, o compartilhamento de riscos e que as restrições colaterais não possam ser desarrazoadas. Existentes esses requisitos, a *joint venture* deve ter sua legalidade declarada.

Como já dito no primeiro capítulo, a União Europeia e os Estados Unidos possuem guias de análise antitruste para colaboração entre concorrentes. Na União Europeia, o primeiro passo a ser dado é identificar se a *joint venture* em questão é uma *full-function joint venture*, ou uma *joint venture* comum. As características desse tipo já foram tratadas em item anterior deste capítulo. O que se reitera é que as *full-function joint-venture* são empresas independentes de suas fundadoras, atuando separadamente, com significativa autonomia e com um prazo razoável de duração, ou mesmo de duração indeterminada. Nesse caso, a análise pela Comissão Europeia será prévia, diferentemente dos demais casos em que a análise será *ex post*.

Nos Estados Unidos, a análise das colaborações em geral, incluindo-se, portanto, as *joint ventures*, segue um percurso predefinido. Em primeiro lugar, verifica-se se não é o caso de aplicação da regra *per se*, hipótese em que a colaboração envolve restrições fortes ao mercado, caracterizadoras de cartelização, como fixação de preços ou divisão de mercados. Caso não seja hipótese da regra *per se*, dá-se início à aplicação da regra da razão.

Para os casos de colaboração, a regra da razão se inicia pela investigação da natureza do acordo. Nesse sentido, deve-se verificar qual é o propósito da operação (semelhante ao proposto por Piraino Jr) e, depois, a forma como a operação se dá, mediante um estudo de suas regras e estrutura.

No passo seguinte, analisa-se os mercados relevantes afetados pela operação, quais sejam: os mercados relevantes das empresas-mãe e da *joint venture* que, no caso, surgirá. Logo em seguida, deve-se analisar o *market share* e a

concentração desses mercados, para a análise de potenciais efeitos anticompetitivos.

Cumprida a etapa de análise dos mercados, a autoridade antitruste deverá analisar os fatores relevantes ao incentivo para os participantes da colaboração manterem a concorrência entre si. Para isso, deve-se analisar muitas das orientações propostas pelos autores citados anteriormente, como: a) exclusividade na participação da colaboração, ou no aproveitamento dos seus frutos; b) controle sobre os ativos da operação; c) os interesses econômicos das empresas-mãe no desenvolvimento da parceria, ou das suas colaboradoras; d) o controle sobre a tomada de decisão na *joint venture*; e) a probabilidade do compartilhamento anticompetitivo de informações, para se evitar o “*spill-over effect*”; f) a duração da colaboração.

Não somente, na próxima etapa deve-se analisar as condições de entrada no mercado relevante da *joint venture* e, por último, deve-se identificar os benefícios pró-competitivos da operação. Esses benefícios devem corresponder a eficiências verificáveis e pela necessidade razoável da operação, bem como pela ausência de alternativas menos restritivas ao mercado.

Por último, sopesam-se os benefícios e malefícios para eventual autorização da operação.

Nota-se que a análise parte do estudo da impossibilidade da colaboração, por meio da eventualidade da aplicação da regra *per se*, até a última etapa que é de análise dos potenciais benefícios envolvidos. Em outras palavras, os benefícios da operação são deixados para a última etapa de análise, além da balança final entre efeitos anti e pro-competitivos.

No Brasil, recentemente foi publicado pelo CADE um Guia para Análise de Concentrações Horizontais (2016), com base na Lei nº 12.529/2011, sem referências pertinentes, todavia, à análise de estruturas cooperativas, ou específicas de *joint ventures*. A não existência de guia específico, inclusive, foi apontado por Avellar, Teixeira e de Paula (2012) como razão provável da falta de sistematização do CADE sobre os julgamentos atinentes à matéria.

Para fins de estudo comparado, todas as abordagens descritas acima

precisam ser contextualizadas, pois alguns mecanismos não seriam aplicáveis ou não fazem sentido para a sistemática brasileira. A distinção prévia entre *full-function joint ventures*, por exemplo, não faz sentido no Brasil, uma vez que toda estrutura concentracionista na forma de *joint venture*, seja ela societária ou contratual, precisa ser notificada ao CADE previamente à sua consumação. Na União Europeia essa distinção é o primeiro passo para decidir se a notificação deve ser prévia ou a análise de sua legalidade se dará posteriormente.

Com relação ao Guia americano, a primeira etapa de verificar a possibilidade de aplicação de regra *per se* seria pertinente se aqui houvesse uma tradição de aplicação desse critério. A aplicação da regra *per se*, nos Estados Unidos, é imbuída de julgamentos históricos e, portanto, tem longa relação com a jurisprudência de suas cortes. No Brasil, a efetividade do Direito Concorrencial é fenômeno recente de modo que a análise da aplicação da regra *per se* traria mais dificuldades do que soluções.

Por outro lado, as demais etapas de análise do Guia americano percorrem um caminho interessante de verificação das eventuais ilicitudes de uma operação de *joint venture*. Ademais, as etapas lá descritas parecem uma conjugação dos apontamentos realizados por Pitofsky e por Piraino Jr. Nesse sentido, para fins de análise dos votos dos Conselheiros do CADE, as abordagens propostas por esses dois autores, juntamente com os apontamentos do Guia americano, servirão como contraponto e molde de comparação.

4 DECISÕES RECENTES DO CADE SOBRE A FORMAÇÃO DE *JOINT VENTURES*

Como explicado na Introdução, as decisões analisadas neste trabalho foram proferidas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, tomada a atual estrutura do CADE, tal como disciplinado na Lei nº 12.529/2011. Por esse motivo, o teor dos atos de competência da Superintendência-Geral, como os que decidem pela aprovação das *joint ventures*, que não são submetidas ao TADE, são desconsiderados.

Há vários processos administrativos que podem tramitar pelo CADE, tais como os elencados no inc. V, do art. 13, da Lei nº 12.529/2011: processo administrativo para imposição de sanções por infração à ordem econômica, procedimento para apuração de ato de concentração, processo administrativo para análise de ato de concentração econômica e processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais. Há também as consultas, os procedimentos de inquérito, medidas cautelares, etc.

Neste trabalho, as decisões analisadas são aquelas que foram proferidas em processos administrativos para análise de ato de concentração. Não se trata do único processo administrativo possível para a finalidade do controle de estruturas do CADE. O processo para apuração de ato de concentração – APAC inclui-se nessa categoria, mas está diretamente relacionada à eventual consumação de ato de concentração, sem autorização prévia da autoridade antitruste, evento conhecido como *gun jumping*²⁰.

Por isso, antes de analisar os julgados, propriamente ditos, expõe-se a sistemática dos processos para análise de ato de concentração econômica, a natureza jurídica das decisões do TADE e as consequências possíveis das decisões. Em seguida, são apresentados os critérios que serão levados em consideração para a análise das decisões do CADE. O modo como as decisões foram encontradas e sua análise, encontram-se no item final.

²⁰ Para melhor entendimento do *gun jumping* ver MARTINS (2012), SAITO (2013), SOUZA et TEIXEIRA (2015), bem como o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica do CADE (2016).

4.1 O processo administrativo de controle de ato de concentração econômica

Esse procedimento foi inaugurado com o início da vigência da Lei nº 12.529/2011, uma vez que no sistema anterior a aprovação dos atos de concentração poderia se dar previamente ou posteriormente às suas consumações²¹.

Se duas empresas decidem formar uma *joint venture* e preenchem os requisitos de faturamento elencados na legislação antitruste, precisam notificar o ato ao CADE antes de sua consumação. Há uma aparente impossibilidade de cumprimento dessa prescrição, pois se duas empresas decidem celebrar um ato de concentração, pode-se argumentar que a consumação do ato já se realizou. Ou seja, pode-se entender que se duas empresas notificam um ato, é porque ele já se concretizou.

Tal interpretação é equivocada, pois confunde os conceitos de consumação e celebração do ato de concentração. A consumação está relacionada aos efeitos do ato de concentração que só podem se efetivar após eventual aprovação do CADE. A celebração do ato, todavia, é um acordo entre os agentes econômicos que se dá antes da notificação. Nesse sentido:

Interessante questão se abre quanto ao significado da expressão *consumação* do ato para se compreender o momento da notificação. Como dito, o controle é feito previamente à consumação e não exatamente à

²¹ Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

§ 1º Ao verificar que a petição não preenche os requisitos exigidos no caput deste artigo ou apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento.

§ 2º Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital, indicando o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos.

Art. 54. Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral:

I - conhecerá diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, assim definidos em resolução do Cade; ou

II - determinará a realização da instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Art. 55. Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso II do caput do art. 54 desta Lei, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito ou determinando que seja refeita, por estar incompleta.

Art. 56. A Superintendência-Geral poderá, por meio de decisão fundamentada, declarar a operação como complexa e determinar a realização de nova instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas.

Parágrafo único. Declarada a operação como complexa, poderá a Superintendência-Geral requerer ao Tribunal a prorrogação do prazo de que trata o § 2º do art. 88 desta Lei.

Art. 57. Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral:

I - proferirá decisão aprovando o ato sem restrições;

II - oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.

Parágrafo único. Na impugnação do ato perante o Tribunal, deverão ser demonstrados, de forma circunstanciada, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado.

celebração do ato. A lei, portanto, não obsta exatamente a celebração de atos jurídicos entre os agentes de mercado, mas sim a produção de efeitos jurídicos e econômicos desses atos. Desse modo, a manifestação administrativa do CADE sobre a operação representa uma condição suspensiva da produção de efeitos do ato. O que fica pendente é sua eficácia jurídica e econômica, e não exatamente a sua validade jurídica. Com efeito, não se poderia entender o controle prévio como um controle que se realiza antes mesmo de qualquer ato jurídico que costure a concentração, pois, se assim fosse, a chancela estatal não recairia sobre atos concretamente considerados, mas sim sobre atos hipotéticos, confundindo-se a atividade de prevenção com uma mera consulta. O momento de apresentação do ato é, por isso, anterior à produção de seus efeitos e posterior à sua celebração oficial ou ao surgimento de documento que vincule às partes a celebrá-lo. (MARRARA, 2015, p. 163-164)

O processo é iniciado na SG que recebe, inicialmente, a notificação do ato de concentração, acompanhada por documentos comprobatórios da operação. A SG pode solicitar a sua emenda, requisitando mais informações ou documentos. Se a emenda não for atendida, o processo administrativo é arquivado. Caso cumprida, a SG recebe o ato e, a partir de então, dá-se o início do prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias que o CADE tem para a apreciação da operação.

Caso a operação seja simples, ou, nos termos do art. 50 da Lei, de “menor potencial ofensivo” e se as provas juntadas à notificação forem suficientes para a análise, a SG pode aprovar a operação, em decisão terminativa. Caso a SG entenda que não há provas suficientes, poderá determinar nova instrução. Concluída essa etapa, a SG deve apreciar a operação. A SG ainda tem a possibilidade de, realizadas as novas diligências, declarar a operação como “complexa”, o que estende o prazo, para análise do CADE em mais 90 dias.

A SG tem duas decisões possíveis: aprovação da operação ou sua impugnação perante o CADE. No caso de aprovação, a decisão é terminativa, de modo que será encaminhada ao TADE apenas no caso de recursos de terceiros interessados, da agência reguladora do mercado pertinente, ou por avocação de um dos Conselheiros.

Na hipótese de impugnação, a SG emite uma Nota Técnica na qual relata a instrução processual, sua análise da operação, os motivos da impugnação e, por fim, uma opinião ao TADE pela: a) rejeição do ato de concentração; b) aprovação com restrições; c) inexistência de efeitos conclusivos quanto aos efeitos do ato de concentração.

Quanto às duas primeiras hipóteses, não há grandes dúvidas a serem levantadas. Na primeira, a SG formou entendimento de que a operação é prejudicial

ao mercado, motivo pelo qual a impugnou ao TADE e sugere a sua rejeição. Na segunda, a SG reconheceu potenciais efeitos anticompetitivos na operação, mas sustenta a possibilidade de mitigar ou corrigir esses efeitos, mediante restrições à operação. No terceiro caso, a SG não chegou a uma conclusão sobre os potenciais efeitos da operação no mercado, de modo que ainda há dúvidas sobre seu potencial ofensivo.

É no mínimo curiosa essa terceira hipótese de impugnação. Como visto, um ato de concentração, durante o seu trâmite na Superintendência-Geral, poderá ter até duas instruções complementares (art. 54, II e art. 56). Se, após todas as diligências que podem compor as duas instruções complementares, a Superintendência-Geral ainda estiver com dúvidas sobre os possíveis efeitos a serem irradiados do negócio jurídico analisado, poderá ela impugnar o processo perante o Tribunal. Ou seja, ao final da análise feita pela Superintendência-Geral, permanecendo ela com dúvida quanto ao potencial ofensivo do ato de concentração, o caso será impugnado, cabendo ao Tribunal julgar o processo. (ANDERS, 2011, p. 151)

Encaminhado o processo administrativo ao TADE²², por meio de recurso,

²² Art. 58. O requerente poderá oferecer, no prazo de 30 (trinta) dias da data de impugnação da Superintendência-Geral, em petição escrita, dirigida ao Presidente do Tribunal, manifestação expondo as razões de fato e de direito com que se opõe à impugnação do ato de concentração da Superintendência-Geral e juntando todas as provas, estudos e pareceres que corroboram seu pedido.

