



**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO DISTRITO FEDERAL
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO E JURISDIÇÃO**

**O CONTROLE ESTATAL DA EXPANSÃO EMPRESARIAL –
PRATICADA ATRAVÉS DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS
DE MASTER FRANQUIA, *JOINT-VENTURE* E CONCENTRAÇÃO
- E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA**

Aluno: Ricardo Kruk de Oliveira
Orientador: Edilson Enedino das Chagas

Brasília/DF - 2013

RICARDO KRUK DE OLIVEIRA

O CONTROLE ESTATAL DA EXPANSÃO EMPRESARIAL – PRATICADA ATRAVÉS DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE MASTER FRANQUIA, JOINT-VENTURE E CONCENTRAÇÃO - E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA

Monografia apresentada à Banca examinadora da Escola da Magistratura do Distrito Federal – ESMA/DF como exigência parcial para obtenção do título de especialista em Direito e Jurisdição, sob a orientação do Professor Juiz de Direito, Dr. Edilson Enedino das Chagas.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em ____/____/201____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.
Instituição:

Integrante: Prof. Dr.
Instituição:

Integrante: Prof. Dr.
Instituição:

*Dedico o presente trabalho aos meus pais,
meu irmão e todos aqueles que me apoiaram
neste momento tão especial de minha vida.*

Agradeço primeiramente a Deus pela minha vida, a meu pai e irmãos pelo apoio fundamental em toda a minha caminhada, em especial neste último semestre, com certeza o mais difícil, ao professor Enedino pelo insubstituível auxílio na elaboração, pesquisa e orientação deste trabalho. Aos colegas de curso pelo incentivo. E finalmente, mas não menos importante, aos demais familiares que compreenderam a minha ausência em momentos importantes de reunião familiar. A todos vocês o meu muito obrigado.

“A Justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o Direito e na outra a espada que usa para defender. A espada sem a balança é a força brutal, a balança sem a espada é a imposição do Direito.”

Rudolf Von Ihering.

RESUMO

O presente trabalho visa demonstrar como a globalização tem interferido na expansão empresarial através dos contratos internacionais de master-franquia, *joint-venture* e concentração empresarial (cisão, fusão e incorporação). Ainda, tem por objetivo demonstrar a importância e a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), no âmbito do MERCOSUL, por meio de aprovação de processos que visam o controle da expansão e domínio empresarial – cuja intenção é dominar determinado ramo do mercado – sem, contudo, confrontar o princípio constitucional da livre iniciativa.

Palavras chaves: expansão empresarial, contratos internacionais, livre concorrência.

ABSTRACT

This paper demonstrates how globalization has affected the business expansion through existing international master-franchising, joint venture and business concentration (fission, fusion and incorporation). Still, aims to demonstrate the importance and role of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), within MERCOSUR, through approval processes to control expansion and business domain \rightarrow - whose intention is to dominate the market given branch - without, however, confront the constitutional principle of free enterprise.

Keywords: business expansion, international contracts, free competition.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURAS

Art. por artigo

Id por idem

Ibid por ibidem

Op. cit por opus citatum

SIGLAS

CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

LSA – Lei das Sociedades Anônimas

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

SAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda

SDE – Secretaria de Direito Econômico

SBDC – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1.....	3
DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS EM GERAL	3
1.1 Conceito.....	3
1.2 Elementos de Conexão da Lei Brasileira.....	4
1.3 Formação e Extinção dos Contratos.....	9
1.3.1 Autonomia da Vontade	11
1.3.2 Formas de extinção	12
1.4 Classificação dos Contratos	14
CAPÍTULO 2.....	17
BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO.....	17
2.1 Do Contrato de Master – franquia	17
2.1.1 Histórico:.....	17
2.2.2 Conceito.....	18
2.3 Do Contrato de Joint-venture	Erro! Indicador não definido.
2.3.1 Histórico	24
2.3.2 Conceito.....	25
2.4 Da concentração empresarial	27
2.4.1 Histórico	27
2.4.2 Conceito.....	28
CAPÍTULO 3.....	34
NATUREZA JURÍDICA, CLASSIFICAÇÃO E PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO.....	34
3.1 Da master – franquia	34
3.1.1 Natureza Jurídica.....	34
3.1.2 Classificação.....	35
3.1.3 Procedimentos de Formação.....	35
3.2 Da Joint-venture	37
3.2.1 Natureza Jurídica.....	37
3.2.2 Classificação.....	38
3.2.3 Procedimentos de Formação.....	38
3.3 Concentração empresarial	40
3.3.1 Natureza Jurídica.....	40
3.3.2 Classificação.....	41
3.3.3 Procedimentos de Formação.....	41

CAPÍTULO 4	45
O CADE e as Controvérsias da Concentração Empresarial como meio de Expansão Empresarial	45
4.1 A Master Franquia e a Concentração Empresarial	45
4.2 Conselho Administrativo de Defesa Econômica: história e funções	45
4.3 O Princípio da Livre Concorrência e a Concentração empresarial	50
4.4 A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica	51
4.3.1 Averiguações Preliminares	51
4.3.2 Procedimento Administrativo	53
4.4 Defesa da Concorrência no MERCOSUL	55
4.5 Jurisprudências do Conselho Administrativo de Defesa da Econômica	59
CAPÍTULO 5	62
Casos Reais de Concentração no Brasil e no Mundo	62
5.1 Contratos de Joint-venture	62
CONCLUSÕES	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Em regra, as empresas nacionais e estrangeiras sempre buscam mercados consumidores capazes de proporcionar um aumento de capital suficiente para investirem em outros mercados, além, é claro, de muito lucro. Todavia, para alcançarem tais objetivos, é imprescindível que conheçam as características e necessidades dos locais onde pretendem estabelecer seus negócios.

Os motivos que levam as empresas a se adaptarem às novas modalidades de investimento são variados, dentre outros se destaca a necessidade de reduzir custos com transportes e impostos, uma vez que a maioria dos Estados cobra impostos tanto de importação quanto de exportação de produtos ou serviços, além das flexíveis legislações que disciplinam os investimentos estrangeiros e as remessas de lucros, que acabam por facilitar o “jogo” dos negócios.

Há alguns anos, a globalização vem permitindo que empresas, serviços e produtos circulem de um país para outro, atendendo, dessa forma, às necessidades do exigente mercado consumidor como também à pretensão dos empresários de pequeno, médio e grande porte.

É claro que cada empresa tem um interesse, um motivo e uma forma particular de executar sua expansão empresarial. Nesse sentido, dentre as estratégias de crescimento e de internacionalização empresarial, sobressaem as fusões, aquisições e incorporações comerciais que, embora lícitas, alteram substancialmente o cenário no qual as empresas competem.

Não obstante serem formas bastante peculiares de ampliação mercantil, a nova ordem econômica internacional, combatendo o protecionismo, firma tendência à interação dos mercados internacionais, facilitando, desse modo, o surgimento de novas modalidades de expansão empresarial.

Neste trabalho, além de tratarmos das três modalidades de expansão comercial e de concentração, quais sejam: master franquia, *joint-venture* e concentração empresarial – sendo o enfoque desta última na cisão, fusão e incorporação –, demonstraremos também a importante atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), como instrumento administrativo do Governo Federal, na defesa da livre concorrência e no combate à expansão empresarial com intenção de domínio de mercado.

A opção por tal tema se deu após sucinta análise do cenário comercial, tanto nacional quanto internacional, onde o Estado exerce o fundamental papel de interveniente no que diz respeito ao controle concorrencial, assim como a escolha por tais gêneros e espécies ocorreu, pois a nosso ver, tais modalidades são as que melhor ilustram as novas maneiras de expansão, e também por serem as mais utilizadas pelos empresários.

CAPÍTULO 1

1. DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS EM GERAL

1.1 Conceito

Como bem leciona Fran Martins¹ e Sílvio Venosa², os contratos surgiram para, em outras palavras, materializar as relações jurídicas patrimoniais existentes: as obrigações.

Assim, se conceituar contratos já é tarefa árdua, mais árdua, ainda, é a tarefa de conceituar contratos internacionais, uma vez que no ramo do Direito Internacional a possibilidade de ser reunir, em um único conceito, todas as questões atinentes à problemática em torno da conceituação é mínima.

O aspecto que mais diverge entre os autores está em determinar o que seja o que eles, costumeiramente, chamam de elemento de estraneidade. Desse modo, a conceituação dos contratos internacionais é feita através dos elementos essenciais a estes, e ainda, depende da situação fática que este sintetiza.

Assim, entende-se que é internacional o contrato que tiver vínculo jurídico com mais de um ordenamento jurídico. No entanto, há aqueles que “melhoram” tal conceito, acrescentando-se aí o que entendem ser as possibilidades de vínculo que podem aparecer nos contratos. Luiz Olavo Baptista enumera dois tipos, quais sejam: elementos de conexão e estraneidade³, que falaremos a seguir.

O referido autor ao conceituar os contratos entende que estraneidade é a presença de qualquer elemento estranho ao ordenamento jurídico nacional. Já por elementos de conexão entende que seja a técnica jurídica utilizada para determinar a lei aplicável no caso de ocorrência de conflito de leis.

A nosso ver, o vínculo só existirá por meio dos elementos de conexão, uma vez que a estraneidade também provocará um conflito de lei, devendo-se, dessa forma, recorrer aos

¹ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15^a ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 61

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 22

³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 10

elementos de conexão para se determinar a lei aplicável a cada caso concreto, em consonância com o elucidado por Luiz Olavo Baptista⁴ em sua obra.

Ainda, acrescente-se aos elementos já apresentados, o fato de o contrato ser ato jurídico através do qual é possível constituir, modificar ou extinguir direitos e obrigações, podendo ser bi ou plurilateral.

Dessa maneira, é possível conceituar contratos internacionais, como ato jurídico capaz de produzir, extinguir ou modificar direitos e obrigações, desde que em sua forma, haja vínculo jurídico com outros ordenamentos, através dos elementos de conexão, conforme veremos a seguir.

1.2 Elementos de Conexão da Lei Brasileira

Como dito acima, elemento de conexão é a técnica jurídica para determinar a lei aplicável na ocorrência de conflito de leis no espaço (domicílio, nacionalidade, local de celebração do contrato, etc.).

Em suma, as regras de conexão são normas que serão utilizadas pelo juiz com o intuito de se evitar a temida subjetividade, e implantar à tão sonhada certeza, imparcialidade e liquidez da decisão jurídica que regulamenta as relações jurídicas e contratuais.

Para tanto, em 1942, por meio do Decreto-Lei nº 4.657, o legislador estabeleceu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) dois elementos de conexão referentes ao contrato em si, e um outro elemento referente às partes.

Antes de adentrarmos nos pontos referentes ao elemento de conexão relativo às partes, devemos esclarecer quem pode ser parte no âmbito interno e internacional. Assim, preliminarmente, trataremos de quem pode ser parte.

Devemos sempre lembrar que para ser parte em contrato internacional, devem-se preencher os requisitos estabelecidos pela lei interna do país no qual se pretende que os contratos sejam executados, ou produzam efeitos.

⁴ Op. cit., 1994, p. 12

Nosso ordenamento jurídico, mais precisamente a Lei nº 10.406/2002, em seu art. 104, estabelece que “a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei”⁵.

Dessa feita, para que o contrato possa ser válido e ter eficácia no Brasil, o próprio Código Civil já determina os requisitos essenciais à validade e eficácia.

Assim, podemos concluir que no âmbito nacional, poderão ser parte nos contratos internacionais, aquelas pessoas físicas consideradas absolutamente capazes pelo Código Civil, ou seja, quando a pessoa completar 18 (*dezoito*) anos ou, se ocorrer alguma hipótese descrita no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil, abaixo descritas:

Cessar, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.⁶

Ainda no âmbito nacional, com relação às pessoas jurídicas, devemos primeiramente classificá-las quanto à sua natureza jurídica. O Código Civil de 2002, diz que as pessoas jurídicas podem ser de direito público, interno ou externo, e de direito privado. As que vemos com mais frequência no direito internacional são as de direito privado, que estarão habilitadas a produzir atos, fatos ou negócios jurídicos a partir do momento do registro de seu ato constitutivo no órgão competente.

Já as empresas de direito público, externo e interno, adquirem capacidade, a partir da sua criação, através de lei específica, conforme prevê a Constituição da República Federativa de 1988.⁷

⁵ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Lex: Livro do Cidadão; as Leis do seu cotidiano*. Brasília: AGU, 2003.

⁶ Ibid.

Cumpra esclarecer, ainda, que partes são pessoas ou grupos de pessoas, físicas ou jurídicas, que se colocam em frente de outros grupos ou pessoas, podendo ter interesses que se opõem em um primeiro momento, mas que após as devidas negociações irão convergir para constituir o contrato. Assim, faz-se necessário que, em um contrato, existam sempre duas partes e que seus interesses sejam antagônicos, e que se ajustem na medida necessária para que haja acordo entre elas.

Já no âmbito internacional, a capacidade da pessoa física e jurídica dependerá da lei do país no qual o contrato terá validade ou, ainda, do país nacional daquela pessoa.

Após tal esclarecimento, podemos falar do elemento de conexão relativo à parte descrito no artigo 9º, § 2º da LINDB, que assim dispõe:

“Art. 9º: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

“§ 2º da LINDB: a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar que residir o proponente”.⁸

Preliminarmente, cumpre esclarecer que proponente é a pessoa que propõe a contratação no primeiro momento, ou seja, o ofertante. Tal esclarecimento será mais útil quando formos falar de outro elemento de conexão também muito utilizado no Brasil.

Neste momento, o que nos interessa diz respeito à constituição da obrigação no lugar que foi feita a oferta. Assim o Código Civil, em seu art. 70, conceitua domicílio da pessoa natural “o local onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo”. E o domicílio da pessoa jurídica está descrito no art. 75, do mesmo Código que dispõe:

Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

- I - da União, o Distrito Federal;
- II - dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;
- III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁸ BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657 de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do direito Brasileiro. Lex: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acessado em 12.01.2013.

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1º Tendo, a pessoa jurídica, diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.⁹

Dessa feita, podemos afirmar que o domicílio é o elemento de conexão estabelecido pelo legislador ao informar que a obrigação estará constituída no local em que residir o proponente. Conclui-se, então, que a própria lei já estipulou que o domicílio será elemento de conexão a ser observado pelo juiz, caso tenha que julgar alguma ação atinente aos contratos internacionais.

Há de se notar que, para que se adote a lei brasileira ao caso concreto, um dos contratantes deve, necessariamente, ter domicílio no Brasil. Pouco importa a nacionalidade das partes, desde que, uma delas possua domicílio no país, há possibilidade de a legislação brasileira ser aplicada.

Outra possibilidade de aplicação, ou não, da lei brasileira decorre de opção feita pelos contratantes, por meio de cláusula contratual, determinando o foro e a legislação aplicável para a solução do conflito. É a chamada cláusula de foro.

Entendemos o elemento domicílio como o melhor, tanto pelo fato de se ter uma determinação mais fácil, pois o Código Civil já enumera as possibilidades, como pela permanência duradoura da pessoa em seu domicílio, assim também entende Luiz Olavo Baptista, em obra já citada¹⁰.

Agora passemos a tratar dos elementos de conexão relacionados aos contratos. Esses referem, exclusivamente, ao contrato e são baseados em momentos importantes da vida de um contrato. O momento de sua formação e de sua execução, ambos indicando o local onde esses fatos ocorrem.

⁹ Op. cit. 2003, p. 149.

¹⁰ Op. cit., 1994, p. 36

O elemento de conexão relacionado ao momento de formação é o mais utilizado, não só no nosso país, mas também há registro de uso pelos regulamentos jurídicos da Austrália e da Itália.

Local de formação, em tese, é o local onde as partes assinam o contrato e o finalizam. Todavia, nos dias atuais, com a larga utilização da tecnologia das comunicações e a facilidade de mobilização dos empresários fica difícil precisar o local exato onde o contrato se formou.

Na tentativa de solucionar tal aspecto, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no artigo já citado (art. 9º § 2º), interpretando-se de maneira diversa da já apresentada, mais precisamente a parte final do dispositivo, dispõe que o contrato se diz celebrado no local onde residir o proponente.

Aqui utilizemos o esclarecimento feito acima, proponente é aquele que faz a oferta. Então podemos afirmar que o contrato será constituído no mesmo local onde residir o ofertante. Entretanto, esqueceu-se o legislador de prever hipótese muito utilizada nos dias atuais, a contraposta, como bem lembra Luiz Olavo Baptista¹¹.

Esqueceu-se, ainda, de mencionar as hipóteses em que tanto a oferta quanto à aceitação são feitas em lugares diversos dos desejados ou estabelecidos para tal ato. Referido autor, ainda, diz que no segundo caso, não se pode levar em conta tal critério de conexão, pois, na maioria das vezes, não expressa a real vontade da parte.

É de se ressaltar que a regra *locus regit actum* não é obrigatória. Para ser invocada devem ser observados dois pontos cruciais. O primeiro deles diz respeito à aceitação do objeto pelo país no qual se finaliza. O segundo ponto refere-se ao lugar em que ocorre a emissão da vontade de contratar, a declaração e a assinatura do contrato.

Aqui, cumpre destacar, que a nosso ver tal elemento não deve ser utilizado como regra, uma vez que existem inúmeras hipóteses que podem ocorrer e não condizer com a vontade real das partes em contratar naquele local de formação.

¹¹ Op. cit., 1994, p. 30

Já o elemento de conexão que diz respeito ao momento de execução do contrato está descrito no § 1º, artigo 9º da LINDB, que dispõe:

“Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas às peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.”¹²

Sobre esse elemento de conexão, pensamos que a escolha de tal critério, na maioria das vezes, não será acidental, uma vez que as partes, até mesmo para a segurança do negócio, não escolherão aleatoriamente o local para a execução, já que procuram sempre por segurança jurídica ao realizar o negócio, corrobora com tal entendimento Luiz Olavo Baptista¹³.

A escolha sempre decorrerá da vontade das partes. Mesmo no caso de haver mais de um local de execução do contrato. Nesse caso, as partes deverão eleger o local que entendem ser o principal deles, caso não o façam caberá ao juiz determinar, conforme a análise do caso concreto.

Ademais, sobre esses elementos de conexão, cabe salientar que o juiz apenas recorrerá a estes elementos se as partes não estipularem, de acordo com suas vontades, o local e a lei aplicável ou, caso ocorra divergências durante a execução do contrato.

Existe, ainda, outra regra de conexão relacionada às partes, é o elemento de conexão da nacionalidade, todavia, tal elemento não será tratado neste trabalho, uma vez que o nosso sistema jurídico não o utiliza como regra. Tal elemento é muito utilizado em países de sistema *Common Law*, e nos países da União Européia.

1.3 Formação e Extinção dos Contratos

Como vimos no tópico acima, necessário se faz saber com precisão o momento e o local de formação e execução dos contratos, a fim de esclarecermos qual a lei será aplicada ao conflito no caso concreto. Ainda, cumpre esclarecer que neste tópico do trabalho utilizaremos

¹² BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657 de 04.09.1942. Lei de Introdução às Normas do direito Brasileiro. Lex: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acesso em 12.01.2013.

¹³ Op. cit. 1994, p. 34

a Convenção de Viena Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional para elucidar as possibilidades de formação e extinção do contrato internacional.

Ademais, se deve ter em mente, que o momento de formação do contrato é significativo ao processo, pois em tal ato as partes irão fazer o verdadeiro ajuste com relação à sua vontade. Ainda, é a partir deste momento que os contratos passarão a produzir seus efeitos.

Como anteriormente já tratamos de quem pode ser parte nos contratos internacionais, agora trataremos dos momentos de formação dos contratos e do lugar de formação. Todavia, antes de explanarmos sob tal ponto, devemos esclarecer que há duas modalidades de formação dos contratos: instantânea e prolongada, como bem lembra Maristela Basso.¹⁴

Nos dizeres da autora citada, “contrato de formação instantânea é aquele que após a sua apresentação é lido e assinado.” Já o de formação prolongada, “é aquele em que há troca de propostas.” Dentro dessa divisão, há uma subdivisão que se refere à presença ou ausência das partes no momento em que se firma o contrato.

Assim, dizemos que existe a aceitação mediante comunicação direta e indireta. Após o explanado acima, podemos concluir que a direta ocorrerá entre presentes e a indireta, ocorrerá entre ausentes.

Dessa feita, os contratos firmados através de comunicação direta se constituem no momento em que se aceita a oferta. E o local de formação será o local no qual se encontram proponente e aceitante.

Já no âmbito internacional, a UNCITRAL (Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Viena - 1980), utilizada em muitos países, mas não incorporada pelo Direito Brasileiro, dispõe que o contrato será constituído quando ocorrer aceitação da oferta que deverá ser dirigida à pessoa determinada e suficientemente precisa indicando a vontade do autor em contratar.

¹⁴ BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão e prática*. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 73.

Todavia, problema surge quando se fala do momento e local de formação dos contratos entre ausentes no âmbito internacional, em que se utiliza da informática para a concretização do contrato, já que no âmbito nacional e sendo utilizados meios como o telex, telefax, ou telefone, deve utilizar as regras existentes para a formação dos contratos entre partes não fisicamente presente, como lembra Maristela Basso.¹⁵

Destarte, na tentativa de solucionar o embate no âmbito internacional, grandes organismos internacionais, têm refletido sobre a questão da utilização a informática na prática dos contratos internacionais, criando inclusive comitês com o objetivo de analisar as soluções encontradas nos ordenamentos nacionais.

A própria ONU, ao editar a UNCITRAL, estabelece requisitos essenciais à constituição do contrato. Para tanto leva em conta os momentos de chegada da oferta e da aceitação. Ainda, o mesmo diploma, trata da possibilidade da contraproposta, da contagem dos prazos para a aceitação, bem como dos efeitos da aceitação tardia dentre outros aspectos essenciais da compra e venda internacional de mercadorias.

A seguir trataremos do princípio da autonomia da vontade das partes, princípio que diz muito no momento de redação e negociação entre as partes.

1.3.1 Autonomia da Vontade

Nos contratos internacionais o princípio da autonomia da vontade das partes é largamente utilizado, e limita-se somente à manutenção da ordem pública e que o objeto do contrato não seja ilícito ou impossível.

Dessa forma, pode-se dizer que a autonomia da vontade das partes no contrato internacional é limitada. A autonomia cerca-se somente dos elementos limitadores citados acima, quais sejam, ordem pública e objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Sobre a ordem pública, discute-se se esta deve ser interna ou internacional. A nosso ver, e em consonância com entendimento de Irineu Strenger, ambas deve ser observadas. A internacional, pois caso seja desprezada o contrato não valerá no local onde produzirá efeitos,

¹⁵ Ibid, 2002, p. 78-79

e a interna, pois é ela que dará base para que a ordem pública externa aceite o contrato internacional, em outras palavras, será a base para o âmbito internacional.

Ademais, conforme bem ensina Irineu Strenger¹⁶, as limitações à liberdade jurídica individual, são admitidas em sentido lato, obedecida às restrições impostas pela ordem pública, porque o Estado não pode ser uma camisa de força que priva os cidadãos e os estrangeiros de toda a ação e movimento. Assim, a liberdade abrange não somente o direito privado, mas também o direito público e a sociedade política, não impondo suas leis às pessoas, a não ser para atender o bem comum.