Parágrafo único. Em até 48 (quarenta e oito) horas da decisão de que trata a impugnação pela Superintendência-Geral, disposta no inciso II do caput do art. 57 desta Lei e na hipótese do inciso I do art. 65 desta Lei, o processo será distribuído, por sorteio, a um Conselheiro-Relator.

Art. 59. Após a manifestação do requerente, o Conselheiro-Relator:

I - proferirá decisão determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento, caso entenda que se encontre suficientemente instruído;

II - determinará a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas.

§ 1º O Conselheiro-Relator poderá autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

§ 2º O Conselheiro-Relator poderá acompanhar a realização das diligências referidas no inciso II do caput deste artigo.

Art. 60. Após a conclusão da instrução, o Conselheiro-Relator determinará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II - a cisão de sociedade;

III - a alienação de controle societário;

IV - a separação contábil ou jurídica de atividades;

V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§ 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

Art. 62. Em caso de recusa, omissão, enganiosidade, falsidade ou retardamento injustificado, por parte dos requerentes, de informações ou documentos cuja apresentação for determinada pelo Cade, sem prejuízo das demais sanções cabíveis, poderá o pedido de aprovação do ato de concentração ser rejeitado por falta de provas, caso em que o requerente somente poderá realizar o ato mediante apresentação de novo pedido, nos termos do art. 53 desta Lei.

Art. 63. Os prazos previstos neste Capítulo não se suspendem ou interrompem por qualquer motivo, ressalvado o disposto no § 5º do art. 6º desta Lei, quando for o caso.

pode o Conselheiro relator: a) não receber o recurso, tornando efetiva a decisão da SG; b) receber o recurso e incluir o processo na pauta de julgamento; c) receber o recurso e determinar instrução complementar, com base em pontos prefixados, que pode ser conduzida tanto pelo seu gabinete, como pela SG.

O TADE, caso tenha conhecido a operação, poderá manifestar-se sobre o seu mérito, por três desfechos possíveis: a) rejeitar a operação, proibindo a sua consumação; b) autorizar parcialmente a operação (com ou sem condicionantes); c) aprovar integralmente a operação (com ou sem condicionantes).

As decisões de aprovação ou reprovação referem-se ao ato tal como descrito na notificação apresentada ao CADE. Se o CADE analisar que a operação, tal como descrita no instrumento de notificação, não trará prejuízos ao mercado e à livre concorrência, proferirá decisão pela sua integral aprovação. Contudo, a aprovação integral não significa a inexistência de eventuais condicionantes a serem aplicadas pela autoridade antitruste.

As condicionantes não estão relacionadas à operação tal como descrita na notificação, mas a elementos que lhe são externos e foram aventados durante a instrução processual. Nesse sentido:

Diz-se que a autorização é integral, pois aprova a operação concentrativa na extensão em que é apresentada ao SBDC pelos interessados. Disso se conclui que as decisões integrais não se confundem com decisões sem condicionantes, da mesma forma que as decisões parciais não necessariamente são decisões condicionadas. A integralidade ou parcialidade diz respeito à extensão da decisão quanto ao objeto da concentração e aos segmentos de mercado nela envolvidos. Diferentemente, o condicionamento indica a existência de condições ou de deveres acessórios ao ato de aprovação (parcial ou integral). Assim como ocorre nas decisões parciais, as decisões integrais podem ser acompanhadas de “condicionantes” que ora são negociadas, abrindo espaço para meios pró-consensuais, ora são impostas unilateralmente pela Administração. (MARRARA, 2015, p. 188)

O processo administrativo não termina, necessariamente, nesta etapa. Apesar da Lei nº 12.529/2011 prescrever que as decisões do TADE são terminativas (de modo que não cabe recursos a órgãos superiores, como Ministério da Justiça, muito menos à Presidência da República), há hipóteses de reapreciação administrativa das decisões. De acordo com Marrara (2015, p. 196), são cinco as circunstâncias em que é possível a reapreciação: a) em razão de fato novo; b) reapreciação de ato não aprovado, sem julgamento de mérito; c) por informações

falsas ou enganosas; d) por descumprimento das condicionantes impostas; e) reapreciação de ato de concentração por não constatação da realização dos benefícios esperados.

Ainda, há a possibilidade de Acordos em Controle de Concentração – ACC. Como dito anteriormente, a SG pode impugnar a operação, sugerindo a sua aprovação com restrições. Essas restrições referem-se a pontos específicos da operação que podem ser ajustados mediante restrições unilaterais impostas pelo TADE, ou de modo consensual entre a autoridade antitruste e os notificantes. Nesta hipótese, o consenso se forma por meio do ACC.

O objetivo desse acordo é estabelecer condições para a aprovação do ato, com cláusulas que visam a eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica. A aprovação de seus termos deverá ser realizada pelo Plenário do Tribunal (art. 9º, V), competindo à Superintendência-Geral sugerir ao Tribunal condições para sua celebração, bem como fiscalizar o seu cumprimento (art. 13, X). (FORGIONI, 2013, p. 422)

As decisões que serão analisadas neste capítulo incluem-se nessas últimas etapas, quais sejam: decisões proferidas pelo TADE após a instrução processual realizada pela SG, incluindo-se a emissão de sua Nota Técnica, bem como eventuais ACCs firmados pelo CADE e as empresas envolvidas na operação.

4.2 Natureza jurídica das decisões proferidas pelo CADE

O CADE é uma autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, logo uma entidade que compõe a Administração Pública Indireta, do Poder Executivo Federal. A autoridade antitruste brasileira não tem competência jurisdicional, que é reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 173-176), no Estado Constitucional, os conflitos podem ser resolvidos de forma heterocompositiva (quando um terceiro resolve o conflito) ou autocompositiva (quando as próprias partes resolvem seus conflitos). A jurisdição, segundo os autores, é um método heterocompositivo de resolução dos conflitos e o seu exercício, por força Constitucional (art. 93, inc. I) está restrito a pessoas investidas na autoridade de juiz, após aprovação concurso público de provas e títulos.

O CADE não resolve conflitos e sequer tem em sua composição servidores

públicos investidos do poder jurisdicional. Suas decisões, desse modo, enquadram-se na classificação dos atos administrativos, proferidos por órgãos e entidades da Administração Pública.

Os atos administrativos podem ser diferenciados entre os discricionários e os vinculados. Conforme Meirelles (2000, p.156), atos vinculados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e as condições de sua realização. Não há escolha ao administrador senão atuar na forma e conforme os requisitos preestabelecidos legalmente. O ato administrativo discricionário, diferencia Meirelles (2000, p. 158), é aquele que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização. Como diz Di Pietro (2012, p. 73), porém, a discricionariedade não se opõe à vinculação.

Isso se verifica, por exemplo, nos processos administrativos que tramitam no CADE. A vinculação se faz presente na obrigatoriedade do CADE analisar os processos que lhe são encaminhados, como as notificações de atos de concentração, desde que realizados na forma e requisitos estabelecidos na Lei nº 12.529/2011. A própria lei define os ritos e procedimentos que devem ser adotados na condução do processo, os agentes públicos e órgãos responsáveis pela sua realização, bem como prazos e demais medidas. Contudo, dentro desse rito, há uma variedade de posições e decisões possíveis de serem realizadas pelos órgãos que compõem o CADE. Aí está, em ampla medida, a discricionariedade inerente aos atos praticados pela autoridade antitruste brasileira.

Para além de identificar os principais aspectos das decisões do CADE, a investigação sobre sua natureza jurídica tem importantes consequências frente ao seu controle judicial. Como o CADE não tem competência jurisdicional e o Poder Judiciário não pode deixar de analisar reclamações de lesão ou ameaça a direito, as decisões da autoridade antitruste brasileira podem ser revistas judicialmente. A questão da natureza das decisões ganha importância ao se considerar a possibilidade de revisão judicial de atos administrativos discricionários²³.

Sem se pretender adentrar profundamente no tema, o debate sobre a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos encontra em Carvalho

²³ Ver MARNHÃO, J. L. de A.; DE AZEVEDO, P. F.; FERRAZ JR, T. S (Org.). **Direito Regulatório e Concorrencial no Poder Judiciário**. São Paulo: Editora Singular. 2014.

Filho (2008, p. 900) e de Mello (2002, p. 833-834), posicionamentos conflitantes. Enquanto o primeiro defende que o controle judicial do ato administrativo deve limitar-se ao controle da legalidade, de Mello considera que a possibilidade de controle da discricionariedade do administrador é a garantia última para a sua contenção.

Caso se entenda que o controle judicial de atos administrativos deve reter-se à análise da legalidade, os julgados do CADE apenas poderiam ser revistos no caso de descumprimento de alguma prescrição legal, ou constitucional, como a ausência de contraditório, ou a não observância de alguma etapa processual. Se entende-se que a revisão judicial pode interferir na discricionariedade do administrador, a própria análise e manifestação do CADE pode ser revista, incluindo-se a opção pela aceitação ou rejeição das operações notificadas.

4.3 Critérios para análise das decisões do CADE

O estudo das decisões será estruturado a partir dos seguintes critérios de análise: a argumentação utilizada, a preocupação conceitual com o instituto da *joint venture*, a investigação sobre o propósito da *joint venture*, a explanação quanto ao tipo ou classificação da *joint venture*, se há preocupação com os efeitos que a operação pode ocasionar ao mercado, se há preocupação com as relações entre as empresas requerentes.

Quanto à argumentação, será adotado como referencial teórico o trabalho de Toulmin (2003), sobre os usos do argumento. Em *The Uses of Argument*, Toulmin propõe um estudo da argumentação jurídica que recaia sobre a justificação das decisões e não sobre as suas motivações.

Trata-se de uma postura que está interessada na utilização dos argumentos para o embasamento de decisões e não em investigar como os argumentos conduzem às decisões tomadas.

Argumentos são produzidos para uma variedade de propósitos. Nem todo argumento é colocado em defesa formal de uma definição assertiva. Mas essa função particular dos argumentos chamará a maior parte de nossa atenção nos presentes ensaios: deveremos nos interessar em argumentos justificatórios trazidos adiante como suporte de alegações, nas estruturas que se espera que eles tenham, com os méritos que eles alegam possuir e

nos meios que nós podemos graduá-los, avaliá-los e criticá-los.²⁴
(TOULMIN, 2003, p. 12)

É uma postura que reconhece a existência de inúmeros fatores que levam alguém a decidir (geralmente não racionais-argumentativos). Porém, essa decisão, principalmente a jurídica, deve se dar de modo textual e embasado em argumentação específica.

MacCormick (2009) tem entendimento semelhante sobre a importância do estudo da argumentação jurídica a partir da sua justificação, ao dar os seguintes exemplos:

Um juiz pode (como ficamos sabendo com frequência) dar uma sentença favorável a uma querelante com um rostinho bonito ou proveniente de determinada classe social, na realidade por que gosta do rosto ou da classe (ainda de modo mais insidioso, por preconceito inconsciente favorável ao rosto ou à classe), mas ostensivamente pelas razões que apresentar para sua decisão etc. e tal... (segue-se um encadeamento cuidadosamente elaborado e ostensivamente impecável de razões de cunho legal para sua decisão). Assim pode acontecer; assim, às vezes, quase com certeza deve acontecer.

Entretanto, a insinceridade é ainda mais reveladora que a sinceridade. Por que um advogado que quer ganhar uma causa para garantir seus honorários, mais do que por acreditar realmente na causa, não expressa sua posição? Por que o juiz não explicita sua razão ao conceder o divórcio à sra. McTavish só porque ela tem um narizinho arrebitado encantador? Porque essas não são aceitas como boas razões para a sustentação de reivindicações ou a concessão de divórcios no sistema. Quer sejam apresentados com sinceridade, quer não, somente aqueles argumentos que demonstram por que motivo se deveria fazer x são razões para exigir que se faça x, ou para fazê-lo. Quem trabalha dentro de um sistema desses consegue persuadir exatamente por convencer a plateia envolvida de que existem motivos de peso irrefutável pelos quais se *deveria* fazer x. Ou, no mínimo, por demonstrar que há boas razões ostensivamente justificadoras além de outros elementos no caso que poderiam constituir um apelo a preconceitos e predisposições tácitas. (MACCORMICK, 2009, p. 18-19)

O estudo de Toulmin sobre a argumentação jurídica, por sua vez, segue um modelo básico, que corresponde a um *layout* argumentativo. Esse modelo conta com seis elementos: uma alegação (A), os dados que a fundamentam (D), sua garantia argumentativa (G), seu suporte (S), as qualificadoras (Q) e as refutações (R).²⁵

²⁴ Tradução livre do autor para: Now arguments are produced for a variety of purposes. Not every argument is set out in formal defence of an outright assertion. But this particular function of arguments will claim most of our attention in the present essays: we shall be interested in justificatory arguments brought forward in support of assertions, in the structures they may be expected to have, the merits they can claim and the ways in which we set about grading, assessing and criticising them.

²⁵ Os termos em original são: *claim, data, warrant, backing, qualifier e rebuttal*.

A alegação é a conclusão a que a parte quer chegar. Nos processos de controle de ato de concentração, várias são as alegações possíveis de serem feitas no decorrer de um voto. Existem alegações de caráter econômico, por exemplo, que defendem teses quanto ao impacto de certos arranjos em determinadas circunstâncias de mercado, mediante a utilização de modelos econométricos, assim como alegações quanto à pertinência dos argumentos trazidos pelas partes requerentes.

Neste trabalho, limitou-se a analisar as alegações de desfecho das decisões do TADE. São as alegações colocadas pelos Conselheiros em seus votos que sugerem qual a decisão deve ser adotada pelo plenário do TADE. Em síntese, são alegações pela aprovação integral da operação (com ou sem condicionantes), pela aprovação da operação com ressalvas (com ou sem condicionantes) e pela rejeição da operação.