Já com relação à licitude do objeto, esta deverá ser observada levando-se em conta a lei interna do país no qual o contrato produzirá efeitos ou será executado, pois sem essa atenção, estaremos correndo o risco de o contrato não poder ser executado ou produzir efeitos naquele país. Isso ocorrerá, porque há casos em que existe lei interna proibindo a comercialização de certos produtos ou execução de serviços naquele país.

1.3.2 Formas de extinção

Com relação às formas de extinção dos contratos internacionais, podemos destacar que esta é a fase subsequente à formação, sendo o momento no qual, o contrato passará a reger os compromissos assumidos pelas partes quando da formação deste.

Ademais, cumpre esclarecer que as formas de extinção dos contratos são disciplinadas pelo direito interno, uma vez que cada país adotará as maneiras que lhe for conveniente, segundo seus princípios legais e/ou costumes.

A primeira forma de extinção do contrato que trataremos aqui, diz respeito à execução do contrato. Com esta, o contrato será extinto pela execução. Depois de cumprida a obrigação estabelecida pelo contrato, este se extinguirá.

Ainda, no direito brasileiro, há a possibilidade de extinção do contrato pelo não cumprimento da obrigação, a também chamada resolução que ocorrerá quando houver fatos supervenientes, independentes da vontade das partes. É o chamado caso fortuito ou força maior.

¹⁶ STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. São Paulo, LTr, 2003, p. 857

Há, também, a extinção por vontade de um ou de ambos os contratantes, sendo possível nesses casos, à possibilidade de se requisitar perdas e danos a depender de quem deseja extinguir o contrato. O pedido somente é possível se uma das partes quiser rescindir o contrato. Se ambas o desejarem não há que se falar em perdas e danos, pois houve acordo entre elas para cessar os efeitos do contrato.

Têm-se, também, como modo de finalização do contrato a rescisão e a cessação. Na rescisão fica patente a lesão de um dos contratantes, pois as prestações e contraprestações não são equivalentes. Já a cessação ocorrerá quando um dos contratantes morrerem, isso somente no caso em que a obrigação a ser cumprida for personalíssima, se não o for, os herdeiros poderão dar continuidade ao contrato.

As formas de execução acima apresentadas estão embasadas nos ensinamentos de Silvo Salvo Venosa¹⁷. Optamos por tal autor, por entendermos que suas colocações a respeito do tema são as de melhor compreensão, apesar de não utilizarmos à mesma nomenclatura que o autor emprega.

No âmbito internacional, a UNCITRAL enumera duas possibilidades de extinção do contrato de trabalho, ambas previstas no direito nacional, eis-las: violação antecipada do contrato com prestações sucessivas e exoneração.

A possibilidade de violação antecipada do contrato com prestações sucessivas está descrita nos artigos 71 a 77 da Convenção. Destes retira-se que caso tal hipótese ocorra, a parte que não deu causa à violação pode declarar a resolução do contrato, desde que tal violação interfira na execução total do contrato. Cabe, ainda, à parte prejudicada o pedido por perdas e danos, que não pode exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato.

Já a exoneração, ocorrerá quando houver inexecução de qualquer obrigação do contrato, desde que fique provado que tal inexecução ocorreu devido a um impedimento alheio à vontade da parte que inadimpliu.

¹⁷ Op. cit. 2005, p.499-509

1.4 Classificação dos Contratos

Comumente, classificamos os contratos em função de sua formação, das obrigações que originam, das vantagens que podem trazer, da realidade da contraprestação, dos requisitos exigidos para a formação, do papel que tomam na relação jurídica, do modo de execução, do interesse na pessoa que se contrata, da sua regulamentação legal ou não.

Assim, na lição de Fran Martins¹⁸, temos os contratos consensuais ou reais, bilaterais ou unilaterais, gratuitos ou onerosos, comutativos ou aleatórios, instantâneos ou de execução continuada, *intuitu personae* ou impessoais, nominados ou inominados e típicos ou atípicos.

Assim, vejamos o que significa cada uma das categorias descritas acima, que em regra, classificarão os contratos a serem apresentados.

1.4.1 Consensuais ou reais

Dizem-se consensuais aqueles contratos que se concluem pela simples vontade das partes; pelos seus consentimentos. O consentimento que aqui tratamos não é o mesmo consentimento que as partes devem expressar para contratar, mas aquele que cria obrigações para as partes, pelo seu simples consentimento.

Serão chamados de reais aqueles contratos que dependem não só do consentimento das partes, mas também para que se efetive é necessária à entrega de uma coisa, do latim *res*.

1.4.2 Unilaterais ou bilaterais

As obrigações que emergem dos contratos deverão ser cumpridas para que a relação jurídica produza seus efeitos. Assim, essas obrigações poderão ser apenas para um das partes, ou para as duas. Quando as obrigações tiverem que ser cumpridas apenas por uma das partes, classifica-se o contrato como unilateral.

Todavia, quando as obrigações tiverem que ser cumpridas por ambas, o contrato será denominado bilateral. Aqui, devemos destacar que não podemos confundir bilateralidade dos contratos com o número de partes dela participante. A bilateralidade aqui tratada, como já

¹⁸ Op. cit. 2001, p. 85

explanada, diz respeito aos efeitos decorrentes do ajuste das vontades, e não à quantidade de partes no contrato que deverá ser no mínimo duas.

1.4.3 Gratuitos ou onerosos

O contrato gratuito, ao contrário do que se pode imaginar, não significa que não vá se despendar dinheiro. Entende-se por gratuito aquele contrato cuja vantagem caiba apenas a uma das partes.

Já o contrato oneroso, é aquele no qual haverá proveito para ambas as partes.

1.4.4 Comutativos ou aleatórios

Nos contratos onerosos as prestações poderão ser certas ou incertas. Quando estivermos diante de um contrato com prestações e contraprestações certas, dizemos que este é comutativo.

Entretanto, se estivermos diante de um contrato onde as prestações a serem cumpridas são incertas ou puderem deixar de existir em virtude de acontecimento incerto e futuro, estamos diante de um contrato aleatório.

1.4.5 Solenes ou não solenes

Solenes ou formais são os contratos cujo aperfeiçoamento ou formação depende de forma descrita em lei, como é o caso do contrato de franquia, por exemplo, que para ser válido a lei determina que ele seja por escrito.

Não solenes ou informais são aqueles que não devem cumprir nenhum requisito.

1.4.6 Instantâneos ou de execução continuada

Contratos instantâneos são aqueles nos quais as prestações são concluídas em um único momento, seja ele imediatamente após a conclusão do acordo ou não.

Já os contratos de execução continuada são assim chamados, pois as prestações ou contraprestações são contínuas, duradoras.

1.4.7 *Intuitu personae* ou impessoais

Há contratos em que o consentimento só é dado em razão da pessoa com quem se contrata, enquanto em outros pouco importa com quem se contrata. Nesses, o que vale é o objeto do contrato e sua execução.

Dessa feita, aos primeiros damos o nome de *intuitu personae* ou pessoais, e aos outros damos o nome de impessoais. Geralmente, nos contratos onde a obrigação é de fazer, são denominados pessoais, pois, em regra, só se contrata com quem realmente se deseja que execute o objeto do contrato. Ainda, corrobora com nosso entendimento nesse sentido Sílvia Venosa¹⁹.

1.4.8 Típicos ou atípicos

Entende-se por típico ou nominado o contrato para o qual já existe regra própria e denominação estipulada em lei. Ao contrário, diz-se dos contratos atípicos, uma vez que não possuem legislação própria ou regulamentação.

É de se ressaltar que optamos por utilizar os mesmos termos usados por Fran Martins²⁰ por concordarmos com a nomenclatura utilizada, e pelas razões apresentadas pelo referido autor.

A seguir, falares um pouco sobre o histórico e a conceituação dos tipos contratuais que elegemos para apresentar neste trabalho, sendo este primeiro capítulo de fundamental importância para a elucidação dos conceitos e dos aspectos atuais referentes aos Institutos a serem apresentados.

¹⁹ Op. cit, 2003, p.419

²⁰ Op. cit, 2001, p.85-90

CAPÍTULO 2

BREVE HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

2.1 Do Contrato de Master-Franquia

2.1.1 Histórico:

Alguns doutrinadores entendem que a palavra franquia originou-se do termo em francês *franc* que significa a transferência de um direito ou outorga de privilégio ou autorização.

Lina Fernandes²¹ defende a idéia de que a franquia surgiu na Idade Média, que sua derivação *franchisage* se explica, pois àquela época existiam as cidades francas onde pessoas e bens podiam circular livremente isentas do pagamento de impostos ao rei ou à Igreja.

Todavia, é pacífico entre os doutrinadores que a prática comercial da franquia como conhecida atualmente surgiu de forma rudimentar nos Estados Unidos, após a Guerra da Sucessão, em 1860, quando a companhia fabricante de máquinas de costura *Singer Sewing Machine* obteve êxito na experiência de expansão comercial, conforme bem destaca Luiz Felizardo Barroso²².

Na época, a intenção da companhia era expandir seus negócios. Para tanto, credenciou proprietários independentes para comercializar sua linha de equipamentos. Os mesmos podiam desfrutar do prestígio do nome Singer.

Ainda, antes da Primeira Guerra Mundial, a *General Motors* passou a utilizar o sistema para ampliar sua rede de venda e revenda de carros. No ano seguinte, em 1899, foi a Coca – Cola quem passou a outorgar franquias para o engarrafamento e distribuição dos refrigerantes fabricados.

Entretanto, após essas experimentações de sucesso, o sistema de franchising passou a ser amplamente utilizado e desenvolvido com as características próprias e que hoje temos, após a metade do século XX, no pós Segunda Guerra Mundial, quando uma grande massa de combatentes retornava aos Estados Unidos, determinados a serem seus próprios patrões.

²¹ DAHAB, 1996. apud FERNANDES, Lina. Do Contrato de Franquia. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 46.

²² BARROSO, Luiz Felizardo. *Franchising e Direito*. 2ª ed. rev. e atual. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2002, p.16

O que não faltava a esses bravos homens era talento e garra. Contudo, possuíam pouco dinheiro e experiência profissional. Assim, encontraram no sistema de franquia a saída para o desemprego e problemas socioeconômicos que atingiam os países que participaram da guerra.

Dessa forma surgiram franquias famosas e conhecidas até os dias atuais, são elas: *Burger King*, *Mc Donald's*, *Dunkin' Donouts*, *Hertz Rent – a – Car* (surgiu em 1921), entre outras.

Quanto às franquias nacionais, encontramos a marca de calçados *Stella* como pioneira do sistema de franquias no Brasil, quando em 1910, sem saber que o estava fazendo, o empreendedor Arthur de Almeida Sampaio, o colocou em prática, selecionando representantes comerciais, que faziam todos os investimentos para a instalação das lojas, permitindo aos investidores o uso da marca reconhecida no mercado.

Porém, o crescimento da utilização do sistema no país se deu em meados da década de 60, quando a escola de idiomas *Yázigi* lançou franquias no mercado. Nos anos 70 existiam franquias da *Master-Pizza*, *O Boticário* e *Água de Cheiro*, entre outras.

Ademais, em 1987, surge a Associação Brasileira de Franquia – ABF, cuja missão é divulgar, defender e promover o desenvolvimento técnico e institucional deste moderno sistema de negócios. Dentre seus objetivos está o de estabelecer padrões para a prática de franchising no Brasil, de modo a moralizar o mercado a garantir a seriedade do sistema.

Já em 15 de dezembro de 1994, foi sancionada a Lei nº 8.955, que dispõe sobre o contrato de franquia empresarial, com o fim de disciplinar tal instituto e apresentar possíveis soluções para a interpretação do contrato no caso concreto.

2.1.2 Conceito

Como veremos adiante, vários são os conceitos existentes, tanto no âmbito nacional, quanto no internacional. Começaremos apresentando os conceitos formulados por doutrinadores e instituições brasileiras. Em seguida abordaremos os conceitos de juristas e instituições internacionais.

No âmbito interno destacamos primeiramente o entendimento de Luiz Felizardo Barroso de que:

Franchising é o sistema de distribuição mais bem concebido até hoje, em que direitos de uso da marca e da tecnologia de negócios de uma empresa (franqueadora) são concedidos, contratualmente a terceiros (franqueados), mediante determinadas condições: pagamento de taxas para ingresso no sistema do franqueador e de *royalties*, determinado percentual sobre as vendas que franqueado paga periodicamente ao franqueador.²³

Já Lina Fernandes em sua obra “Do Contrato de Franquia”, após citar vários doutrinadores do ramo, entende que:

Franquia é o contrato pelo qual uma pessoa jurídica, denominada franqueador, concede a uma pessoa física ou jurídica, denominada franqueado, o direito de uso de uma marca de franca aceitação pública e de outros bens objetos de propriedade intelectual e o direito de distribuição, com ou sem exclusividade, de produtos e/ou serviços, numa determinada área geográfica com transferência de *know – how* e assistência técnica permanente, mediante o pagamento de uma remuneração sem qualquer vínculo de subordinação entre as partes.²⁴

Adalberto Simão Filho conceitua o presente instituto como:

Sistema que visa a distribuição de produtos, mercadorias ou serviços em zona previamente delimitada, por meio de cláusula de exclusividade, materializado por contrato(s) mercantil(is) celebrado(s) por comerciantes autônomos e independentes, imbuídos de espírito de colaboração estrita e recíproca, pela qual mediante recebimento de preço inicial apenas e/ou prestações mensais pagas pelo franqueado. O franqueador lhe concederá, autorizará ou licenciará para uso comercial propriedade incorpórea constituída de marcas, insígnias, título de estabelecimento, *know how*, métodos de trabalho, patentes, fórmulas, prestando-lhe assistência técnica permanente no comércio específico.²⁵

Para Fran Martins franquia é:

²³ Op. cit., 2002 p. 01

²⁴ Op. cit, 2000 p. 52

²⁵ FILHO, Adalberto Simão. *Franchising: aspectos jurídicos e contratuais*. 2ª ed. Atlas: São Paulo, 1997, p. 35

O contrato que liga uma pessoa a uma empresa para que esta mediante condições especiais conceda à primeira o direito de comercializar marcas ou produtos de sua propriedade sem que contudo, essas estejam ligadas por vínculo de subordinação.²⁶

Finalmente, Jorge Lobo diz que:

Franchising é o contrato de cessão temporária de uso de marca, para fabricação ou venda de produtos ou serviços que o franqueador faz ao franqueado, com ou sem exclusividade em determinada área geográfica, mediante remuneração, que pode consistir numa taxa inicial de ingresso, num percentual sobre o faturamento, ou de ambos, com garantia de assistência técnica podendo, ainda, abranger, conforme o tipo de atividade, a elaboração de um projeto para construção e reforma das instalações do estabelecimento, mobiliário, cores, maquinaria, etc. (*engineering*), o treinamento do pessoal do franqueado e montagem da organização contábil e administrativa (*management*) e o estudo do mercado em potencial, publicidade, vendas promocionais e lançamento de produtos (*marketing*).²⁷

A instituição que destacamos para apresentar o conceito de franquia foi a Associação Brasileira de Franquia – ABF, que a conceitua da seguinte forma:

Franchising é um sistema por meio do qual uma empresa possuidora de *know how* de produção e/ou distribuição de determinado produto ou serviço, sendo também normalmente possuidora de marca conceituada, cede a terceiros, possuidores de capital, o direito exclusivo de distribuição de seus produtos ou serviços em determinado local ou região, por determinado período fixado, seguindo seus padrões de operação.

Ainda, a Lei nº 8.955/94, em seu artigo 2º, define a franquia da seguinte maneira:

Art. 2º - Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvido ou detido pelo franqueador, mediante remuneração

²⁶ Op. cit, 2001, p. 486.

²⁷ LOBO, Jorge. *Contrato de Franchising*. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003, p. 32.

direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício.²⁸

Já no âmbito internacional, também elegemos conceitos entre os apresentados por doutrinadores e por instituições de respeitável conhecimento internacional. Primeiramente apresentaremos os conceitos das instituições e em seguida os dos juristas.

O primeiro conceito é o da *International Franchise Association* – IFA apresenta a seguinte definição:

Uma operação de franquia é uma relação contratual entre o franqueador e o franqueado, na qual, o franqueador oferece, ou é obrigado a manter, uma atenção permanente ao negócio do franqueado em áreas como *know how* e treinamento. Na operação de franquia o franqueado opera sob uma marca, um formato e/ou procedimentos comuns, de posse ou controlados pelo franqueador, e o franqueado fez, ou fará um investimento substancial de capital no seu negócio, utilizando seus próprios recursos.²⁹

Já para a *US Department of Commerce Franchising*:

É um método de fazer negócio, no qual é conferido a um franqueado o direito de produzir ou vender mercadorias ou serviços sob uma formatação mercadológica definida pelo franqueador. O franqueador concede ao franqueado o uso de sua marca registrada, de seu nome e sua publicidade.³⁰

Ainda, o Tribunal de Apelação de Paris, conceitua franquia dizendo:

O *franchising* define-se como um método de colaboração entre duas ou várias empresas comerciais uma franqueante e outra franqueada, em que a primeira, proprietária de um nome de razão social conhecida, de sinais, símbolos marcas de fábrica comercial ou de serviços, bem como de *know how* particular, põe à disposição da outra o direito de utilizar mediante um *royalty* ou uma entrada percebida, um conjunto de produtos ou serviços, originais e específicos, para explorá-los obrigatória e totalmente segundo técnicas comerciais experimentadas, postas em uso e periodicamente recicladas, de forma exclusiva, a fim de conseguir melhor impacto no mercado e obter acelerado desenvolvimento da atividade comercial das empresas

²⁸ BRASIL, Lei n. 8.955 de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Lex: Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm. Acessado em 12.01.2013.

²⁹ Op. cit., 2000 p. 52.

³⁰ Op. cit., 2003 p. 29-30

contratadas; esse contrato pode supor uma ajuda industrial, comercial ou financeira, permitindo a integração da atividade comercial do franqueante com respeito ao franqueado iniciado em uma técnica original e *know how* fora do comum, e permitindo a manutenção da imagem da marca, do serviço ou do produto vendido e o desenvolvimento da clientela a menor custo e com maior rentabilidade das partes que conserva, juridicamente independência total.³¹

A *British Franchise Association*, define a forma de franquia mais utilizada naquele país e no mundo como:

*...is the granting of a license by one person (the franchisor) to another (the franchisee), which entitles the franchisee to trade under the trade mark/trade name of the franchisor and to make use of an entire package, comprising all the elements necessary to establish a previously untrained person in the business and to run it with continual assistance on a predetermined basis.*³²

Dentre os doutrinadores destacamos três. Para Jean Guyenot, o *franchising* pode ser definido como “concessão de uma marca de produtos ou de serviços que se agrega à concessão de um conjunto de métodos e meios de venda.”³³

Já Didier Ferrier apresenta o seguinte conceito:

Um contrat autorisant des distributeurs, les franchisés, à commercialiser des produits ou services sous la marque, selon le savoir-faire et sous les directives d’un franchiseur en vue de réitérer sa réussite commerciale, le tout pouvant être désigné par l’expression de “système franchise.”³⁴

Finalmente, mas não menos importante apresentamos a definição de Lluís Cardelús. Para ele, o *franchising*, em Direito Espanhol, é:

³¹ CARDELÚS, 1988, apud. FILHO. Op. cit., p. 30

³² British Franchise Association. Disponível em: <http://www.thebfa.org/about-franchising>, Acessado em 18.01.2013. Tradução livre da autora: é a permissão de licença por uma pessoa (o franqueador) a outra (o franqueado) que é denominada franquia para negociar embaixo de marca ou em nome do franqueador e fazer uso de todo o pacote, incluindo todos os elementos necessários para estabelecer previamente uma pessoa inexperiente no comércio e para a sucessão com contínua assistência pré determinada no princípio.

³³ GUYENOT, 1977, apud, SIMÃO, op. cit., p. 27

³⁴ FERRIER, 1995, apud FERNANDES, op. cit., p. 51. Tradução do texto citado: um contrato que autoriza os distribuidores, os franqueados, a comercializar produtos ou serviços sob a marca, segundo o know how e sob as direções de um franqueador com o objetivo de reiterar seu sucesso comercial, e esse conjunto de procedimentos pode ser designado pela expressão “sistema franqueado”.

Um contrato mercantil atípico, bilateral e sinalagmático, em que uma das partes franqueante (*franchisor*), cede a outra, franqueado (*franchisee*), um produto e conhecimentos técnicos para a exploração daquele assessoramento constante e, em contraprestação, percebe do franqueado um preço inicial mais uma porcentagem, sobre suas vendas, ou só esta última.³⁵

Ante todos esses conceitos apresentados, a nosso ver, a franquia é o procedimento jurídico no qual se transfere temporariamente o direito de uso de direitos materiais e imateriais, a fim de que o franqueado comercialize bens, produtos e serviços seguindo-se os padrões determinados pelo franqueador. É de se ressaltar que tal procedimento é oneroso.

Todavia, o que nos propusemos a tratar neste trabalho não diz respeito ao contrato de franquia, como todos nós o conhecemos, mas sim a um tipo específico desse contrato muito praticado pelos empresários internacionais: o contrato de master franchising.

Assim, apresentaremos alguns conceitos de master franquia elaborados por doutrinadores brasileiros.

Para Adalberto Simão Filho, a master franquia se caracteriza quando:

O franqueador contrata outrem para que este, por sua vez, subfranquie terceiros denominados franqueados que obedecerão a todos os padrões impostos pelo pacote de franchise que adquiriram³⁶.

Irineu Strenger, diz que:

A *master franchisee* é empresa ou eventualmente pessoa física a qual se confere da parte do *franchisor* o encargo de preencher as funções de *franchisor* em face da rede *franchisee* em um determinado território.³⁷

Destarte, concluímos que a master franquia é o contrato no qual uma pessoa física ou jurídica (master franqueado) recebe autorização de uma pessoa jurídica (master franqueador), para negociar e gerenciar o uso de direitos materiais e imateriais com outras pessoas (sub-

³⁵ CARDELÚS, 1988, apud. FILHO, 1997, p. 28

³⁶ Op. cit., 1997 p. 47.

³⁷ STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 317.

franqueados), em determinada região, e por determinado prazo, sempre mediante o pagamento de taxas que serão estipuladas em contrato.

2.2 Do Contrato de *Joint-venture*

2.2.1 Histórico

O contrato de *joint-venture* tem origem no direito anglo – saxônico. Surgiu nos Estados Unidos a partir de uma forma de associação empírica, aplicada em campos do direito interno, atingindo posteriormente, a universalidade de seu uso nos negócios internacionais.

A principal intenção do contrato de *joint-venture*, à época, era ludibriar a proibição existente de que uma sociedade anônima fosse sócia de uma sociedade de outro tipo.

No direito inglês a *joint-venture* tinha conotação de aventura conjunta, ligada a um contrato de navegação, visando auferir lucro com um negócio ultramarino, de exportação/importação. No entanto, a lei inglesa nunca concebeu a *joint-venture* como figura autônoma, própria, assumindo esse caráter pessoal, sendo referida como *particularized partneship*. *Partnership* – do inglês *to part*, do latim *partiri*, em português partir ou compartilhar – designa a relação existente entre duas ou mais pessoas que realizam um negócio em comum, e a relação destes com terceiros.

No final do século XIX, as *joint-ventures* foram sendo constituídas, em regra, sob a forma societária, e com objetivo, dentre outros, o de construir estações em comum, uma vez que em sua grande maioria eram realizadas no setor ferroviário.