Os dados ou suporte fático são o conjunto de eventos e dados disponíveis que se relacionam à alegação para fundamentá-la. No controle de concentração corresponde aos fatos e à produção probatória realizada pela SG, incluindo-se o estudo sobre mercado relevante, *market share* e poder de mercado.

As garantias argumentativas são enunciados que permitem a passagem dos dados à alegação. Por exemplo, pode-se imaginar uma decisão do CADE que rejeita uma operação de concentração porque as duas empresas representam 90% do mercado relevante. Os dados são o *market share* das duas empresas e a alegação é a rejeição da operação. A garantia seria, portanto, a ligação entre um elevado *market share* e a rejeição da operação. Assim, (D) a operação representa a formação de agente econômico com 90% do mercado relevante, (G) operações que resultam em elevado *market share* correspondem a uma monopolização não natural do mercado, (A) logo, a operação deve ser rejeitada.

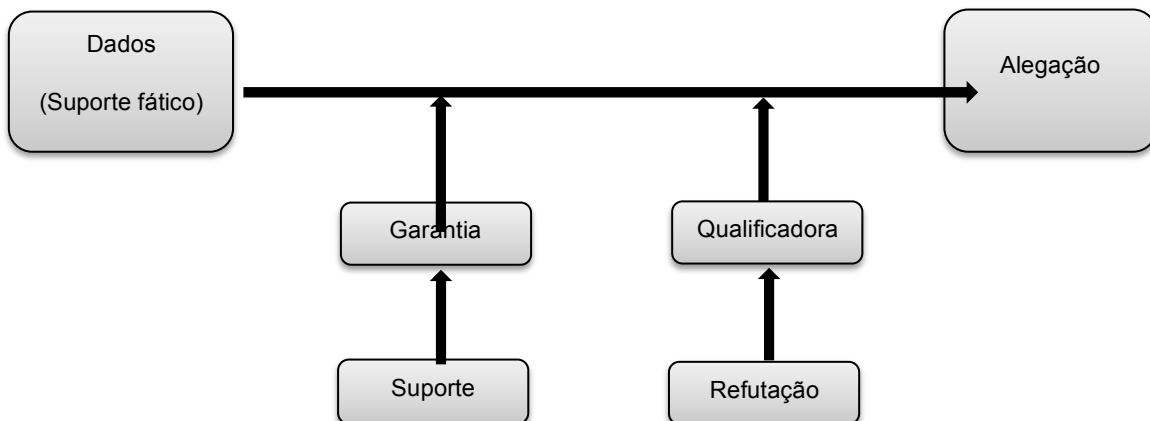
Caso se duvide da garantia, pode-se apresentar um suporte (S). No caso hipotético acima, o suporte seria: (D) a operação acarreta a formação de agente econômico com 90% do mercado relevante, (G) operações que resultam em elevado *market share* correspondem a uma monopolização não natural do mercado, (S) a lei proíbe concentrações econômicas que levem à monopolização do mercado, (A) logo, a operação é rejeitada.

Nas argumentações jurídicas, o suporte corresponde a um dispositivo legal, ou a uma norma que determina o sentido a ser dado aos elementos envolvidos na

argumentação (DE ANDRADE, 2014).

Qualificadoras são condicionantes que apontam as situações e a frequência com que tal alegação é verdadeira. São exemplos de qualificadoras os termos “provavelmente”, “sempre”, “com certa frequência”, etc. As refutações são as condições pelas quais a alegação deixa de ser verdadeira e correspondem aos enunciados que começam com “a menos que evento x ocorra, y deve acontecer”.

Esquemáticamente, o *layout* de Toulmin pode ser assim disposto:



4.4 Dos processos selecionados

Foram selecionados cinco processos administrativos recentemente julgados pelo TADE. Escolheu-se decisões recentes, proferidas depois da promulgação da Lei nº 12.529/2011 e cuja notificação tenha ocorrido sob a vigência dessa Lei. As razões para tanto são a mudança no controle de concentração que passou a ser necessariamente prévio e as conseqüentes mudanças na utilização dos argumentos, principalmente econômicos, que decorrem da sistemática adotada.

As decisões foram selecionadas mediante pesquisa no *site* do CADE, na seção “pesquisa processual” com o termo “*joint venture*”. Processos que não foram inteiramente digitalizados em padrão PDF-A ficaram fora da seleção.

Os processos levantados foram: Ato de Concentração 08700.008607/2014-66, tendo como requerentes GlaxoSmithKline PLC. e Novartis AG; Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-2, tendo como requerentes a SBT, a Record e a RedeTV!; Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10, entre Itaú Unibanco S.A. e a MasterCard; Ato de Concentração nº 08700.010266/2015-70, entre Saint Gobain e SicBras; e Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47, tendo como

requerentes o Banco Bradesco S.A., o Banco do Brasil S.A., o Banco Santander, a Caixa Econômica Federal e o Itaú Unibanco S.A.

Todos os votos desses processos foram proferidos entre os anos de 2015 e 2016. Nesse período, o TADE analisou 30 (trinta) Atos de Concentração. Desses, 13 (treze) foram aprovados sem restrição, 3 (três) foram aprovados com restrição, 9 (nove) aprovados mediante assinatura de ACC, 4 (quatro) foram arquivados e 1 (um) foi reprovado. Também no mesmo período, a título de comparação, a Superintendência-Geral apreciou 678 (seiscentos e setenta e oito) Atos de Concentração²⁶.

4.5 Ato de Concentração nº 08700.008607/2014 -66

Trata-se de processo de relatoria do Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, que solicita autorização para a constituição de uma *joint venture* entre as empresas GlaxoSmithKline PLC – GSK e a Novartis AG – Novartis.

Segundo o voto do Conselheiro, proferido em 25 de fevereiro de 2015, a operação “envolve os produtos de consumo para cuidados com a saúde da GSK e os produtos que não precisam de prescrição” (CADE, 2015). Com a aprovação da operação, pretendia-se formar nova sociedade, com participação no capital social de 63,5% para a GSK e de 35,5% para a Novartis.

Dentre os produtos elencados na operação encontram-se medicamentos antifúngicos, antiácidos, analgésicos, descongestionantes nasais, testes de gravidez, medicamentos antitabagismo, entre outros.

O processo foi encaminhado ao TADE mediante impugnação da SG, sugerindo a aprovação com restrições quanto aos medicamentos antitabagismo.

O Conselheiro relator identificou preocupações concorrenciais com a operação e sugeriu a aprovação mediante assinatura de um ACC, para mitigar os riscos antitruste.

O Plenário acompanhou o voto do relator, aprovando a operação, porém condicionando-a à assinatura do ACC.

²⁶ Dados disponíveis no sistema “Cade em números”, disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0

4.5.1 Houve uma conceituação de *joint venture*?

O voto se utiliza da definição de *joint venture* proposta pela *American Bar Association*, como:

“uma situação que pode ser caracterizada desde uma relação contratual em que duas empresas independentes partilham, de forma direta ou indireta, o controle sobre determinados ativos, até o caso em que se cria uma nova entidade por meio da contribuição de cada uma das partes”. (CADE, 2015)

No caso específico e adotando-se a conceituação da *American Bar Association*, a operação proposta pelas requerentes constituiria uma *joint venture* por representar a criação de uma nova entidade composta pela contribuição de cada uma das partes.

Esse conceito, contudo, é incapaz de fornecer critérios de distinção da *joint venture* para outras modalidades de concentração cooperativa, como o consórcio, ou com o gênero dos contratos associativos. A primeira parte do conceito, por exemplo, pode ser utilizado para o consórcio, que é uma relação contratual em que duas empresas partilham, de forma direta ou indireta, o controle sobre determinados ativos. Na segunda parte do conceito, pode-se incluir, inclusive, qualquer formação societária – inclusive entre empresas do mesmo grupo econômico, ou subordinadas hierarquicamente.

4.5.2 Houve análise do propósito da *joint venture*?

O relator se refere à operação como uma “constituição de *joint venture*, nos termos do artigo 90, inciso IV, da Lei 12.529/2011, de produtos de consumo para cuidados com a saúde”. Apesar de relatar que as requerentes produzem, distribuem e comercializam tais produtos, não fica claro, em nenhum momento, se a *joint venture* também ficará responsável pela produção, comercialização, ou mesmo pela importação dessas mercadorias.

A análise do propósito da *joint venture* não se deu de forma sistematizada, ou com rigor quanto à compreensão do papel que a nova empresa teria em relação às requerentes. Os prováveis questionamentos são analisados apenas pontualmente, quando da análise dos mercados relevantes e das propostas do ACC.

4.5.3 Houve uma classificação da *joint venture*?

Como mencionado anteriormente, o voto do Conselheiro Relator diz se tratar de uma *joint venture* de produtos de consumo. Não fica retratado, porém, as consequências da *joint venture* quanto aos mencionados produtos.

Ao se entender que “*joint venture* de produto” é uma classificação proposta pelo Conselheiro Relator, é possível ter em mente o ensinamento de Carrió, no sentido de que as classificações não são verdadeiras, nem falsas, mas úteis ou inúteis.

“*Joint venture* de produto” serviria de contraponto a uma *joint venture* de serviço. O fato de ser de serviço ou de produto não traz elementos significativos de distinção entre o que deve ou não ser analisado para a aprovação da operação, o que torna a classificação inútil.

Como retratado pelas classificações propostas no Capítulo anterior, as classificações, para serem úteis, devem trazer elementos que corroborem a análise antitruste, facilitando o entendimento da operação e o que deve ser levado em consideração para a sua aprovação – ou rejeição.

Portanto, a classificação adotada para a *joint venture* neste processo se mostra insatisfatória.

4.5.4 Houve análise sobre os possíveis efeitos negativos da *joint venture* no mercado?

O voto do relator levou em consideração o mercado relevante geográfico e de produto da operação, com análise das respectivas *market shares*. Esses números, contudo, são de visualização restrita aos servidores do CADE e às requerentes da aprovação da operação.

O Relator averiguou uma relevante concentração de poder de mercado entre as empresas caso a operação fosse aprovada, principalmente quanto ao mercado relevante de produtos antitabagismo, motivo pelo qual sugeriu um ACC para aprovação da operação, com condicionais específicas quanto a esse mercado. Segundo o relator:

Diante do exposto, tanto para o mercado de produtos antitabagismo mais

amplo, quanto para o mais restrito, foram identificadas preocupações concorrenciais nessa classificação de medicamentos OTC. A concentração resultante dessa operação é acima de **[ACESSO RESTRITO AO CADE E ÀS REQUERENTES]**. Caso a operação fosse aprovada sem restrições, as Requerentes seriam quase monopolistas no segmento de adesivos. (CADE, 2015)

4.5.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre as requerentes?

O Conselheiro tratou especificamente dessa questão no item de seu voto intitulado “Probabilidade de Exercício Coordenado de Poder de Mercado”. Para sua análise, o relator recorre ao conceito de *joint venture* e a precedentes diversos sobre o instituto, destacando a importância de se analisar os efeitos decorrentes não somente da nova estrutura societária que se forma, mas também da possibilidade de colusão entre os concorrentes.

Em outros precedentes, o Conselheiro encontra posicionamentos no sentido de que o mercado de medicamentos tem baixa probabilidade de colusão, porque conta com um número razoável de agentes econômicos atuantes, o que dificulta as estratégias de monitoramento e de retaliação inerentes a tais fenômenos.

No entanto, afirma que, apesar da improbabilidade de coordenação entre empresas do setor, a formação de *joint venture* entre concorrentes é motivo suficiente para o aumento do risco de colusão. Segundo o Conselheiro:

Tendo em vista que a presente operação se trata de *joint venture*, ela pode elevar a interação entre empresas concorrentes, aumentando a possibilidade de colusão entre elas. Isso ocorre porque o aumento da interação facilita a troca de informações, o monitoramento de mercado e o ajuste de estratégias comuns entre concorrentes.

4.5.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos?

Não houve análise ou relação de eficiências ou efeitos pró-competitivos, inclusive com a assertiva de que a operação não geraria integração de ativos entre as requerentes.

4.5.7 Houve Acordo de Controle de Concentração?

Em vista dos potenciais anticompetitivos da operação, seja para o mercado

relevante de produtos antitabagismo, seja pela troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as requerentes, o Conselheiro relator sugeriu a edição de um ACC, como condição de sua aprovação.

As partes propuseram a venda dos ativos relacionados ao principal produto antitabagismo envolvido na operação, popularmente conhecido pela marca “NiQuitim”, como uma série de contrapartidas por meio de ativos a serem desinvestidos. Esses ativos deveriam ser vendidos a um terceiro independente das requerentes, com a preservação da viabilidade, da comercialização e competitividade dessa marca.

Quanto aos potenciais efeitos anticoncorrenciais da troca de informações entre as requerentes, o relator sugeriu que o acordo estabelecesse que as informações que sejam fornecidas à Novartis na qualidade de sócia sejam restritas e protegidas dos demais integrantes do grupo Novartis. Ou seja, a Novartis deveria identificar pessoas específicas para atuar na *joint venture* formada, com o compromisso não divulgar informações da cooperação para demais integrantes da empresa-mãe.

O compartilhamento de informações por parte da GSK, com maioria do capital social, não levanta preocupações, segundo o relator, porque tal empresa não concorrerá com os mercados envolvidos fora da *joint venture*.