Já no século XX, passaram a ser largamente constituídas pelas indústrias do ramo petrolífero, tendo como objetivo principal a pesquisa e o desenvolvimento conjunto. Posteriormente, estende-se à indústria do aço e assume o papel de suma importância para o desenvolvimento do setor.

Marco Aurélio Valério, citando Andréa Astolfi³⁸, defende que as *joint-ventures* surgiram na segunda metade do século XIX, onde os tribunais, através de sucessivas decisões

³⁸ ASTOLFI, apud VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Cláusula compromissória nos contratos de joint venture*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4175/clausula-compromissoria-nos-contratos-de-joint-venture>. Acesso em: 15.12.2012.

jurisprudenciais começaram a delineá-lo apontando para uma identificação das características desse instituto.

É de se notar que as *joint-ventures* estão em constante desenvolvimento principalmente após a Segunda Guerra Mundial, sendo considerada instrumentos fundamentais para a realização de negócios internacionais.

Ainda, na Europa, segundo alguns doutrinadores, o termo *joint-venture* seria usado para indicar a forma de cooperação entre dois ou mais partícipes, da qual o efeito primitivo seria a criação de meios para facilitar a união de interesses ou a troca de recursos.

Portanto, após tais explanações, podemos concluir que, *joint-venture* é figura sem nome equivalente em nosso vernáculo, mas entendido pelos autores como contrato de colaboração entre empresas.

2.2.2 Conceito

Por se tratar de um conceito que está em ampla evolução, pois sua criação advém da prática e não da legislação ou da doutrina, é muito difícil definir em termos específicos o que é *joint-venture*.

Assim, serão expostos conceitos que descrevem, em termos gerais, o que é *joint-venture*, dando maior ênfase às características que já fazem parte do consenso dos autores.

Para Carlos Alberto Ghersi, o contrato de *joint-venture* é:

Aquele pelo qual, um conjunto de sujeitos de direito, nacionais ou internacionais, realizam aportes das mais variadas espécies, que não implicam na perda da identidade e individualidade como pessoa jurídica ou empresária, para a realização de um negócio em comum, podendo ser este desde a criação de bens até a prestação de serviços que se desenvolverá por um lapso temporal limitado, com a finalidade de obtenção de benefícios econômicos e financeiros, ou simplesmente valorização nominal.³⁹

³⁹ GERSY, 1998, apud MALUF, Clóvis A. e MIRANDA, Maria B. *Os Contratos de Joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas*. Disponível em: www.clovismaluf.com.br/artigos/artigo00.htm. Acessado em: 12.01.2013

Já Eros Roberto Grau, citado por Isabel Maria Medeiros e Araújo, afirma que:

Inexiste o conceito jurídico de *joint-venture* como produto de reflexão, suma de idéias, signo ou ponto terminal de norma jurídica, já que esta figura, como tal, não é contemplada em nosso ordenamento jurídico positivo.⁴⁰

Luiz Olavo Baptista, citado por Marco Aurélio Gumieri Valério, diz que:

Os contratos de *joint-venture* são criados a partir de um acordo-base em torno do qual gravitam os contratos satélites, sendo seus objetivos realizados por um órgão de gestão e controle que pode ser uma pessoa física ou jurídica, mandatária, formal como uma sociedade por ações, ou informal, como o gerente de um consórcio.⁴¹

Já Maristela Basso, em sua obra *Joint-ventures: Manual Prático das Associações Empresárias* conceitua tal instituto como:

Forma ou método de cooperação entre empresas de um mesmo país ou de países diferentes, sendo usada na linguagem comercial para designar qualquer acordo empresarial para a realização de um projeto específico, uma aventura comum, independente da forma jurídica adotada: societária, quando constituir terceira pessoa jurídica para a realização do empreendimento comum, ou somente contratual, quando o acordo entre os parceiros não dá nascimento a uma pessoa jurídica independente.⁴²

Ainda, Antônio Carlos Nasi, ao fazer breve análise acerca dos contratos de *joint-venture*, e de concentração empresarial afirma que:

Joint-venture é um instrumento jurídico que estabelece as regras de relacionamento entre duas ou mais empresas, sem interferir na estrutura societária, restringindo-se aos aspectos operacionais.⁴³

⁴⁰ GRAU, apud, ARAUJO, Izabella, NETO, Kátia e SANTOS Otacílio. *Aspectos Tributários das Joint ventures no Direito Brasileiro e seus reflexos na Indústria do Petróleo*. Disponível em: http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0247_05.pdf. Acessado em: 12.01.2013.

⁴¹ BAPTISTA, apud, VALÉRIO op. cit.

⁴² BASSO, Maristela. *Joint ventures: Manual prático das associações empresariais*. 3ª ed. rev. e atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002, p. 15.

⁴³ NASI, Antônio Carlos. *Incorporação, Fusão, Cisão e Joint venture: o que é, quando fazer e quando não fazer*. Disponível em: http://www.nardonnasi.com.br/images/stories/artigos/pdf/Incorporacao_Fusao_Cisao_Joint-Venture.pdf. Acessado em: 15.01.2013.

Finalmente, Irineu Strenger não fornece a seus leitores um conceito definitivo do que vem a ser o contrato de *joint-venture*, apenas “em consonância com a orientação norte americana afirma que”:

Encontramos na *joint-venture*, uma fórmula contratual que consiste na instauração de uma relação de colaboração ocasional sem determinação obrigatória de um sistema.⁴⁴

Assim, por entendermos como a maioria dos doutrinadores de que não existe um conceito definitivo para o que venha a ser *joint-venture*, o entendimento da autora em relação à *joint-venture* se resume aos elementos essenciais que devem existir no contrato de *joint-venture*. Esses elementos deverão ser observados no caso no qual se insere a discussão se o contrato é ou não constituidor de uma *joint-venture*:

Dessa feita, *joint-venture* pode ser compreendida como contrato temporário, onde duas ou mais empresas se unem com o intuito de constituir nova empresa que, geralmente, deverá executar um trabalho que está além do domínio normal das empresas constituidoras. Em regra, as responsabilidades são limitadas ao capital integralizado por cada empresa.

2.3 Da concentração empresarial

2.3.1 Histórico

O movimento concentracionista começou a ser adotado no nosso país nos últimos anos e assim como no âmbito internacional foi necessário uma intervenção estatal para que se coibissem tais práticas.

O processo concentracionista, ao contrário do instituto anterior, começou a surgir no Pós Revolução Industrial, e tem evoluído consideravelmente desde então, até atingir seu auge nos dias atuais, firmando assim os traços do capitalismo moderno.

Assim, como ocorre na *joint-venture*, Waldírio Bulgarelli defende que a concentração de empresas surgiu para “burlar” as regras, proibições e as dificuldades de ordem fiscal e econômica.⁴⁵

⁴⁴ Op. cit, 1992, p. 350.

⁴⁵ BULGARELLI, Waldírio. *Fusões, incorporações e cisões de sociedades*. 6ª ed. Atlas: São Paulo, 2000, p. 25.

Ainda, o referido autor considera o movimento concentracionista como a forma mais radical e perfeita dentre as modalidades praticadas que antes da Lei das Sociedades Anônimas eram fora da lei.

Para solucionar os problemas que surgiram com a utilização dos institutos concentracionistas, o governo brasileiro foi obrigado a lançar leis de intervenção no mercado econômico e incentivar outros tipos de sociedade, tudo com o intuito de que as empresas se tornassem competitivas no mercado externo.

Por tal motivo, o que não poderia ser diferente, tais institutos atingiram não só o “mundo” jurídico, mas também, o campo societário, em especial nas sociedades anônimas, onde se vê maior aplicação desse processo concentracionista.

Atualmente, não se pode dizer que a prática de fusões e incorporações se dá somente para o crescimento da empresa, como se tinha na idéia simplista, mas também ocorre para diminuir o número de leis existentes contra o abuso do poder econômico.

Ainda, deve-se anotar que o objetivo de tais procedimentos é reorganizar a estrutura societária das empresas.

Oportuno falar que quando se tratar de sociedade anônima devem ser seguidas as regras descritas na Lei de Sociedade Anônima (LSA – Lei nº 6.404/76), e quando se tratar de operação onde não haja empresas desse tipo deverá ser adotado o procedimento descrito no Código Civil (CC – Lei nº 10.406/2002), artigos 1.113 a 1.122.

2.3.2 Conceito

Feitas as considerações acima, passemos aos conceitos. Cumpre esclarecer neste momento que os conceitos serão apresentados separadamente, pois durante todo o trabalho será dado a cada instituto um tratamento especial, porém como foi dito anteriormente, sem a intenção de por fim a todos os aspectos de cada forma de concentração.

2.3.2.1 Cisão

Existe discussão a respeito de a cisão ser realmente uma forma de concentração, uma vez que, na verdade se trata de uma separação.

A nosso ver, trata sim de uma modalidade concentracionalista, pois na cisão não apenas se divide uma empresa, mas também pode ocorrer somente a transferência de uma parcela do capital de uma empresa para outra, como se demonstrará no capítulo seguinte deste trabalho.

Oportuno falar que o Código Civil apenas cita a cisão, não fornece um conceito, ao contrário do que ocorre com a fusão e incorporação que receberam do legislador uma conceituação. Assim, a cisão só se encontra regulada pela Lei das Sociedades Anônimas que em seu art. 229, estabelece que:

Art. 229 da Lei nº 6.404/76: A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.⁴⁶

Diante de tal conceito legislativo, a maioria dos autores ao se referirem a tal instituto apenas reproduzem o que diz a Lei como veremos a seguir.

Rubens Requião, em consonância com o art. 229, da LSA, entende que a cisão é:

A operação pela qual a companhia transfere parcela de seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão total do patrimônio ou dividindo-se o seu capital, se for parcial a versão.⁴⁷

Para Marcelo Bertoldi a cisão ocorre:

Com a transferência de parcela ou do total do patrimônio da companhia para uma ou mais sociedade já existentes ou constituídas para este fim. A cisão pode ser parcial ou total. Será parcial quando ocorrer à versão de apenas parte do patrimônio da sociedade cindida, com a conseqüente redução de seu capital social na proporção de patrimônio transferido. Será total, no entanto, se todo o patrimônio da sociedade cindida for transferido para outras sociedades, acarretando sua extinção.⁴⁸

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976. Dispões sobre as Sociedades por Ações. Lex: Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm. Acessado em: 15.01.2013

⁴⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 23ª ed. atual. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 258.

⁴⁸ BERTOLDI, Marcelo M. *Curso Avançado de Direito Comercial*. v. 1. 2ª ed. rev. e atual Revista dos Tribunais, 2003, p. 391

Segundo Dylson Doria, que também está em consonância com a LSA, cisão é:

A operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades constituídas para esse fim, ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida se houver versão total de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.⁴⁹

Gladston Mamede reproduz o conceito legal e vai além, criticando o conceito formulado pelo legislador em 1976. No seu ponto de vista o conceito legal é muito grande e compreende diversas formas de cisão. Em seguida o referido autor explica as formas autorizadas em Lei para que ocorra a cisão.⁵⁰

Antônio Nasi, em seu trabalho anota que:

A cisão é o instrumento jurídico adotado quando os sócios/acionistas de uma empresa não têm mais interesse em continuar a trabalharem juntos ou quando existem situações operacionais que recomendam uma separação de atividades para determinar um melhor foco nos negócios.⁵¹

Finalmente, para Waldírio Bulgarelli a cisão é:

[...] A operação pela qual uma sociedade transfere parcelas do seu patrimônio a outras sociedades, existentes ou constituídas especialmente para este fim, desaparecendo.⁵²

Diante o exposto, e diferente não poderia ser, entendemos que a cisão é o instrumento da concentração que permite aos sócios/acionistas de uma sociedades por ações, partilharem o patrimônio da empresa, em outras sociedades. Tal divisão poderá ser total, extinguindo-se assim a sociedade ou, ainda, poderá ser parcial, ficando a sociedade com seu patrimônio diminuído.