De acordo com o Relator:

163. Por outro lado, o fluxo de informações no sentido *joint venture* – Novartis será limitado às informações necessárias para o curso normal dos negócios, e terá controles físicos e eletrônicos que assegurem a limitação do acesso a essas informações. Além disso, atualmente, a Novartis também não possui produtos (em seu negócio individual) que concorram com o negócio da *joint venture*.

164. Essas duas medidas impedem que os representantes da Novartis na *joint venture* tenham conhecimento profundo das atividades da Novartis fora da *joint venture*, limitando a capacidade de troca de informações sensíveis elas e limitando uma provável coordenação entre as Requerentes. Ademais, o monitoramento por parte de agente externo das reuniões em que representantes da Novartis participem limita a possibilidade de que Novartis e/ou GSK concedam acesso ou acessem informações relativas aos seus negócios individuais.

Vale ressaltar que o cumprimento do ACC ou quaisquer tipos de incidentes para apurar o descumprimento do acordo não implica o afastamento da legislação em vigor à Compromissária, sem prejuízo de abertura de Processo Administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, nos termos previsto em Lei.

4.5.8 Análise da argumentação

Segundo o *layout* argumentativo proposto por Toulmin, analisa-se a alegação principal do voto do Conselheiro relator que levou à formação de um ACC. Os elementos da argumentação, frise-se, não estão elencados em conjunto no voto, mas são encontrados no decorrer do texto.

Reitera-se que se trata de um estudo de justificação do voto. Ou seja, a partir da decisão tomada, buscam-se, no texto, os elementos que levaram a essa decisão.

A alegação (A) corresponde a: deve-se condicionar a aprovação da operação, mediante um ACC.

Os dados são principalmente dois: (D1) identificou-se elevada concentração horizontal em relação ao mercado de tabagismo; e (D2) a operação caracteriza-se como *joint venture*.

As garantias apresentadas foram, essencialmente, três: (G1) caso aprovada a operação sem restrições, as requerentes seriam quase monopolistas no segmento de adesivos de tabagismo; (G2) a *joint venture* pode elevar a interação entre empresas concorrentes, aumentando a possibilidade de colusão; e (G3) o aumento de interação facilita a troca de informações, o monitoramento do mercado e o ajuste de estratégias comuns.

Não houve na argumentação do conselheiro a indicação de elementos de suporte (S) para suas garantias. Lembrando-se que o suporte, na argumentação jurídica, corresponde a uma norma positivada que leva o intérprete a considerar certa garantia argumentativa. No caso, os suportes poderiam ser: a) a lei proíbe a realização de operações que gerem monopólios sem eficiências relevantes, por meio de norma extraída dos §§ 5º e 6º, do art. 88; e b) a lei proíbe a formação de cartéis, art. 36, da Lei nº 12.529/2011.

Quanto à alegação principal, não houve a utilização de refutações ou de qualificadores. Nesse sentido, poderia ser dito que (Q) ACCs tendem a corrigir potenciais efeitos anticompetitivos e que (R) a ACC é uma solução adequada, a menos que se considere grandes os efeitos anticompetitivos nos outros mercados relevantes relacionados à operação, além do de produtos antitabagismo.

4.6 Ato de Concentração 08700.006723/2015-2

Processo notificado pelas requerentes SBT, Record e RedeTV!, com a relatoria da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, para a formação de uma *joint venture* que se chamará Newco, para atuarem conjuntamente na “transmissão de conteúdo/programação linear da TV aberta para as prestadoras de serviço de acesso condicionado”. Em outras palavras, trata-se de *joint venture* entre as três empresas para negociarem seus direitos de transmissão com as operadoras de televisão paga, ou a cabo. O capital social de cada empresa seria dividido igualmente, com 33% de participação para cada uma.

O processo chegou ao TADE mediante avocação de um dos Conselheiros, considerando que na SG a operação foi aprovada sem restrições. A relatora votou pela rejeição da operação, em 24 de fevereiro de 2016. A decisão do Plenário, contudo, foi de aprovação com restrições, mediante assinatura de ACC, proposto em voto-vista do Conselheiro Alexandre Cordeiro, em 11 de maio de 2016.

Os votos a serem analisados são os proferidos pela relatora e o da lavra do Conselheiro Alexandre Araújo, que foi aderido pela maioria, exceto pelo Conselheiro João Paulo de Resende, que aderiu à relatora.

4.6.1 Houve uma conceituação de *joint venture*?

O voto da relatora utiliza-se também do livro editado pela *American Bar Association* e faz referência à guia de análise antitruste dos Estados Unidos, conceituando *joint venture* como:

[...] uma *joint venture* engloba qualquer colaboração que persegue um objetivo em comum. Se esta colaboração for entre competidores, como ocorre no presente AC, o resultado pode ser pró-competitivo ou não. (CADE, 2016)

Note-se que apesar de se utilizar da mesma referência da decisão analisada anteriormente, as conceituações são distintas, de modo que esta é mais genérica do que aquela. Os problemas dessa conceituação já foram, também, retratados, conforme item 3.1, do Capítulo 3.

O voto-vista apresenta uma preocupação mais pormenorizada com as características de uma *joint venture*, apresentando os seguintes argumentos:

122. As joint ventures são tipo especial de arranjo cujas características normalmente são vistas como neutras ou benéficas ao ambiente competitivo. Uma boa tradução do termo joint venture aponta para o significado empreendimento com riscos ou responsabilidades divididas.

123. Para fins concorrenciais, joint ventures clássicas são aquelas cuja missão é servir como veículo exploratório das empresas criadoras em mercados desconhecidos, seja este desconhecimento de um mercado geográfico ou temático. Nestes casos, as formações mais comuns de joint ventures relacionam-se a indústrias de inovação, de serviços, de produtos diferenciados, intensivas em capital ou ainda à entrada em mercados estrangeiros. Como na modalidade clássica este tipo de sociedade é sempre meio de entrada em mercados não relacionados horizontalmente ou verticalmente, a Resolução CADE nº 2/2012 prevê que a avaliação de impactos concorrenciais aconteça em procedimento simplificado e sumariamente tendente à aprovação sem restrições

124. Sociedades que se afastem deste modelo, porém, podem exigir avaliação antitruste detalhada. Os riscos concorrenciais mais comuns associados a joint ventures não clássicas são aqueles atinentes a limitações a decisões comerciais independentes, controle compartilhado de ativos produtivos importantes, facilitação a trocas de informações concorrencialmente sensíveis, incentivos a redução de competição em outros mercados que não o do empreendimento conjunto e outros elementos que indiquem aumento de risco de colusão tácita ou explícita. (CADE, 2016)

4.6.2 Houve análise do propósito da *joint venture*?

Ambos os votos analisaram detidamente o propósito da cooperação empresarial. No voto da relatora é clara a sua preocupação em explanar o propósito da *joint venture* como a de comercializar, de forma conjunta, a transmissão de conteúdo/programação linear da TV aberta para as operadoras de TV paga. Ainda, a relatora analisa a minuta do Contrato Social da *joint venture*, no qual está estabelecido que a entidade atuará conjuntamente na venda de espaços publicitários em canais específicos que venham a ser criados para TV paga (CADE, 2016).

O voto-vista se debruçou sobre o propósito da operação correlacionando-o aos mercados afetados, que são: a) de produção de conteúdo audiovisual no Brasil; b) de licenciamento de conteúdo audiovisual avulso no Brasil; c) de assessoria de *marketing* e vendas, exceto para TV aberta; d) de licenciamento de programação linear de canais abertos para operadores de televisão por assinatura no Brasil.

4.6.3 Houve uma classificação da *joint venture*?

O voto da relatora afirmou tratar-se de uma *joint venture* societária e não-clássica, portanto utilizou de classificações relevantes para o estudo da formação desse tipo de concentração cooperativa.

O voto-vista se utiliza da classificação entre *joint ventures* clássicas e não clássicas, com as consequentes precauções que devem ser adotadas em cada um desses tipos. Segundo o voto-vista, a operação notificada representava uma sobreposição horizontal, logo representaria uma *joint venture* não clássica com potenciais efeitos anticompetitivos.

4.6.4 Houve análise sobre os possíveis efeitos negativos da *joint venture* no mercado?

A relatora primeiramente identificou o mercado relevante e o fato de que, no caso em apreciação, tratava-se de um mercado de dois lados. Segundo o seu voto, mercado de dois lados são plataformas que favorecem ou fornecem uma forma de integração entre N grupos de consumidores. A plataforma cria condições para que os agentes econômicos realizem o maior número de transações possíveis. Esse tipo de mercado pode ser exemplificado com as seguintes indústrias: videogames (consumidores e desenvolvedores de jogos), sistemas operacionais (desenvolvedores e clientes finais), jornais (leitores e anunciantes), etc (CADE, 2016).

O mercado de dois lados no caso da TV aberta estaria relacionado a três demandantes finais: aqueles que compram os pacotes das operadoras de TV; os que compram diretamente da emissora (a custo zero); e as agências de publicidade que compram espaços publicitários das emissoras.

Com a implantação do sistema de TV Digital, abriu-se a possibilidade das emissoras de TV aberta cobrarem das operadoras de TV paga, pela transmissão de seus conteúdos. No sistema de difusão analógica, as emissoras de TV aberta, por força regulatória, encontravam-se proibidas de cobrar pela transmissão de seus conteúdos. A *joint venture*, segundo a relatora, teria a função de fazer preço junta às operadoras de televisão paga. De acordo com a relatora, os efeitos dessa *joint venture* são perniciosos, pois sua única finalidade é concordar preços para atuação

no mercado.

Já o voto-vista utilizou-se de modelos econométricos para concluir que eventuais prejuízos ao mercado podem ser sopesados com as eficiências da operação. Em suas palavras:

Nesse sentido, conclui-se que os estudos econométricos não confirmaram as preocupações concorrenciais imaginadas, principalmente quanto à diminuição do bem-estar do consumidor. Ao contrário, restou demonstrado que mínimas eficiências apresentadas pela operação podem suplantar eventuais prejuízos e gerar, ao contrário do que foi dito, aumento de bem-estar para o consumidor final. (CADE, 2016)

4.6.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre os requerentes?

As relações entre as empresas no funcionamento da *joint venture* não foram de maiores preocupações aos Conselheiros. Em parte incisiva do seu voto, contudo, a relatora afirma que, se a operação não tivesse sido notificada, estar-se-ia diante de um cartel (CADE, 2016).

4.6.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos da operação?

A relatora e o Conselheiro autor do voto-vista analisaram as cinco eficiências alegadas pelas requerentes, como justificativas para aprovação da operação: (1) obtenção de receitas que seriam revertidas em investimentos para aumento da oferta e da qualidade de conteúdo; (2) incentivo para investir a receita adicional em prol do consumidor final; (3) geração de empregos; (4) futuramente, possibilidade de produção de conteúdo audiovisual distinto daquele ofertado pelas Requerentes em TV aberta (licenciamento de canais pagos), com ampliação do fornecimento de conteúdo nacional ao público; (5) otimização de custos com a criação de área comercial especializada na negociação e licenciamento de canais junto às operadoras; (6) geração de poder compensatório das emissoras de TV aberta em relação às operadoras.

Todas as eficiências foram rejeitadas ou por não serem decorrentes da operação, por serem de impacto irrelevante ou por serem realizadas somente em um distante futuro.

4.6.7 Houve Acordo em Controle de Concentração?

O voto-vista sugeriu a edição de um ACC, para assegurar, dentre outros elementos, o cumprimento das eficiências alegadas pelos requerentes para a aprovação do ato de concentração. Segundo o voto-vista:

210. Com vistas a ajustar as preocupações concorrenciais ao diagnóstico anteriormente descrito, foi negociada proposta de Acordo em Controle de Concentração estruturado nos seguintes eixos:

Estabelecimento dos objetos da Newco, alguns deles com obrigações assumidas perante o CADE, a fim de melhorar as condições concorrenciais no mercado: (i) criação, produção e geração de conteúdo audiovisual para diferentes meios de comunicação, (ii) intermediação e agenciamento de conteúdo destinados à televisão por assinatura, (iii) prestação de serviços de assessoria de marketing e vendas em geral, (iv) representação publicitária e/ ou venda de publicidade para os canais criados e/ ou programados, (v) intermediação e representação para distribuição e venda de sinais de televisão para qualquer meio de distribuição e (vi) participação em outras sociedades;

Estabelecimento de prazo para a existência da Newco, tendo em conta que a regra do retransmission consent é recente no Brasil, bem como que o mercado é muito dinâmico, de modo que pode ser útil nova avaliação sobre o funcionamento da empresa pelo CADE, considerando os efeitos da operação no mercado;

Obrigação de investimento conjunto das Requerentes por meio da Newco, com integração econômica relevante orientada ao desenvolvimento conjunto de produtos e serviços para televisão paga e outras mídias, de modo que haja potencial para uma melhoria da qualidade do conteúdo já ofertado no mercado;

Obrigação de investimentos individuais pelas Requerentes, tendo em vista o aprimoramento de conteúdo, com geração de externalidades positivas para telespectadores não assinantes de TV por assinatura, conforme plano de negócios a ser aprovado pelo CADE;

Tratamento assimétrico que implique em (sic) subsídio a pequenos e médios operadores de SeAC, visando a (sic) redução de seus custos, de forma a permitir que rivalizem com as grandes operadoras, limitando a capacidade destas de imporem aumentos de preço;

Facilitação para o monitoramento do acordo pelo CADE, aumentando a possibilidade de detecção de eventual descumprimento;

Aplicação de penalidades em caso de descumprimento do acordo. (CADE, 2016)

4.6.8 Análise da argumentação jurídica

A alegação do voto-relator foi (A) de que a operação deve ser reprovada.