⁴⁹ DORIA, Dylson. Curso de Direito Comercial. v. 1. 13^a ed. ver. atual. Saraiva: São Paulo, 1998, p. 297.

⁵⁰ MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro. Direito Societário: sociedades simples e empresárias. v. 2. Atlas: São Paulo, 2004, p. 225.

⁵¹ Op. cit. 2007, p. 2.

⁵² Op. cit. 2000, p. 57.

2.3.2.2 Fusão

A grande dificuldade que se tinha para definir a fusão globalmente, como é feita hoje, ocorria, pois se tinha duas formas de defini-la. A primeira delas girava em torno da economia, de onde se tirava o conceito econômico que nada tinha a ver com o conceito jurídico.

Modernamente tal questão foi superada e os autores passaram a apresentar conceitos amplos, que englobam todos os elementos essenciais da fusão. Isso graças a críticas feitas por Ferri, conforme bem acentua Waldírio Bulgarelli, em sua obra *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*.⁵³

Assim, o referido autor não define fusão de forma clara, tão somente, diz que “a idéias da compenetração (agrupação, reunião, integração) de sociedades marca o conceito com suas conseqüências ou efeitos extintivos, constitutivos ou modificativos. [...]”⁵⁴

Mais adiante o autor enumera os elementos essenciais à fusão, são eles: “transmissão patrimonial, englobadamente, com sucessão universal; o ingresso dos sócios das dissolvidas, diretamente, em nova ou na subsistente; e a extinção (dissolução sem liquidação) de ao menos de uma as participantes.”

Por seu turno, Rubens Requião a define da seguinte maneira:

Operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, para formar sociedade nova que lhes sucederá em direitos e obrigações.⁵⁵

Já Fábio Ulhoa conceitua fusão como:

Operação pela qual se unem duas ou mais sociedades, de tipos iguais ou diferentes, para formar nova sociedade que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.⁵⁶

Marcelo Bertoldi diz que:

⁵³ Op. cit.2000, p. 48-49

⁵⁴ Op. cit. 2000, p. 51

⁵⁵ Op. cit. 2003, p. 257.

⁵⁶ COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 16ª ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2005, p. 221-222.

A fusão se apresenta como uma operação de concentração de empresas, na qual unem-se duas ou mais sociedades, resultando desta união uma nova sociedade que, diante da extinção de todas as sociedades envolvidas, lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.⁵⁷

A Lei nº 6.404/76, em seu art. 228, define o instituto:

Art. 228 – A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.⁵⁸

Por outro lado, o Código Civil, que regula as sociedades que não estão abrangidas pela LSA, trata a fusão, no art. 1119 da seguinte forma:

Art.1119 – A fusão determina a extinção das sociedades que se unem, para formar sociedade nova, que a elas sucederá nos direitos e obrigações.⁵⁹

Dessa feita, só nos resta seguir a lei e entender a fusão como a união de duas ou mais empresas, que serão extintas, constituindo uma nova que deverá sucedê-las nos direitos e nas obrigações.

É oportuno por hora diferenciar a fusão da *joint-venture*. A diferença crucial e inconfundível reside no fato de no caso de formação de *joint-venture*, as empresas constitutivas seguirão seu curso exercendo suas atividades, enquanto que na fusão, as empresas se extinguem.

2.3.2.3 Incorporação

Instituto bem semelhante à fusão, porém com acentuada diferença. Na incorporação uma das empresas, a incorporadora, subsistirá, e substituirá as que serão extintas em todos os direitos e obrigações, como veremos a seguir.

Com relação à incorporação, Waldírio Bulgarelli, define o instituto com base no art. 152, do Decreto–Lei n. 2.627 de 1940, que dizia:

⁵⁷ Op. cit. 2003, p. 391

⁵⁸ Op. cit. 1976.

⁵⁹ Op. cit. 2003, p. 219.

É a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.⁶⁰

Dylson Doria reproduz os dizeres do art. 227, da LSA ao afirmar que:

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.⁶¹

Também Gladston Mamede reproduz o texto do art. 227 da LSA e art. 1.116, do Código Civil. Acrescenta que a Lei das Sociedades Anônimas, em seu art. 223, permite que haja incorporação entre sociedades de tipos iguais ou diferentes.⁶²

Finalmente, Marcelo Bertoldi apresenta seu conceito de incorporação da seguinte maneira:

A incorporação trata-se de operação concentração societária em que uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações, mediante a chamada sucessão universal.⁶³

Assim, entendemos a incorporação como ato jurídico pelo qual uma grande empresa assume o controle de outra, extinguindo-se as empresas menores.

A nosso ver tal procedimento concentracionista deveria ser banido do mundo jurídico, pois entendemos que prejudica a concorrência entre as empresas menores que não terão como se manter com tamanha concorrência.

Diante disso, entendemos a importância da existência do CADE, como regulador da concentração empresarial no Brasil.

⁶⁰ Op. cit. 2000, p. 51.

⁶¹ Op. cit. 1998, p. 293.

⁶² Op. cit. 2004, p. 216.

⁶³ Op. cit. 2003, p. 390.

CAPÍTULO 3

NATUREZA JURÍDICA, CLASSIFICAÇÃO E PROCEDIMENTOS DE FORMAÇÃO

3.1 Da Master-Franquia

3.1.1 Natureza Jurídica

Com relação aos contratos de master franquias, cumpre revelar, que o ponto crucial a ser analisado refere-se aos “sub-contratos” que o compõe. Explica-se a utilização da nomenclatura sub-contratos, pois como destacado acima, o contrato de master franquias se realiza com a formação de dois outros contratos.

O primeiro deles refere-se à relação entre o master franqueador e o master franqueado. O segundo rege a relação existente entre o master franqueado e o sub-franqueado. Dessa forma podemos concluir que o contrato de master franquias engloba dois negócios jurídicos em uma relação vertical, como bem lembra José Cretella Neto.⁶⁴

Nessa relação, o contrato de master franquias deverá ser colocado em posição superior a contrato de sub-franquia. Tal relação visa demonstrar a subordinação do vínculo sub-contratual à convenção principal e torna inevitável a dependência do sub-franqueado em relação ao master franqueador.

Igualmente, cumpre ressaltar que o contrato de master franquias, como o contrato de franquias são contratos autônomos e mistos, pois se formam pela junção de elementos contratuais distintos, essencialmente pelos elementos de distribuição de produtos, prestação de serviços, transferência de *know how* e licença de uso de marca.

Bem relembra Aldo Ribeiro Brito ao destacar que na contratação de master franquias a relação será sempre bipartite e nunca tripartite como se pode pensar. Entre o master franqueador e o sub-franqueado existem apenas vínculos emergentes da dependência do contrato de sub-franquia em relação ao de master franchising.⁶⁵

⁶⁴ NETO, José Cretella. *Do Contrato Internacional de franchising*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 151.

⁶⁵ BRITO, Aldo Ribeiro. Contratos de master franchising. Jus Navegandi. Teresina, ano 8, n. 63, mar.2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3876/contratos-de-master-franchising>. Acesso em 16.12.2012.

3.1.2 Classificação

Após a apresentação dos critérios utilizados para a classificação dos contratos, é oportuno esclarecer que esses enquadramentos facilitam a compreensão mais ampla e detalhada de sua natureza.

Dessa feita, podemos classificar os contratos de master franquia como: consensuais, bilaterais, onerosos, comutativos, de execução continuada, pessoais e típicos.

Diz-se que o contrato de master franquia é consensual, pois não se exige das partes nada além do acordo firmado por estas para a sua formação. Bilateral, porque gera efeitos para ambas as partes. Oneroso, uma vez que as vantagens advindas desses contratos são para ambas as partes impondo, ainda, encargos recíprocos. Comutativos, já que as obrigações são certas, pré-determinadas.

Também, classificam-se como solene, pois a lei reguladora deste instituto é determina a forma que deverá ser seguida na formação do contrato. É de execução continuada, pois sua execução é duradoura, a prestação não se extingue em um único ato, mas enquanto durar o contrato. Pessoal, uma vez que não admite qualquer tipo de sub-rogação pessoal, especialmente quanto ao franqueado, como relembra José Cretella Neto.⁶⁶

Por fim, o classificamos como típico uma vez que a Lei n. 8.955 de 1994, criou regulamentação, descrição e nomenclatura para esse contrato. Cumpre esclarecer que até os dias atuais, há doutrinadores, como Lina Fernandes⁶⁷ que entendem que o contrato de master franquia e de franquia são contratos atípicos.

3.1.3 Procedimentos de Formação

O estabelecimento do contrato de master franquia é apropriado em situações em que: há obstáculo para que o franqueador possa comercializar em seu nome; quando houver falta de recursos financeiros ou de pessoal para negociar pessoalmente com os franqueados; casos onde a distância entre o franqueador e o país no qual deseja desenvolver sua rede seja muito

⁶⁶ Op. cit. 2002, p. 40.

⁶⁷ Op. cit. 2000, p. 58

grande; ou casos em que exista grande diferença cultural, lingüística, hábitos, sistema jurídicos, dentre outros, entre o país do franqueador e do franqueado.

Assim, antes de firmar contrato de master franquia, é necessário que o master franqueador atente-se em relação ao master franqueado e vice-versa, verificando se todas as informações exigidas pelo art. 3º Lei de Franquia, foram prestada. Ademais, deve-se atentar às cláusulas essenciais aos contratos de master franquia, são elas:

- Qualificação das partes
- Objeto do contrato;
- Obrigações do master franqueador, do master franqueado e do sub-franqueado;
- Delimitação territorial se for o caso;
- Compra de mercadorias, se necessário;
- Regulamentação do uso da marca;
- Tempo do contrato;
- Regras para a resolução;
- Conseqüências do término do contrato;
- Conseqüência da venda do sistema;
- Indicação do foro competente e lei aplicável;
- Cláusula arbitral, se houver essa escolha;
- Condições gerais do contrato.

Ainda, com relação ao contrato formador de master franquia, não podemos esquecer de mencionar a questão referente à quebra deste por parte do master franqueado. Deve-se anotar que na master franquia, o contrato é tratado como todos os outros, onde as partes são responsáveis pelas violações ao estabelecido, nos termos da responsabilidade civil contratual.

Assim, conforme corrobora José Cretella Neto, podemos concluir que no “sub-contrato” firmado entre o master franqueado e o sub-franqueado as responsabilidades são maiores para o master franqueado, já que este deve se submeter às cláusulas dos dois contratos.⁶⁸

⁶⁸ Op. cit. 2002, p. 152-153

Dessa feita, o próprio contrato deverá prever as cláusulas que permitem o rompimento, bem como estabelecer a responsabilidade de cada uma das partes, para prevenir que haja tanto para o master franqueador como para o sub-franqueado, ônus dos quais não contribuiu para que houvesse.

Ainda assim, pode ocorrer de o master franqueado falir e não haver descrito no contrato essa possibilidade de rescisão contratual. A maior dúvida que surge quando esse fenômeno acontece, diz respeito à possibilidade de sub-rogação pelo master franqueador a outro master franqueado, ou deve o master franqueador assumir os sub-franqueados.

Entendemos que é possível sim a sub-rogação, todavia, caberá ao master franqueador uma maior análise quanto a quem elegerá para ser seu master franqueado, podendo inclusive eleger uma das empresas sub-franqueadas ou um associação desta para “controlar” o contrato com as demais, e se possível, estabelecer outros contratos, entendimento partilhado por Aldo Ribeiro Brito.⁶⁹

Isso pode ser feito, pois o contrato que, certamente continha cláusula de exclusividade foi rescindido e por isso perdeu seu valor, sendo permitido assim a sub-rogação. Ainda, devemos lembrar que existe toda uma subjetividade que permite ao master franqueador escolher a quem confiará o poder de uso e comercialização de sua marca.

3.2 Da Joint-venture

3.2.1 Natureza Jurídica

Do conceito acima elaborado, depreende-se que a característica essencial da *joint-venture*, é a realização de um projeto em comum, empreendimento com duração curta ou longa, a depender da vontade das partes.

Cumprе destacar, ainda, que a *joint-venture* corresponde a uma forma de cooperação entre empresas independentes. Assim, entendemos que a *joint-venture* não é uma empresa, mas um contrato cuja característica principal é de parceria, cooperação. Não há a existência

⁶⁹ Op. cit. 2003, p. 6-8

do *afectio societatis*, fator determinante para a formação da empresa, conforme ensina Maristela Basso.⁷⁰

Dessa forma, o contrato determinará, além da execução da operação ou negócio, as bases para a realização do empreendimento, da partilha dos lucros e prejuízos, bem como o controle e a participação na gestão.

Por tal motivo, concluímos que a formação de *joint-venture* depende da formação de um contrato, que irá estabelecer todas as regras necessárias à formação da nova empresa, se for o caso, bem como regulará a execução da aventura em comum.

3.2.2 Classificação

Também baseando-nos nos critérios já apresentados, podemos classificar o contrato de *joint-venture* como: consensual, bilateral, oneroso, comutativo, não-solene, de execução continuada, pessoal e atípico.

Diz consensual, porque basta que as partes manifestem sua vontade, não é necessário à entrega de qualquer coisa. É bilateral, pois os efeitos que surgem após ser firmado vale para ambas os contratantes, já que existem vantagens e obrigações para ambos. Onerosos, uma vez que criam vantagens recíprocas. Comutativos, já que nas cláusulas contratuais deverão estar escritas as obrigações de cada contratante.

Classifica-se, ainda, como não solene, pois não há requisitos especiais estabelecidos em lei para a sua formação. De execução continuada, uma vez que, via de regra, se findará após a conclusão final do seu objeto. *Intuitu personae*, já que não poderá haver permuta de contratantes, a prestação deverá ser cumprida pela empresa com a qual se contratou. Atípico, porque não há em nosso ordenamento jurídico lei que o regulamente, já que o mesmo surgiu de aplicações comerciais e jurisprudenciais norte americano.

3.2.3 Procedimentos de Formação

A *joint-venture* ideal ocorrerá quando o negócio gerado for lucrativo e trazer para ambos os contratantes, a satisfação negocial. Para tanto, é fundamental, que antes de se firmar

⁷⁰ Op. cit. 2002, p. 41

o contrato, seja realizado estudo para se verificar a viabilidade do negócio e a escolha de parceiro ideal.

Dessa feita, algumas perguntas devem ser respondidas durante o período em que se realizam as negociações pré-contratuais. Uma delas diz respeito ao tipo de contrato de *joint-venture* será formado.

Para Maristela Basso existem, basicamente, quatro formas de *joint-venture*, são elas: *equity joint-venture* e *non equity joint-venture*; *corporate* e *non corporate*. Em breves palavras, os primeiros tipos definem a participação financeira das *co-ventures* na constituição da *joint-venture*. Assim, se a *joint-venture* for taxada como *equity*, implica dizer que há associação de capitais. E se for tipificada como *non equity corporation*, estamos diante de uma *joint-venture* onde não haverá contribuição de capitais.⁷¹

Com relação à tipificação referente à formalidade das *joint-venture*, podemos afirmar que a *non corporate* define as *joint-ventures*, nas quais a associação de interesse não faz surgir uma pessoa jurídica. Já a *corporate joint-venture*, dá nascimento a uma pessoa jurídica.

Dessa feita, devemos diferenciar a *non corporate joint-venture* da *non equity corporate*. Na *non equity corporate* não há associação de capital, mas poderá existir a formação de pessoa jurídica. No entanto, as prestações acordadas entre os *co-ventures* dizem a respeito, por exemplo, a uma permuta de espaço por mercado consumidor, ou, ainda, pode ocorrer a transferência de tecnologia em troca de mão de obra.

Ademais, como dito anteriormente, algumas perguntas referentes tanto ao grau de conhecimento do outro parceiro, objetivos e prioridades comuns, confiança e respeito mútuos, quanto entendimento e compreensão das limitações do outro, devem ser respondidas para se auferir grau de sucesso a uma associação para aventura em comum.

Com relação ao contrato em si, não podemos deixar de falar acerca das cláusulas contratuais obrigatórias. Maristela Basso enumera as seguintes:⁷²

- Definição de intenção das partes, bem como seus direitos e deveres;

⁷¹ Op. cit. 2002, p. 43-44

⁷² Op. cit. 2002, p. 183-186.

- Definição técnica e execução do projeto, bem como sua localização;
- Cláusula preventiva de caso fortuito ou força maior;
- *Hardship*, caso esteja contratando com empresas de países em que se utiliza o sistema de *common law*, para servir como garantia aos contratantes;
- Lei aplicável e foro competente, ou opção por arbitragem;
- Cláusula de possibilidade de modificações futuras;
- Cláusula de segredo;
- Cláusula definidora da língua do contrato, bem como cláusula de comunicação dos *co-ventures*.

Caso a joint-venture seja do tipo *corporate*, no contrato deverá conter, ainda, as seguintes cláusulas:⁷³

- Cláusula de constituição e organização da sociedade nova;
- Financiamento das dívidas e lucros;
- Gerenciamento e gestão do negócio;
- Transferência de tecnologia;
- Treinamento e pessoal;
- Fornecimento de bens e serviços;
- Venda dos produtos resultantes do projeto em comum, dentre outras.

3.3 Concentração empresarial

3.3.1 Natureza Jurídica

Segundo Waldírio Bulgarelli, a principal questão sobre a natureza jurídica dos contratos de concentração empresarial gira em torno de dois pólos: societário e contratual.⁷⁴

Entendemos, que apesar da complexidade dos atos nos quais ocorrem à concentração empresarial, existe sempre um contrato que será base para os demais. Assim, podemos afirmar que os atos concentracionistas realizam-se em torno de um negócio corporativo (contrato constitutivo) capaz de influir sobre a estrutura interna da empresa.

⁷³ Op. cit. 2002, p. 187-189.

⁷⁴ Op. cit. 2000, p. 79

Assim, utilizando-nos dos conceitos apresentados no primeiro capítulo deste trabalho, podemos deduzir que os contratos concentracionistas aqui tratados (cisão, fusão e incorporação), são contratos “especiais”, já que criam, extinguem ou modificam direitos ou obrigações na estrutura interna da sociedade empresarial formada anteriormente através de um contrato social.

Tais contratos não alteram os vínculos jurídicos entre as empresas e terceiros, ou entre as empresas que participam de tal ato concentracionista, mas apenas determinam nova estrutura empresarial.

3.3.2 Classificação

Com relação à classificação destes contratos “especiais”, destacamos que estes podem ser: consensuais, bilaterais, onerosos, comutativos, solenes, instantâneos, *intuito personae* e típico.

Os contratos de concentração empresarial são consensuais, pois, como veremos a seguir, basta que as assembleias ou sócios acordem o ato concentracionista para que ele ocorra. Bilaterais, porque gera obrigação para ambas as partes. Onerosos, uma vez que gerará vantagens e obrigações para ambas os contratantes. Comutativos, já que as prestações são certas e determinadas.

São classificados ainda como, solenes, uma vez que devem seguir regras determinadas em lei, inclusive quanto aos procedimentos a serem adotados. Instantâneos, pois as transmissões das ações ocorrem apenas em um momento. *Intuito personae*, porque não há possibilidade de contratar com determinada empresa para que haja concentração com outra. E por fim, típico porque vem descrito em lei, a saber, Lei n. 6.404/76 e Código Civil.

3.3.3 Procedimentos de Formação

Os procedimentos de formação dos atos concentracionistas serão tratados conjuntamente, pois a Lei 6.404/76 estabeleceu para tais atos um rito único a ser seguido, mesmo sendo de naturezas diferentes. Assim, baseado nos nesse diploma legal e no Código Civil é que descreveremos o rito descrito a ser percorrido para que se realize ao fim desejado.

Os passos a serem seguidos para que se realize a cisão, a fusão e a incorporação estão descritos nos artigos 223 a 226 da Lei n. 6.404/76, a Lei das Sociedades por Ações.

A primeira coisa a ser feita diz respeito à deliberação para a concentração, conforme dispuser o estatuto ou o contrato social das sociedades, já que estes podem ocorrer entre sociedades de mesmo tipo ou de tipos diferentes.

Caso o ato de cisão, fusão ou incorporação resulte a criação de nova sociedade, deverão ser observadas as normas reguladoras que autorizam a constituição de sociedade segundo a espécie societária escolhida.

Após a formalização dos atos, os sócios receberão diretamente da companhia emissora as ações que lhes couberem na cisão, fusão e incorporação, caso haja geração de novas ações.

Porém antes de se efetuar os atos concentracionistas, se faz necessário estabelecer as condições e os efeitos para que as assembleias das empresas possam deliberar se aceitam ou não a cisão, a fusão ou a incorporação. Tais condições e efeitos deverão ser descritos no protocolo, que Rubens Requião chama de planificação de projeto.⁷⁵

Este protocolo deverá conter os pontos descritos pelos incisos do art. 224, da Lei de Sociedade Anônima, a saber:⁷⁶

- I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;
- II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;
- III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;
- IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;
- V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;
- VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;
- VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

⁷⁵ Op. cit. 2003, p. 260.

⁷⁶ Op. cit. 1976

Ainda, o artigo 225 da LSA, dispõe que nos procedimentos de cisão, fusão e incorporação importam em justificação que será apresentada à assembléia geral, ou aos sócios, para a devida deliberação. Nessa justificação, deve constar exposições sobre:⁷⁷

- I - os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;
- II - as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;
- III - a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;
- IV - o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Ademais, é importante salientar que as operações de cisão, fusão e incorporação somente poderão ocorrer conforme a descrição do protocolo e se os peritos nomeados determinarem o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação do capital social for menos ou igual ao montante do capital a realizar, como bem lembra Rubens Requião.⁷⁸

Ainda com relação aos procedimentos de formação, a referida lei autoriza que os credores das empresas que discordem dos atos de fusão e incorporação se retirem da sociedade. Todavia, para não saírem no prejuízo, a lei autoriza que seja pago a eles o reembolso do valor de suas ações.

Com a mudança da lei em 1997⁷⁹, quando o procedimento for o da cisão, não caberá ao sócio dissidente o direito ao reembolso. Todavia, mais adiante, no § 3º do art. 223, se autoriza novamente o reembolso ao sócio dissidente, deste que a nova sociedade seja companhia aberta, e se a companhia sucessora não obtiver o seu registro como sociedade de capital aberto e não promover a negociação de ações no mercado secundário no prazo de 120 (cento e vinte) dias.

⁷⁷ Op.cit. 1976

⁷⁸ Op. cit. 2003, p. 261

⁷⁹ A Lei n. 9.457 de 05 de maio de 1997, alterou substancialmente alguns institutos da LSA. Tais mudanças ocorreram para se adaptar aos processos de desenvolvimento da economia, já que a LSA data do ano de 1976, onde o capitalismo aplicado pela e na sociedade era menos intenso.

No entanto, quando se tratar de empresa regulada pelo Código Civil, devemos nos atentar que a regra a ser seguida para que haja cisão, fusão ou incorporação, estão descritas nesse diploma legal.

O Código Civil, assim, como a LSA, estabelece linhas gerais para o processo de fusão e incorporação. Tais normas estão descritas nos artigos 1.117 e seguintes. O art. 1.117, dispõe sobre a forma de deliberação dos sócios da incorporada sobre as bases do projeto de incorporação, manifestação da sociedade incorporadora, nomeação de peritos para avaliação de ativos, autorização para a prática dos atos de incorporação, dentre outros.