Os dados que suportam a alegação são: (D1) não se trata de uma *joint venture* clássica; (D2) a operação apresenta concentração horizontal elevada (acima de 27%); (D3) altíssima probabilidade de impactar os consumidores; (D4) propósito de “fazer preço”.

As garantias são: (G1) *joint ventures* não clássicas tendem a apresentar maiores problemas concorrenciais; (G2) concentrações acima de 20% no *market share* geralmente apresentam problemas concorrenciais; (G3) as operações não podem ser aprovadas se prejudicam os consumidores; (G4) não é propósito legítimo de uma *joint venture* acordar preços, mas sim de um cartel.

Como suporte (S) às suas garantias, a relatora disse que os §§5º e 6º da Lei nº 12.529/2011 proíbem Atos de Concentração que impliquem a eliminação da concorrência em parte substancial do mercado (CADE, 2016).

Como qualificadora (Q) pode-se elencar a insistência da relatora de que sempre que os agentes econômicos reúnem-se para formar preço, a decisão deve ser pela rejeição da operação.

Como refutação (R) a relatora elenca que, se as empresas não tivessem se juntado para “fazer preço”, haveria a possibilidade de aplicação de remédios antitruste a sanar e permitir a aprovação da operação.

O voto-vista, por sua vez, tem como alegação principal a de que (A) um ACC corrigirá as preocupações concorrenciais com a operação.

Os dados apresentados resumem-se a (D) os estudos econométricos que apontam baixa preocupação concorrencial com o mercado, que poderia ser suplantado com eficiências da operação. A garantia é a de que (G) eficiências são motivos suficientes para a aprovação de operações com relativos riscos concorrenciais.

Não se encontrou suporte (S), qualificadoras (Q) ou refutações (R) no voto-vista. Além disso, a alegação do voto-vista representa um *non-sequitur*, uma vez que o próprio Conselheiro disse não constatar a probabilidade de realização das eficiências da operação. Além disso, a ocorrência de efeitos prejudiciais ao mercado não se tratava de decorrência de efeitos colaterais da operação (*ancillary restraints*), mas resultado do próprio núcleo de seu funcionamento.

4.7 Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10

Trata-se de processo, de relatoria do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, para formação de uma *joint venture* societária entre o Itaú Unibanco e MasterCard Brasil, com o fim de criar uma bandeira de arranjos de pagamento. A composição societária da *joint venture* é informação restrita ao CADE e aos requerentes, porém há menção, no voto, de que a participação societária do Itaú é mínima.

O processo chegou ao TADE mediante impugnação da SG.

A decisão do plenário foi pela aprovação com restrições da operação, condicionado aos ajustes contratuais e societários indicados no voto do Relator. O voto do relator foi proferido em 11 de maio de 2016 e voto-vogal, divergente, da mesma data, do Conselheiro João Paulo de Resende.

4.7.1 Houve uma conceituação de *joint venture*?

Não houve conceituação de *joint venture* em todo o voto do relator. Fez-se menção a se tratar de uma parceria, mas não quais são os seus critérios distintivos.

No voto-vogal, o Conselheiro demonstra certa preocupação com a operação notificada, questionando se era, realmente, o caso de uma *joint venture*.

Afinal de contas, uma JV em que o Itaú detém uma participação tão ínfima na sua composição acionária, de apenas **[ACESSO RESTRITO]**, não parece ser algo natural num ambiente de mercado. Para se ter uma ideia do que isso significa, se essa JV tiver um lucro anual de um bilhão de reais, o Itaú levará para casa 1.000 reais e a Mastercard 999.999.000 reais. Isso deveria levantar um sinal de alerta para nós. Questiono, inclusive se, para efeitos práticos, tal arranjo não desvirtua completamente o sentido de uma *joint venture*: pergunto-me se deveríamos chamar essa entidade empresarial de *joint venture*, ou de “*single venture*” (CADE, 2016)

Essa preocupação trazida pelo Conselheiro João Paulo de Resende corresponde a um dos critérios de identificação das *joint ventures* propostas por Brodley (1982), qual seja, a contribuição significativa de cada uma das empresas-mãe para a realização da atividade conjunta.

4.7.2 Houve análise do propósito da *joint venture*?

O voto explana a criação de uma sociedade, composta pelas requerentes, que atuará no gerenciamento e comercialização de uma nova bandeira de pagamento de cartões de créditos. A atuação seria no mesmo mercado relevante da

MasterCard (acionista majoritária) e em mercado relevante distinto do Itaú.

O voto-vogal demonstra preocupação com o propósito da *joint venture* e, principalmente, quanto aos interesses velados das requerentes quanto ao funcionamento da cooperação.

Juntamente com essa participação absurdamente ínfima, reforçam ainda a tese de que o objetivo principal da operação é o exercício de poder de mercado junto a credenciadores os fatos de a) o contrato entre Hipercard e Mastercard não ter sido apresentado na notificação, mas apenas após o Relator ter tomado conhecimento por outros meios, b) o pleito original ser para o uso da mesma marca de banco/bandeira e num arranjo fechado, e não aberto, c) não haver eficiências intrínsecas à operação e d) a proposta vazia e intempestiva de ACC apresentada pelas Requerentes, como destacou de forma impetuosa aqui o Conselheiro Relator.

A mim não restam dúvidas de que, com a operação em si, o Itaú nada ganha e a Mastercard preserva sua receita. Esse arranjo esdrúxulo aqui analisado foi construído, obviamente, de modo a preservar o faturamento da Mastercard no mercado de bandeira, pois não faria o menor sentido para a bandeira apoiar a criação de uma concorrente, cedendo sua tecnologia de ponta e know-how específico, que com ela futuramente disputaria mercado.

Se o Itaú não vai ganhar dinheiro com a comercialização da nova bandeira resultante da JV, onde o Itaú vai ganhar dinheiro? Por que tanto esforço para gerar uma bandeira nova, com nova tecnologia, aceitação internacional, maior flexibilidade, novos benefícios para os consumidores etc., promover a venda a seus clientes, e ficar virtualmente com lucro zero após todo esse processo? Para mim, uma provável resposta está na cobrança da taxa de intercâmbio das credenciadoras, lembrando aqui, conforme bem ilustrado no voto-relator, que a taxa de intercâmbio é aquela cobrada das credenciadoras pelos bancos, e é a principal cobrança, em termos de valor por operação, dentro da complexa rede de fluxos de valores nesse mercado de arranjos de pagamentos. (CADE, 2016)

4.7.3 Houve uma classificação da *joint venture*?

Apenas no início do voto fez-se menção de que se trata de uma *joint venture* societária. Não há referência à sua diferença para com as *joint ventures* contratuais, nem com as potenciais consequências que as operações dessa classificação podem ocasionar ao mercado.

O voto-vogal não fez referência a classificações.

4.7.4 Houve análise dos possíveis efeitos negativos da *joint venture* no mercado?

O voto retratou o cenário do mercado de arranjos de pagamento brasileiro destacando que se trata, também, de um mercado de dois lados e de que o *market*

share é extremamente concentrado entre as bandeiras Visa e Mastercard e muito concentrado quando ao mercado de instituições financeiras. Todavia, segundo o relator:

A mera existência de elevadas concentrações (horizontal e vertical) não representam, por si só, um problema concorrencial. No entanto, a existência desses elementos exige uma supervisão mais cautelosa, por parte do órgão de defesa da concorrência, principalmente em relação à possibilidade de fechamento de mercado e práticas discriminatórias. (CADE, 2016)

Dos efeitos anticompetitivos elencados pelo relator, o principal foi da hipótese de tombamento, no qual, com a criação da nova bandeira, os clientes da MasterCard e do Itaú de pronto passariam a usar o novo produto resultante da formação da *joint venture*.

Além disso verificou grandes entraves quanto às barreiras à entrada, fechamento de mercado, práticas discriminatórias e de sobreposição horizontal e integração vertical.

O voto-vogal disse se tratar a operação de um caso de subsídio cruzado, de forma a impedir o crescimento de pequenas e médias empresas que vem concorrendo no setor de bandeira de cartões. Em suas palavras:

Trata-se de um caso clássico de subsídio cruzado de um agente com posição dominante oriunda de uma verticalização. Reparem que essa conduta de subsídio cruzado muito dificilmente seria detectada por autoridades regulatórias, seja pelo regulador setorial, o BACEN, seja pelo próprio CADE, pois seria necessário conhecer qual seria o lucro razoável do Itaú sem a conduta, o que é impossível. Pelo contrário, à visão do mercado, a REDE será um agente altamente competitivo e oferecerá menores preços e melhores condições ao consumidor. Mas, com isso, avançará de maneira não legítima em um mercado em que hoje já é líder, juntamente com a CIELO (ambas com 88% do mercado), mercado esse que, como eu disse, vêm sofrendo forte concorrência das pequenas e médias credenciadoras. Um mercado criado a partir de uma profícua intervenção estatal, que exigiu intensos esforços de órgãos públicos de promoção da concorrência, inclusive desse próprio CADE, e também do Banco Central do Brasil, na luta por desverticalizar credenciadoras de bandeiras. Hoje, me parece, há uma tentativa do setor de tentar rever os resultados desse esforço por meio de operação como essa que ora analisamos. (CADE, 2016)

4.7.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre os requerentes?

A análise nesse aspecto recaiu, sobretudo, sobre as questões societárias da *joint venture*. Em especial, segundo o relator, as regras de governança corporativa

deveriam ser alteradas, para que a influência do Itaú na relação bandeira/cartão de crédito fosse diluída.

Contudo, apesar de se tratar de uma preocupação nas regras estabelecidas entre os requerentes, os efeitos dessas regras se dão externamente, para os demais agentes do mercado. Ou seja, a preocupação com a diluição da influência do Itaú na relação bandeira/cartão de crédito está diretamente ligada à possibilidade de o Itaú apenas emitir cartões com a bandeira da sua *joint venture*. Isso prejudicaria o mercado e não, propriamente, os requerentes.

Além disso, não se trataria de comportamento colusivo, mas de abuso de posição dominante.

Os apontamentos realizados pelo voto-vogal nesse sentido são os mesmos retratados no item anterior, quanto ao subsídio cruzado entre as empresas-mãe.

4.7.6 Houve análise das eficiências pró-competitivas com a operação?

As eficiências alegadas pelas requerentes foram rejeitadas, por considerar o relator que não eram elas fruto da cooperação empresarial representada na *joint venture*.

4.7.7 Houve Acordo em Controle de Concentração?

Não houve edição de ACC para a resolução do caso. Porém, o relator condicionou a aprovação da operação à mudanças do contrato social da *joint venture* e restrições quanto à marca da nova bandeira (que não deve utilizar nem os nomes MasterCard ou Itaú), prazo de vigência da cooperação, obrigação de transparência, não-discriminação e de conselheiros administrativos independentes.

O voto-vogal disse que nenhuma das restrições propostas pelo relator eram suficientes para superar os malefícios concorrenciais da *joint venture* notificada. Ainda, quanto à restrição relativa a conselheiros independentes, disse que:

Por fim volto a alertar, como o fiz na sessão passada, que essa solução de conselheiros independentes, em que pese o risco da efetiva independência, tem se tornado uma espécie de saída fácil, de solução mágica, para todos os atos de concentração problemáticos. Para estressar o ponto recorro aqui que, no limite, se esse argumento de independência dos conselheiros de administração é válido, poderíamos até aprovar a criação de um monopólio,

desde que uma das firmas fusionadas, ainda que controlada por sua concorrente, mantenha em seu Conselho de Administração conselheiros independentes, para com ela concorrer conforme regras de mercado. Poderíamos desativar a área de controle de atos de concentração pelo CADE. (CADE, 2016)

4.7.8 Análise da argumentação jurídica

A argumentação para o desfecho da decisão tem como alegação (A) que a operação deve ser aprovada com as restrições elencadas no voto.

O dado (D) é o de que:

[...] chegou-se à conclusão de que a solução mais adequada, tanto em termos de eficiência dos remédios quanto de facilidade no monitoramento, seria alcançada não pela adoção de um ACC, mas sim por meio da modificação dos arranjos contratuais e societários. (CADE, 2016)

Não há garantia de motivo pelo qual as restrições impostas são a solução mais adequada, nem, por consequência lógica, suporte para essa garantia. As qualificadoras e refutações também não foram encontradas, no que se refere à alegação principal da decisão, quanto à necessidade de aprovação com as restrições elencadas.

Quanto ao voto-vogal, a alegação (A) é a de reprovação da operação. Os dados são (D1) a ínfima participação societária do Itaú na estrutura a ser criada; (D2) a alta concentração de mercado das requerentes; (D3) não há eficiências intrínsecas à operação. Os dados não são acompanhados de garantias explícitas, quanto à alegação adotada. Mas poderiam ter sido dadas, no sentido de que uma *joint venture* pressupõe a participação relevante de todas as empresas-mãe; concentrações com elevado *market share* tendem a demonstrar problemas concorrenciais; e atos de concentração com elevado *market share* envolvido devem demonstrar eficiências que superem os riscos concorrenciais.

4.8 Ato de concentração nº 08700.010266/2015-70

Trata-se de processo de relatoria do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, de operação envolvendo as empresas Saint Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda., e a SiCBRAS Carbetto de Silício do Brasil Ltda.

A *joint venture* compreenderia uma unidade operacional no Paraguai, tão somente para a fabricação dos produtos de carbetto de silício (material utilizado largamente na produção industrial, de modo geral). O capital social de cada uma das empresas seria de 50%.

O processo foi encaminhado ao TADE mediante impugnação da SG.

A decisão do Plenário acompanhou o voto do relator, proferido em 13 de abril de 2016, no sentido de aprovar a operação, condicionada à assinatura de ACC.

4.8.1 Houve uma conceituação de *joint venture*?

Novamente, utiliza-se do conceito proposto pela *American Bar Association*, conforme o seguinte trecho do voto:

Segundo a *American Bar Association*, *joint venture* é uma situação que pode ser caracterizada desde uma relação contratual em que duas empresas independentes partilham de forma direta ou indireta o controle sobre determinados ativos, até o caso em que se cria uma nova entidade por meio da contribuição de cada uma das partes. (CADE, 2016)

Repete-se, portanto, os problemas dessa conceituação relativamente à diferenciação dos outros institutos de concentração cooperativa elencados na legislação antitruste brasileira, bem como da dificuldade de diferenciar tal conceito de atos ilícitos, como a cartelização.

4.8.2 Houve uma análise do propósito da *joint venture*?

Logo no início do voto há explanação do propósito da *joint venture*, que é a de produção de carbetto de silício, de modo que o processamento e a comercialização desse material continuaria a cargo das empresas-mãe, representantes da notificação.

4.8.3 Houve uma classificação da *joint venture*?

O relator, quando da análise da *joint venture*, diz tratar-se de uma *joint venture* de produção. Em nota de rodapé, o voto afirma que as *joint ventures* de produção ocorrem sempre que duas ou mais empresas exercem a produção

conjunta de um produto final, ou algum insumo de um produto final, incluindo sua distribuição.

Diz, ainda, que as preocupações concorrenciais com esse tipo de *joint venture* referem-se: a) à possibilidade de aumento ou manutenção da posição dominante das partes, por meio da exclusão de rivais efetivos ou potenciais; e b) possibilidade de facilitação de colusão entre as partes ou, em alguns casos, da criação de monopólios.

4.8.4 Houve análise dos possíveis efeitos negativos da *joint venture* no mercado?

A decisão analisou uma série de potenciais efeitos negativos, decorrentes da concentração do mercado, da probabilidade do exercício de poder de mercado e da relação das requerentes em virtude da formação da *joint venture*. Uma vez que ambas, em conjunto, deteriam parcela significativa do mercado relevante da produção de silício, haveria grande probabilidade do exercício de poder de mercado. Ainda, as empresas poderiam se utilizar desse poderio para não permitir o acesso às concorrentes da produção de carbeto de silício, então produzido pela *joint venture*. Ainda, como se tratava de uma *joint venture* de produção, as suas relações representariam um problema concorrencial, uma vez que os incentivos para a colusão seriam muito grandes.

4.8.5 Houve análise dos efeitos prováveis da operação entre os requerentes?

Há preocupação explícita com os efeitos entre os requerentes no item “Da Joint Venture” do voto-relator. De acordo com as razões expostas:

Dito isso, verifica-se que a operação gera três potenciais problemas: (i) o risco de troca de informações sensíveis entre concorrentes, (ii) a tomada de decisões estratégicas em conjunto, e (iii) a possível redução dos incentivos para concorrer, dado que elas passam a serem sócias. (CADE, 2016)

Quanto ao primeiro item, por conta da formação da *joint venture* a troca de informações sobre assuntos sensíveis concorrencialmente pode levar à colusão explícita ou tácita. Em segundo lugar, poderia haver a tomada de decisões em conjunto, que potencialmente acarretaria em redução na produção ou divisão do

mercado (acordos característicos da cartelização). Em terceiro lugar, a partir do momento em que se tornam sócias, as empresas requerentes podem perder o interesse em concorrer no mercado de processamento e comercialização do carbeto de silício.

Para superar esses problemas, deveria existir eficiências em tamanho e qualidade suficientes para permitir a aprovação da operação.

4.8.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos da operação?

O relator rejeitou todas as alegações de eficiência das requerentes, sob o argumento de que não eram decorrentes diretas da operação, por exceto uma: a existência de complexo industrial no Paraguai que deveria ser utilizado logo, em vista dos problemas regulamentares atinentes àquele país. Além disso, o projeto previa uma capacidade produtiva maior para ambas.

4.8.7 Houve Acordo em Controle de Concentração?

A decisão propôs ACC para que: a) cada requerente possa adquirir até 50% da capacidade produtiva anual da JV; b) o preço dos insumos para as Requerentes deve ser baseado no custo de produção, calculado pela própria JV, incluindo um percentual para formação de reserva para a sustentabilidade da fábrica e não no preço de mercado; c) as requerentes informem a quantidade anual de SiC que desejam adquirir, mas essa informação deverá ser repassada exclusivamente ao gerente da JV, ou aos membros da equipe de planejamento dela, vedado que essa informação seja repassado ao Conselho de Administração (CADE, 2016).

Adicionalmente, foram impostas as seguintes restrições: a) os funcionários da JV não poderão prestar serviços para qualquer das Requerentes; b) os funcionários da JV que tiverem acesso a informações sensíveis da própria JV ou das Requerentes deverão atuar com neutralidade em relação às Requerentes e não poderão repassar essas informações a qualquer uma delas; c) os funcionários da JV deverão atuar em benefício apenas da própria empresa, e não em benefício próprio, de terceiro ou de qualquer das Requerentes; d) o Conselho de Administração deverá orientar os negócios da JV considerando exclusivamente a sua natureza de produção, não podendo haver troca de dados comerciais relativos aos negócios das

Compromissárias a que eventualmente tenham acesso; e) toda a produção da JV será entregue, de forma independente, às Requerente; f) a JV terá sistema de dados independente e próprio, com restrição de acesso para determinadas partes que tiverem relação com as Compromissárias; e g) as Requerentes poderão realizar auditorias na JV, sendo que as pessoas envolvidas deverão assinar termo de confidencialidade sobre informações comercialmente sensíveis.

4.8.8 Análise da argumentação jurídica

A alegação principal é a de que (A) o Plenário deve votar pela aprovação com restrições, condicionada à assinatura e cumprimento de ACC.

Os dados estão dispostos na própria conclusão do voto, no sentido de que: (D1) o mercado é concentrado; (D2) o mercado possui outras características que podem favorecer o exercício do poder de mercado.

A garantia, também constante na conclusão, é a de que (G) a aprovação da *joint venture*, tal como livremente estipulada pelas requerentes, teria o condão de agravar o quadro concorrencial.

Não há menção a elemento argumentativo que possa ser utilizado como suporte (S), ressalva (R) ou qualificador (Q) do argumento que levou à decisão.

O suporte poderia ser a menção ao dispositivo legal que possibilita a aplicação de remédios antitruste para a operação, art. 61, §§1º e 2º, da Lei nº 12.529/2011, a refutação ou ressalva a existência de elementos que restrinjam de forma injustificável ou não razoável o mercado e à competição e, como qualificadora, a tese de que proibindo-se a troca de informações sensíveis entre as empresas notificantes, provavelmente os efeitos anticoncorrenciais da operação ficam mitigados.

4.9 Ato de Concentração nº 08700.002792/2016-47

Trata-se de operação notificada pelos bancos Bradesco, Banco do Brasil, Santander, Caixa Econômica Federal e Itaú Unibanco, para a criação de um *bureau* de crédito, para a implementação de uma base de dados para avaliação do risco de crédito de pessoas físicas e jurídicas. O relator foi o Conselheiro Paulo Burnier da

Silveira, que proferiu seu voto em 9 de novembro de 2016, opinando pela aprovação da operação, condicionada à assinatura de ACC.

A *joint venture* foi notificada como uma nova sociedade por ações, na qual cada um dos bancos participantes ficariam com 20% das ações. O processo chegou ao TADE, mediante impugnação da SG, que recomendou a aprovação da operação mediante a assinatura de ACC.

O Plenário, por maioria, acompanhou o relator no julgamento, restando vencidos os Conselheiros João Paulo de Resende e Cristiane Schmidt.

4.9.1 Houve uma conceituação de *joint venture*?

Não há no voto do relator, nem nos votos dissidentes, preocupação conceitual com a *joint venture*, nem quanto aos seus critérios de identificação ou de distinção com outros institutos jurídicos.

4.9.2 Houve uma análise do propósito da *joint venture*?

Tanto o voto relator como os votos dissidentes retratam de maneira clara e precisa o propósito da operação, em cotejo com os possíveis questionamentos pertinentes em prol da defesa da concorrência.

O relator identificou no propósito da operação relação próxima com a possibilidade do exercício de poder de mercado, apesar da *joint venture* não atuar no mesmo mercado relevante das empresas-mãe. A razão para a preocupação recaiu sobre a integração vertical entre a *joint venture* e as empresas-mãe e a sua possível influência no mercado de avaliação de crédito.

As Requerentes pretendem constituir uma joint-venture para a construção de um novo bureau de crédito que atuará nos mercados de serviços de informações de crédito – negativas e positivas – para pessoas físicas e pessoas jurídicas. Logo, por ser uma operação do tipo greenfiled, não existe qualquer sobreposição horizontal, lembrando que as Requerentes não atuam neste mercado relevante.

No entanto, em razão da estrutura do mercado, a operação em exame gera uma verticalização entre instituições financeiras e bureaux de crédito. Usualmente, as instituições financeiras são as principais fornecedoras de insumos (informações dos agentes) dos bureaux. No outro extremo da cadeia, as instituições financeiras também são as principais consumidoras dos produtos dos bureaux. Assim, com as cinco Requerentes sendo instituições financeiras de grande porte, fica evidente o resultado de

integração vertical que resulta da operação. Neste aspecto reside o principal problema concorrencial decorrente da operação, o qual exige do CADE uma análise aprofundada do mérito e de eventuais remédios capazes de endereçar os problemas identificados.

Além disso, como bem observado pela SG, alerta-se também para um possível transbordamento dos efeitos de uma integração vertical no mercado de bureaux de crédito. Uma eventual concentração significativa poderia causar impactos negativos ao mercado de concessão de crédito, uma vez que os bancos com maior poder de mercado seriam controladores do serviço de informação de crédito, podendo limitar a captação e a divulgação de informações que, ao menos em tese, reduziriam a assimetria de informação e, conseqüentemente, possibilitariam o desenvolvimento do mercado de concessão de crédito. (CADE, 2016)

4.9.3 Houve uma classificação da *joint venture*?

O relator não se utilizou de classificações para auxílio na análise antitruste da *joint venture* notificada, tampouco os Conselheiros dissidentes.

4.9.4 Houve análise dos possíveis efeitos negativos da *joint venture* no mercado?

Identificou-se no voto do Conselheiro relator grande preocupação com a possibilidade de fechamento de mercado, tanto no cadastro negativo, como no positivo, de pessoas físicas e jurídicas, bem como grandes incentivos à coordenação entre as requerentes, o que facilitaria a colusão.

Os votos dissidentes encontraram os mesmos problemas, sendo que no voto da Conselheira Cristiane Schmidt encontra-se preocupação, inclusive, com potencial monopolização do setor de avaliação de crédito, mediante atuação da *joint venture*.

Desta forma, se por um lado ter a presença de algum banco no novo birô é uma situação bastante interessante para motivar os bancos a atuarem em prol do CP [Cadastro Positivo], por outro lado, juntar os 5 maiores bancos do país (que juntos detêm 87% dos depósitos totais) como acionistas deste novo birô gera sérias preocupações concorrenciais.

O problema certamente não está no fato de que estes agentes vão entrar em um lucrativo mercado que hoje ronda a casa dos R\$ 3 bilhões anuais, com potencial de dobrar de valor em apenas alguns anos. Que sigam lucrando, empregando, produzindo e pagando seus impostos! O problema é a elevada probabilidade deste novo ator criar um perigosíssimo monopólio de informações sensíveis dos consumidores e empresas relativos a todos os brasileiros. Assim, o que hoje pode estar sendo visto como um ente que pode trazer elevadas externalidades positivas para o país, na verdade, ele poderá gerar um efeito adverso ao esperado, ao deter um gigantesco poder em mãos, lembrando que não se trata de um produto qualquer, mas de históricos de dados confidenciais e sigilosos de todos os brasileiros.

A pergunta é: por que este birô precisa estar sendo feito com os 5 maiores bancos do Brasil? Ainda que não tenha a resposta, posso inferir. Uma hipótese é que se um banco revelar os dados dos seus clientes do tipo “bons pagadores”, este vai querer também ter o conhecimento deste tipo de cliente dos outros bancos. Ou seja, um banco não quer revelar o seu “bom cliente” se os demais também não revelarem os deles. Indubitavelmente, se todos revelarem os seus “bons clientes”, a concorrência entre os bancos para concessão de crédito para os bons pagadores aumentará, se não houver conluio.

É inquestionável, desta forma, que a entrada desse novo player no mercado de birô de crédito (negativo e positivo) é interessante para desenvolver o CP, mas esta entrada precisa ser pró-competitiva no mercado de birô. O preocupante deste AC não é a concentração horizontal (por este prisma, pelo contrário, é ótimo ter mais um jogador), mas o fato deste novo competidor ser formado pelos 5 maiores bancos no país, isto é, pelos maiores fornecedores e tomadores de informação dos birôs incumbentes. Além disso, não se pode desconsiderar que estas 5 instituições já são oligopolizadas e verticalizadas em outros importantes mercados de crédito (como o de cartões de crédito). O que torna esta JV complexa, portanto, são seus acionistas e o poder que eles já detêm em outros vários mercados do SFN. (CADE, 2016)

4.9.5 Houve análise do efeitos prováveis da operação entre os requerentes?

Como já mencionado, o relator demonstrou preocupação com a possibilidade de coordenação de atuação entre os requerentes, assim como os Conselheiros dissidentes também o fizeram. É no voto do Relator, contudo, que a possibilidade de coordenação é melhor sistematizada, nos seguintes termos:

Feita a exposição dos riscos de integração vertical e de questões adicionais relativas à estrutura do mercado, faz-se necessário verificar o risco iminente de coordenação entre agentes que pretendem criar uma joint-venture. Segundo o Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, guia elaborado pelas autoridades antitruste norte-americanas, acordos entre concorrentes para a criação de uma nova empresa podem resultar em efeitos lesivos à concorrência, inclusive em mercados relevantes nos quais a joint-venture não pretende atuar.

Este parece ser precisamente o cenário na presente operação, pois os mercados relevantes não são os únicos potenciais prejudicados. Basta verificar que a Gic tem incentivos para ser um centralizador de comunicação entre as Requerentes, permitindo o contato constante entre os bancos e amplificando a possibilidade de colusão tácita ou explícita no mercado bancário.

As Requerentes alegam nos autos que a operação se dará de forma independente e que as estruturas da Gic e dos bancos não terão conexão e cumprirão as melhores práticas de governança de forma a garantir a independência entre os envolvidos. No entanto, tendo em vista um mercado já altamente concentrado e com margens de lucro elevadas, tais compromissos são genéricos e insuficientes para afastar as preocupações quanto à possibilidade de coordenação entre as Requerentes. Este contexto

exige um cuidado especial do CADE na análise de eventuais propostas de remédios para a operação. (CADE, 2016)

4.9.6 Houve análise das eficiências ou efeitos pró-competitivos da operação?

A principal eficiência alegada pelos requerentes é o desenvolvimento do cadastro positivo de crédito no país, ou seja, o da criação de um banco de dados de bons pagadores. Esse instrumento reduziria a assimetria informacional entre os agentes econômicos envolvidos no mercado financeiro e conseqüentemente reduziria o *spread* bancário. A *joint venture* também traria, segundo os requerentes, inovações tecnológicas pertinentes ao desenvolvimento desses bancos de dados.

Segundo o Conselheiro relator, tais eficiências seriam decorrentes da criação de um Cadastro Positivo de pessoas físicas e jurídicas e não, propriamente, da operação em si. Contudo, as vantagens da criação desse mecanismo são inegáveis.

Resta claro que a maioria das justificativas e das eficiências apresentadas pelas Requerentes diz respeito à consolidação do cadastro positivo e não são específicas da operação. Nesse sentido, não há qualquer externalidade positiva oriunda da operação nos mercados de informação negativa de pessoas físicas e jurídicas, além da óbvia entrada de um novo player culminando em aumento de rivalidade. Mesmo em relação ao cadastro positivo, grande parte dos benefícios apresentados diz respeito à consolidação do mercado, sem correlação direta com a criação da Gic. Frise-se: consolidação esta que ainda não ocorreu, mesmo com os esforços da regulação, principalmente da Lei nº 12.414/2011. Um dos motivos especulados para a não efetivação do cadastro positivo seria o modelo adotado pela legislação brasileira, no qual o consumidor precisa realizar uma autorização para que suas informações sejam compartilhadas (opt-in) em oposição ao modelo inverso (op-out) em que o consumidor está automaticamente inserido no cadastro positivo e, para que seja excluído deste cadastro, deve expressamente declarar neste sentido.

Nada obstante, tendo em vista esse gargalo e lentidão no desenvolvimento do cadastro positivo no Brasil, a nova empresa pode, de fato, ter um papel importante na aceleração deste processo, uma vez que as Requerentes possuem os principais canais para o recolhimento das autorizações. Com o controle da Gic, além dos canais, as Requerentes terão também maiores incentivos para capturar as autorizações. Em suma, apesar de grande parte dos argumentos apresentados não ser específico da operação e de que a criação de um novo player no mercado de serviços de informações de crédito por meio de verticalização levante preocupações concorrenciais, a consolidação de um bureau de crédito por parte dos detentores dos principais canais de autorização tem o potencial de gerar externalidades positivas, principalmente no mercado de concessão de crédito. (CADE, 2016)

4.9.7 Houve Acordo em Controle de Concentração

O Conselheiro relator propôs um ACC, para que se garantisse a autonomia da *joint venture*, evitando-se a coordenação dos bancos requerentes, a possibilidade dos *bureaux* de crédito continuarem concorrendo no mercado e a concretização das eficiências que justificam a operação.

Para esse propósito, o ACC ficou disposto em 9 (nove) cláusulas, contendo: compromisso geral de não-discriminação com concorrentes; fornecimento de dados para o cadastro negativo; coleta de autorizações para o cadastro positivo; governança corporativa; manutenção de relacionamento comercial com os *bureaux*; não-compartilhamento de infraestrutura dos bancos e da GIC; vedação de campanhas publicitárias direcionadas à GIC; delimitação das atividades da GIC; e metas para o cadastro positivo.

Os votos dissidentes consideraram que um ACC seria insuficiente para a concretização das eficiências alegadas na operação, de modo que, em vez de um acordo, propuseram a aprovação da operação mediante restrições impostas pelo CADE, relativamente à troca de informações para com os concorrentes, prazos de funcionamento para cada tipo de cadastro, plano de metas, bem como pela criação de um comitê de monitoramento da concretização das restrições impostas.

4.9.8 Análise da argumentação jurídica

A alegação do voto relator é (A) a aprovação da operação mediante a assinatura de um ACC. Os dados são: (D1) há riscos quanto à integralização vertical dos bancos com os *bureaux* de análise creditícia; (D2) há incentivos à coordenação entre as requerentes, para além do objeto da *joint venture*; (D3) há eficiências que podem ser atingidas com a operação. A garantia é a de que (G) as restrições estabelecidas na ACC mitigam de maneira satisfatória os problemas concorrenciais verificados pelo CADE, bem como garantem a concretização das eficiências alegadas. Novamente, não há suporte argumentativo para a garantia.

Interessante notar a utilização de uma refutação no voto do relator, no sentido de que (R) se as informações que serviram como base para a decisão forem falsas, ou enganosas, bem como se ocorrer o descumprimento de quaisquer das

obrigações assumidas, ou se não forem alcançadas as eficiências visadas, o ato de concentração poderá ser revisto pelo CADE.

5 CONCLUSÃO

Da revisão teórica realizada e em vista das normas que regulam a defesa da concorrência no Brasil, a *joint venture* pode ser entendida como uma espécie de contrato associativo, que representa a cooperação entre duas ou mais empresas que não tem relação de controle entre si, para o exercício de atividade comum e cuja existência depende da contribuição de ambas, a funcionar como um agente econômico distinto das empresas-mãe e representando uma nova potencialidade econômica.

Esse conceito é, em comparação aos demais analisados neste trabalho, o mais útil em termos de Direito Concorrencial, pois permite distinguir o instituto da *joint venture* de outras modalidades de concentração empresarial, ou mesmo de condutas potencialmente ilícitas, como os cartéis e demais tipos de colusão.

Assim, para se identificar uma *joint venture* é preciso: (i) verificar se as empresas envolvidas na cooperação tem relação de controle entre si; (ii) se cada uma das empresas contribui para o surgimento e funcionamento da *joint venture*; (iii) se a *joint venture*, apesar de controlada pelas empresas-mãe, representa um novo centro decisório, a ponto de poder ser considerada um novo agente de mercado, em termos econômicos; (iv) se a cooperação representa uma nova potencialidade econômica, na forma de nova capacidade produtiva, nova tecnologia, ou nova forma de relação com a produção ou distribuição de bens e serviços, em comparação ao funcionamento das empresas-mãe.

Esse conceito com tais critérios de identificação remontam aos comentários realizados por Brodley e Moraes sobre o instituto da *joint venture*. Ainda, para a sua diferenciação com os consórcios, é importante a lição de Bucheb, para quem estes representam uma concentração na forma de grupos empresariais, disciplinados pela Lei 6.474/76. Quanto ao contrato associativo, este é gênero do qual a *joint venture* é espécie.

Nos julgados recentes do CADE, todavia, o instituto é conceituado de maneira bastante ampla, de forma a abranger os mais variados tipos de cooperação empresarial. O conceito utilizado pelo CADE, importado de publicação da *American Bar Association*, não esclarece os limites, nem reconhece as características essenciais das *joint ventures*, caso se queira diferenciá-la dos consórcios ou de condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, caso fosse adotada pelo CADE conceitos mais restritivos, como o proposto por Brodley, questiona-se se algumas das operações retratadas no capítulo 4 seriam consideradas *joint ventures*, meros acordos entre concorrentes, ou até mesmo cartéis.

Por exemplo, no ato de concentração nº 08700.008607/2014 -66, todos os elementos de identificação da *joint venture* ficaram claros, exceto pela existência de uma nova potencialidade econômica. Não houve explicação pormenorizada sobre o que distinguiria a cooperação das empresas de uma modalidade de cartel. No ato de concentração nº 08700.006723/2015-2, é evidente a não representação de uma nova potencialidade econômica das empresas formadoras da operação, mas simplesmente um agrupamento entre as envolvidas para combinar preços com as operadoras de planos de assinatura de televisão. Portanto, não se trataria de uma *joint venture*, a operação tal como notificada.

Os julgados analisados não demonstraram um roteiro de análise, sendo que em alguns não houve sequer apreciação das eficiências da operação, mesmo se reconhecendo seus potenciais efeitos anticompetitivos. Se há o vislumbre de efeitos anticoncorrenciais decorrentes de uma operação, é o caso de se analisar os potenciais benefícios que ela pode causar ao mercado. Essa é a norma que se extrai dos §§5º e 6º, do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, o que não foi inteiramente respeitado pelo Conselheiros do CADE, nas decisões estudadas.

Para a resolução de análise antitruste das operações, os Acordos em Controle de Concentração se mostraram de utilização comum. O ponto principal de controle nesses acordos recaiu sobre a preocupação com a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as empresas-mãe. Para esse fim, foram acordados com as empresas mecanismos de controle de condutas, para que os administradores das empresas, responsáveis pelo gerenciamento das *joint ventures*, não repassassem informações concorrencialmente sensíveis às empresas-mãe. Em um dos casos, acordou-se em designar administradores independentes das empresas-mãe, para o gerenciamento da cooperação. Não foi objeto deste trabalho analisar a efetividade desse tipo de remédio antitruste.

Ainda com relação à utilização dos Acordos em Controle de Concentração, interessante notar que, em certos casos, os Conselheiros propõem os acordos mesmo sem levar em consideração o propósito ou as eficiências da operação. Caso a análise do propósito da operação consistisse em uma das primeiras etapas de

análise antitruste, tal como proposto por Piraino Jr. e como é estabelecido no Guia americano de análise de colaborações, restaria evidente a não possibilidade, inclusive, de ACC no caso da *Newco* (*joint venture* entre SBT, Record e RedeTV!).

Em nenhum dos casos analisados houve preocupação dos Conselheiros em diferenciar a operação notificada de um caso de cartel ou outra conduta anticompetitiva. Em verdade, no Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-2, a Conselheira chega a fazer menção a uma eventual cartelização, mas sem pormenorizar características ou comparações.

Quanto à análise da argumentação jurídica, com base na teorização de Toulmin, percebeu-se a não utilização de suportes argumentativos (com exceção do voto vencido da relatora Conselheira Cristiane Schmidt, no caso *Newco*). Suportes argumentativos em decisões jurídicas representam a explicitação do dispositivo legal que embasa a garantia que permite a passagem dos dados, ou suporte fático, às alegações.

A não explicitação dos dispositivos legais não significa que as decisões proferidas são irregulares, ou que, necessariamente, desconsideram o Direito Concorrencial vigente. Em alguns casos, os suportes argumentativos poderiam ter sido mencionados, tal como explicado em cada ponto da análise de argumentos dos votos. O motivo de não terem sido utilizados não constituiu objeto deste trabalho, mas pode servir como problema de pesquisa para investigações futuras. O que se pode concluir é que, nos votos retratados, os Conselheiros, em sua maioria, não se utilizam de dispositivos legais como elementos que possam fortalecer as razões de suas decisões. Um dos votos, inclusive, sequer apresentou garantias quanto à sua alegação final, tal como exposto na análise do voto do Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10.

Ainda, relativamente à argumentação, apenas um dos votos estudados apresentou todos os elementos propostos no *layout* de Toulmin. Trata-se, novamente, do voto da Conselheira Cristiane Schmidt no Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-2. Interessante pontuar, mais uma vez, que o voto restou vencido.

A existência de mais elementos argumentativos, portanto, apesar de dar maior robustez à alegação principal, não corresponde à sua força de convencimento entre os Conselheiros do CADE. Uma nova investigação possível, decorrente dessa

conclusão, seria sobre a comparação de votos vencidos e vencedores e suas características diferenciais.

Os Conselheiros também se utilizaram das classificações em suas análises para apreciação da formação de *joint ventures*. Das classificações encontradas nos votos, três possuem pertinência com as precauções a serem tomadas com a análise antitruste do instituto: *joint ventures* societárias ou não-societárias; *joint ventures* clássicas ou não-clássicas (ou concentracionistas); e *joint venture* de produção. São classificações úteis pois trazem consigo elementos identificadores dos perigos que cada tipo pode ocasionar ao mercado, bem como quais são os remédios antitruste possíveis de serem adotadas em cada caso.

Em um voto, contudo, referente ao Ato de Concentração nº 08700.008607/2014 -66, encontrou-se uma classificação de pouco valor prático da *joint venture*, que seria a *joint venture* “de produto”. Não foi encontrado na doutrina referência sobre essa classificação e o Conselheiro relator não distinguiu suas nuances no voto proferido.

Em suma, a tendência verificada é a de aprovação das *joint ventures* notificadas, sendo fulcral, para os Conselheiros, as regras de governança da nova estrutura, especialmente quanto à troca de informações concorrencialmente sensíveis. O propósito da *joint venture* e seus critérios distintivos para com outras modalidades de cooperação empresarial ou de ilícitos antitruste restaram em segundo plano, ou foram irrelevantes, para as decisões tomadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. **Competition Laws Outside the United States**. Chicago: American Bar Association, 2001.

ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. **Joint ventures**: analysis of collaboration among competitors. Chicago: American Bar Association, 2006.

ABA ANTITRUST SECTION. **Monograph nº 23 – The Rule of Reason**. Chicago: American Bar Association, 1999.

BAIN, Joe S. **Conditions of entry and the emergence of monopoly**. *In*: CHAMBERLIN, Edward H. *Monopoly and Competition and Their Regulation*. New York: Stockton Press, 1954.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. **The Rule of Reason and the Goals of Antitrust**: An Economic Approach. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 471-504, 2012.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox – A policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1993.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os valores constantes no art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.

BRODLEY, Joseph F. **Joint ventures and antitrust policy**. *Harvard Law Review*, p. 1521-1590, 1982.

BUCHER, José Alberto. **Parcerias empresariais (joint ventures) nas atividades de produção de petróleo e gás natural no Brasil**. *In*: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. Número 14. Julho. 2016. Pág. 156-178.

BUCKLEY, Peter J.; MICHIE, Jonathan. **Firms, organizations and contracts: A reader in industrial organization**. Oxford University Press on Demand, 1996.

CADE. **Ato de Controle de Concentração nº 08700.002792/2016-47**. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, DF, 2016.

CADE. **Ato de Controle de Concentração nº 08700.008607/2014 -66**. Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior. Brasília, DF, 2015.

CADE. **Ato de Controle de Concentração nº 08700.006723/2015-2**. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Brasília, DF, 2016.

CADE. **Ato de Controle de Concentração nº 08700.009363/2015-10**. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, DF, 2016.

CADE. **Ato de Controle de Concentração nº 08700.010266/2015-70**. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Brasília, DF, 2016.

CADE. **Guia para Análise da Consumo Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Mai. 2015. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf> Acesso em 06 de fev. de 2017.

CADE. **Guia para Análise de Concentrações Horizontais**. Jul. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf> Acesso em 06 de fev. de 2017.

CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. Dissertação de mestrado. UNB. Brasília. 2015.

CARLTON, Dennis W.; GERTNER, Robert H.; ROSENFELD, Andrew M. **Communication Among Competitors**: Game Theory and Antitrust. *Geo. Mason L. Rev.*, v. 5, p. 423, 1996.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 5ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. 2008.

CERAR, Miro. **The Relationship Between Law and Politics**. *In: Annual Survey of Internacional & Comparative Law*. Vol. 15. Iss. 1. Article 3. 2009. Disponível em: <> Acesso em 6 de fev. de 2017.

CHAMBERLIN, Edward. **Theory of Monopolistic Competition**. Cambridge: Harvard University Press, 1933.

COASE, Ronald H. **The nature of the firm**. *Economica*, v. 4, n. 16, p. 386-405, 1937.

COLOMBO, Massimo G.; DELMASTRO, Marco. **The determinants of organizational change and structural inertia**: technological and organizational factors. *Journal of Economics & Management Strategy*, v. 11, n. 4, p. 595-635, 2002.

COMISSÃO EUROPEIA. **Antitrust Overview**. Sem data. Disponível em: <> Acesso em 06 de fev. de 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal**. 2011. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=PT)> Acesso em 06 de fev. de 2017.

COPI, Irving. **Introdução à lógica**. 2ª ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

CORDOVIL, Leonor; DE CARVALHO, Vinícius Marques; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CORREIA, Edward. **Joint ventures: Issues in enforcement policy**. *Antitrust Law Journal*, v. 66, n. 3, p. 737-771, 1998.

DAN, Wei. **A Lei Antimonopólio da China e o seu regime de controle de concentração**. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 237-266, June 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100010&lng=en&nrm=iso>. access on 06 Feb. 2017. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100010>.

DE ANDRADE, José Maria Arruda. **Economicização do Direito Concorrencial**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

DE CAMPOS, Marcos Vinícius. **Concorrência, Cooperação e Desenvolvimento**. Do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa. São Paulo: Editora Singular, 2008.

DE CARVALHO, Vinícius Marques; RAGAZZO, Carlos Emanuel Joppert (Coord.). **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013.

DE CASTRO, Fernando Guilhon. **A defesa da concorrência nos blocos de integração da América Latina**. Tese de Doutorado, UFMG. Belo Horizonte: 2001.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DIAZ, F.; GONZALEZ, Enrique. **The Notion of Ancillary Restraints under EC Competition Law**. *Fordham Int'l LJ*, v. 19, p. 951, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvya Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FEDERAL TRADE COMMISSION; US. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. Abril. 2000. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf> Acesso em 06 de fev. de 2017.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Guide to Antitrust Laws**. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws>> Acesso em 6 de fev de 2017.

FORGIONI, Paula Andrea. **Contratos empresariais** – teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FORGIONI, Paula Andrea. **O que esperar do antitruste brasileiro no Século XXI?** Revista Jurídica Luso Brasileira. 2015. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1713_1742.pdf>

FORGIONI, Paula Andrea. **Os Fundamentos do Antitruste**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FOX, Eleanor M. **The Efficiency Paradox**. New York University School of Law. Jul. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1431558>> Acesso em 6 de fev. de 2017.

FRAZÃO, Ana. **Joint ventures contratuais**. RIL Brasília. Ano 52. Nº 207. Jul. a Set. 2015.

FRENZ, Walter. **Handbook of EU Competition Law**. Nova York: Springer, 2016.

FUSCO, José Paulo Alves. **Cadeias de Fornecimento e Redes de Empresas** – Abordagem Metodológica para Avaliação de Competitividade. São Paulo: Arte Ciência, 2004.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2016.

HART, Oliver. **An Economist's Perspective on the Theory of the Firm**. Columbia law review, v. 89, n. 7, p. 1757-1774, 1989.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HAWK, Barry E. **Joint Ventures Under EEC Law**. Fordham Int'l LJ, v. 15, p. 303, 1991.

HOVENKAMP, Herbert. **Exclusive Joint Ventures and Antitrust Policy**. Colum. Bus. L. Rev., p. 1, 1995.

HOVENKAMP, Herbert. **Post-Chicago Antitrust: A review and Critique**. Columbia Business Law Review. 2001. Disponível em: <=> Acesso em 06 de fev. de 2017.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

JACQUEMIN, Alexis. **The New Industrial Organization: Market Forces and Strategic Behavior**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology, 1987.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. **A behavioral approach to law and economics**. Stanford law review, p. 1471-1550, 1998.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. **Innovation and cooperation: implications for competition and antitrust**. The Journal of Economic Perspectives, v. 4, n. 3, p. 75-96, 1990.

KAMIEN, Morton I.; MULLER, Eitan; ZANG, Israel. **Research joint ventures and R&D cartels**. The American Economic Review, p. 1293-1306, 1992.

KAPLOW, Louis. **An economic approach to price fixing**. Antitrust LJ, v. 77, p. 343, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. **Antitrust policy: A century of economic and legal thinking**. The Journal of Economic Perspectives, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000.

LANDES, William M. **Harm to Competition: Cartels, Mergers and Joint Ventures**. Antitrust Law Journal, v. 52, n. 3, p. 625-635, 1983.

LORENZ, Moritz. **Na Introduction to EU Competition Law**. New York: Cambridge University Press, 2013.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MANO, Miguel de la; DURAND, Benoît. **A Three-Step Structured Rule of Reason to Assess Predation under Article 82**. Comissão Europeia. Artigo de Discussão. Dezembro. 2015. Disponível em: <http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/pred_art82.pdf> Acesso em 06 de fev. de 2017.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MARSHALL, Alfred. **Principles of Economics**. Londres: Palgrave Macmillan, 2013.

MASON, Edward S. **Monopoly in Law and Economics**. The Yale Law Journal, vol. 47, no. 1, 1937, pp. 34–49. www.jstor.org/stable/791816.

MEDEMA, Steven G. **Chiago Price Theory and Chicago Law and Economics. A Tale of Two Transitions.** Disponível em:< > Acesso em 06 de fev. de 2017.

MEESE, Alan J. **Price Theory, Competition, and the Rule of Reason.** U. Ill. L. Rev., p. 77, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MIYAGIWA, Kaz. **Collusion and research joint ventures.** The Journal of Industrial Economics, v. 57, n. 4, p. 768-784, 2009.

MORAIS, Luis Silva. **Joint Ventures and EU Competition Law.** Oxford: Hart Publishing, 2016.

MOTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de Concorrência.** Teoria e Prática e sua Aplicação o Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Defesa da Concorrência e Globalização Econômica.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The relationship between competition and industrial policies in promoting economic development** – Study by the UNCTAD secretariat. 27 de abril de 2009. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ciclpd3_en.pdf > Acesso em 06 de fev. de 2017.

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

PIRAINO JR, Thomas A. **A Proposed Antitrust Approach to Collaborations Among Competitors.** Iowa L. Rev., v. 86, p. 1137, 2000.

PIRAINO JR, Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A new antitrust approach for the 21st century.** Ind. LJ, v. 82, p. 345, 2007.

PIRAINO JR, Thomas A. **The Antitrust Analysis of Joint Ventures After the Supreme Court's Dagher Decision.** Emory LJ, v. 57, p. 735, 2007.

PITOFISKY, Robert. **A Framework for Antitrust Analysis of Joint Ventures.** Geo. LJ, v. 74, p. 1605, 1985.

PITOFISKY, Robert. **How the Chicago School Overshot the Mark** – The effects of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust. Nova Yorl: Oxford University Press, 2008.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. **Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

POSNER, Richard. **Antitrust Law**. 2ª ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

POSNER, Richard. **A problemática da Teoria Moral e Jurídica**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **The Chicago School of antitrust analysis**. University of Pennsylvania Law Review, v. 127, n. 4, p. 925-948, 1979.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. **Defesa da Concorrência e desenvolvimento**: notas sobre o debate e sua aplicação no caso brasileiro. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_erber/livro_FABIOERBER_12_Prado.pdf> Acesso em 6 de fev. de 2017.

PRADO, Martha Assunción Enríquez. **Aplicação do Direito da Concorrência na União Européia e o Protocolo de Fortaleza para o Mercosul**. In: Scientia Juris, Londrina. Vol. 12, p. 117-138. 2008.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina (Coord.) **Metodologia jurídica**: um roteiro prático para trabalhos de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os fundamentos contra o antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REQUIÃO, Rubens. **A preservação da sociedade comercial pela exclusão do sócio**. Tese apresentada para o concurso à Cátedra de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 1959. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20\(T%203492\).pdf?sequence=1](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/24814/T%20-%20REQUIAO,%20RUBENS%20(T%203492).pdf?sequence=1)>

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius (Org.). **Análise Econômica do Direito**: justiça e desenvolvimento. Curitiba: CRV, 2016.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JR., Irineu. **Teoria Geral dos Contratos**: Contratos Empresariais e Análise Econômica. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RICHARDSON, George. **The organisation of industry**. The economic journal 82.327 (1972): 883-896.

ROBERTS, Neil E. **Cartels and Joint Ventures**. Antitrust Law Journal, v. 57, n. 3, p. 849-857, 1988.

RODRÍGUEZ, Matilde. **Relação do Direito com a Política**: análise do caráter político do exercício da justiça na Argentina. In: Revista Faac – Bauru. Vol. 1. N.º 2. P. 211-220. Out. 2011/mar. 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SCHMITT, Carl. **The Concept of the Political**. Expanded Edition. Chicago: The University of Chicago Press, 2007.

SHAPIRO, Carl. **Competition policy in the information economy**. Competition Policy Analysis, p. 1-21, 1999.

SHAPIRO, Martin; STONE SWEET, Alec. **On Law, Politics, and Judicialization**. Oxford: Oxford University Press, 2002.

SHAPIRO, Martin. **Law and Politics: The Problem of Boundaries**. In: WHITTINGTON, Keith E.; KELEMEN, R. Daniel; CALDEIRA, Gregory A. The Oxford Handbook of Law and Politics. Nova York: Oxford University Press, 2008.

SHUBIK, Martins; POWERS, Michael R. **Cooperative and Noncooperative Solutions, and the “Game within a Game”**. Cowles Foundation Discussion Paper nº 2053. New Haven: Yale University, 2016. Disponível em: <<http://cowles.yale.edu/sites/default/files/files/pub/d20/d2053.pdf>> Acesso em 06 de fev. de 2017.

SOKLER, Bruce D.; WALSH, Kathryn E.; CHIN, Yee Wah. **A Consideration of Dagher and the Antitrust Standard for Joint Ventures**. NYU Journal of Law & Business, Vol. 1, No. 307, 2004. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1682945>

TOULMIN, Stephen. **The uses of argument**. Updated Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

VAN DER BERGH e outros (ORG.) **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Northampton: Edward Elgar, 2002.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico da Concorrência**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**. 7ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. **The mechanisms of governance**. Londres: Oxford University Press, 1996.

ZINGALES, Luigi. **A Capitalism for the People – Recapturing the Lost Genius of American Prosperity**. New York: Basic Books, 2012.