Claro está que o Código não tem a mesma riqueza de detalhes da Lei nº 6.404/76, mas exige a manifestação dos sócios obedecendo à forma prevista para cada tipo societário envolvido na concentração. Assim, caso não haja no Código disposição legal sobre determinado assunto, as empresas deverão consultar a Lei das Sociedades Anônimas para sanarem suas dúvidas e formalizar o processo concentracionista.

Em particular, com relação ao direito de retirada do sócio dissidente, o Código Civil no capítulo destinado a Sociedades Limitadas, estabelece que:

Art. 1.077. Quando houver modificação do contrato, fusão da sociedade, incorporação de outra, ou dela por outra, terá o sócio que dissentiu o direito de retirar-se da sociedade, nos trinta dias subseqüentes à reunião, aplicando-se, no silêncio do contrato social antes vigente, o disposto no art. 1.031.⁸⁰

A cisão não foi mencionada, pois, como explica Rubens Requião, ela não foi considerada como causa de retirada, mas sim, como alteração no contrato social, devendo seguir a regra descrita no artigo 1.077 do referido Código Civil.⁸¹

⁸⁰

Op. cit.

⁸¹

Op. cit., p. 261-262.

CAPÍTULO 4

O CADE E AS CONTROVÉRSIAS DA CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL COMO MEIO DE EXPANSÃO EMPRESARIAL

4.1 A Master-Franquia e a Concentração Empresarial

Inicialmente, antes de adentrarmos na concentração empresarial, cumpre ressaltar que o instituto de master franquias não é um meio de concentração empresarial, mas sim, meio de expansão empresarial.

Tal contrato não é trabalhado como meio de concentração, pois como se percebe no capítulo referente à conceituação, o contrato de master franquias é utilizado para a expansão comercial, uma vez que o master franqueador pretende expandir a sua rede e não dominar o mercado eliminando a concorrência.

4.2 O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

4.2.1 História e funções

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica possui personalidade jurídica de autarquia federal, desde julho de 1994. É vinculado ao Ministério da Justiça e foi criado em 1945 pelo Decreto-Lei n. 7.666, cuja atribuição era viabilizar acordos em casos potencialmente danosos à concorrência.

Todavia, no artigo 48 da Constituição Federal de 1946, foi estabelecido que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive uniões ou agrupamento de empresas individuais e sociais, que tinha por finalidade dominar o mercado e eliminar a concorrência, aumentando arbitrariamente os lucros.

Assim, a Lei n. 4.137 de 1962, atribuiu ao CADE tal competência, bem como regulamentou o procedimento administrativo, o processo judicial e definiu as formas de abuso.

Mais adiante, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, houve previsão expressa, em capítulo próprio (Da Ordem Econômica e Financeira) dos princípios da atividade econômica, conforme se verifica do artigo 170.

Em 1990, foi instituída pelo Decreto n. 992.444, a Secretaria Nacional de Direito Econômico, cuja competência é zelar pelos direitos do consumidor, bem como apurar, prevenir e reprimir abusos do poder econômico por meio do CADE.

Finalmente, em julho de 1994, foi conferindo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a personalidade jurídica de autarquia federal e modificada a competência administrativa, passando a ter poder de decidir sobre prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), por meio da Lei n. 8.884/94.

Atualmente, compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, sendo aquele constituído de um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, uma Superintendência-Geral e um Departamento de Estudos Econômicos.

O CADE tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico exercendo papel tutelador na repressão e prevenção do mesmo. Ademais, deve-se ter em mente que o CADE é a última instância, na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial.

Assim podemos afirmar que o órgão desempenha três papéis, são eles: preventivo, repressivo e educativo. A seguir falaremos de cada um desses papéis.

O papel preventivo corresponde, basicamente, a análise dos atos de concentração. Tal papel está previsto no art. 84, da Lei n. 12.529/11, que assevera:

Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do CADE, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Ainda, cabe salientar que o CADE analisa os efeitos dos negócios jurídicos privados entre as empresas e não a licitude dos atos de concentração ou anticoncorrecial. Caso seja verificado que o negócio será danoso à concorrência, o CADE tem o poder de impor obrigações à empresa como condição para a aprovação.

Já o papel repressivo do CADE diz respeito a análise das condutas anticoncorreciais em si. Tais condutas estão descritas no artigo 36 da Lei n. 12.529/11 e abaixo transcritas para comodidade no exame:

“Art. 36. Constitui infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

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

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

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

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

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

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

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

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

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

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

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

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

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Nesse ponto, importa destacar que o CADE tem a função de reprimir práticas infrativas à ordem econômica. Ademais, vale afirmar que a existência de estruturas concentradas por si só não é ilegal. Contudo, nestas há maior probabilidade de exercício de poder no mercado e, portanto, maior ameaça à garantia da livre concorrência, como bem lembra Rafael França ao citar José Inácio Franceschini⁸².

Por último, o papel educativo do CADE corresponde à instrução do público sobre as formas de infração à ordem econômica, conforme se verifica do art. 9º, inciso XIV, da Lei n. 12.529/11.

Tal papel deve ser desempenhado junto à sociedade através de cursos, seminários, palestras, distribuição de cartilhas e edição de revistas e relatórios semestrais e anuais, respectivamente.

Para finalizar tal tópico, cumpre ressaltar, ainda, que o CADE é composto por um presidente e seis conselheiros, todos indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, para um mandando de quatro anos, vedada a recondução, , conforme estipula o art. 6º da lei reguladora de tal autarquia federal.

⁸² FRANÇA, Rafael Marchiorato. *Concentração industrial e defesa da livre concorrência*. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 51, out.2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2251/concentracao-industrial-e-a-defesa-da-livre-concorrancia>. Acesso em: 29.12.2012

4.3 O Princípio da Livre Concorrência e a Concentração empresarial

Ante a grande utilização dos contratos internacionais concentracionistas entendemos ser crucial tratar do princípio da livre concorrência para compreendermos até que ponto tal princípio pode interferir quando tratamos de concentração empresarial.

Primeiramente devemos informar que tal princípio é preceito constitucional e está descrito no art. 170, IV, da Carta Política de 1988, que dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

Assim, alguns atos de concentração, em especial, a fusão e a incorporação, podem manifestar-se como prática de ilícito à ordem econômica quando duas ou mais empresas se unem e passam a deter vantagem econômica sobre os demais, conforme elucida Renata Rivelli dos Santos⁸³.

Por tal motivo, surge no Estado o interesse em tutelar tais operações, já que esses atos têm potencial maléfico no concernente às relações com a coletividade ou terceiros. Ademais, cabe destacar o efeito negativo da concentração empresarial, que também foi ponto determinante na decisão de intervenção do Estado no mercado.

Tal efeito caracteriza-se pela ocorrência do trust, ou seja, a concentração empresarial visando à dominação do mercado através da eliminação da concorrência, e, por conseguinte a imposição de preços abusivos, como lembra Renata Rivelli dos Santos⁸⁴.

Como afirmado e, também, citado anteriormente, a Lei n. 12.529/11, também chamada de Lei Antitruste, define em seu artigo 36 as condutas que podem ser definidas como infrações à ordem econômica.

⁸³ SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. *A concentração empresarial. Caracterização das operações de concentração*. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n 989, 17/03/2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8103/a-concentracao-empresarial>. Acesso em: 03.01.2013.

⁸⁴ Op. cit. 2006, p. 2

Desse artigo depreende-se que o princípio defendido pelo CADE não é o da livre concorrência como se imagina, mas sim o da função social, que é a razão de ser do desempenho da atividade econômica.

Assim, voltando a tratar do princípio da livre concorrência necessário se faz conhecer o significado de tal palavra. Muitas conceituações podem ser encontradas na doutrina. Todavia, optamos por apresentar a definição que mais se aplica ao nosso caso.

Tal definição pode ser encontrada no dicionário, a saber: “disputa ou rivalidade entre produtores, negociantes, industriais e etc., pela oferta de mercadorias ou serviços iguais ou semelhantes.”

Ademais, a noção de que concorrência envolve esforço entre rivais é fundamental para se entender o porquê a concorrência deve ser benéfica ao mercado. Normalmente, espera-se que a concorrência proporcione contratos mais vantajosos para os consumidores e, ainda, estimule a progresso tecnológico e previna a concentração de renda, como bem lembra Rafael França⁸⁵.

Dessa forma, partindo do pressuposto de que a concentração é tendência nos sistemas econômicos mundiais, e tornam difícil a manutenção de mercados que favorecem a concorrência, podemos concluir que o princípio constitucional da livre concorrência se contrapõe à tendência de um mercado cada vez mais centralizado.

Destarte, cabe lembrar que as formas de concentração por si só não correspondem infração à ordem econômica. Há casos, como veremos adiante, em que a concorrência é mantida mesmo quando duas ou mais empresas se unem sem o intuito de monopolizar o setor do mercado em que atuam.

4.4 A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

4.4.1 Averiguações Preliminares

Neste tópico, trataremos especificadamente do procedimento administrativo realizado pelo CADE e por seus órgãos, para verificar se determinado negócio jurídico

⁸⁵ Op. cit. 2001, p. 2

apresenta indícios de infração à ordem econômica, bem como, se for o caso, instaurar o procedimento administrativo.

Assim como ocorre no Direito Processual Penal, no procedimento administrativo do CADE, existe uma fase chamada averiguações preliminares cujo objetivo principal consiste em evitar a existência de procedimento administrativo sem justa causa.

As averiguações preliminares são feitas pela Superintendência-Geral, e da mesma maneira que ocorre no inquérito policial pode ocorrer de ofício ou após representação por escrita e fundamentada de um interessado. São imprescindíveis ao procedimento levando em conta à apreciação da ocorrência de infração à ordem econômica.

No entanto, vale ressaltar, que havendo representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao CADE, independará de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo o inquérito administrativo ou processo administrativo.

Nessas averiguações preliminares a Superintendência-Geral deverá buscar provas mais concretas que denotem a existência de justa causa, para a instauração do procedimento administrativo. Existindo, desde o início, os elementos comprobatórios reputados como suficientes, deve o órgão instaurar, de forma imediata, o procedimento administrativo.

Ainda nas averiguações, é facultado à Superintendência ouvir ou não o representado. No entanto tal medida vem sendo tomada como regra, assim como ocorre no inquérito policial em relação ao suspeito. Outro ponto importante é o sigilo que pode existir nas averiguações preliminares, já que a própria Lei antitruste em seu art. 66, § 10, assevera:

§ 10. Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

Após as averiguações preliminares e de posse de provas que justifiquem a instauração do procedimento administrativo, a Superintendência-Geral deverá decidir se arquivará ou instaurará o procedimento administrativo. As averiguações devem se findar num prazo de trinta dias.

4.4.2 Procedimento Administrativo

Inicialmente, cumpre informar que o procedimento administrativo do CADE, ocorre em duas fases. A primeira delas é realizada junto ao Secretário da Secretaria de Defesa Econômica e a segunda consiste no julgamento realizado pelo Plenário do Conselho Administrativo.

Conforme estabelecido no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “os litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” o procedimento administrativo do CADE, também segue tais princípios.

O procedimento tem como regra o tratamento isonômico, o sistema acusatório, a coisa julgada, a publicidade, a imparcialidade, dentre outros. Ainda, a Lei Antitruste especifica outras normas procedimentais sendo, inclusive, admitida à aplicação do Código de Processo Civil.

Após as averiguações preliminares e decidindo a Superintendência-Geral pela instauração do processo, este deverá ocorrer no prazo de até 10 (*dez*) dias contados do encerramento das averiguações preliminares, se houver, ou do conhecimento do fato, caso os indícios sejam suficientes à instauração do procedimento administrativo.

No despacho que ordenar a instauração do procedimento administrativo deverá conter a descrição dos fatos a serem apurados, bem como a ordem para que o representado apresente sua defesa no prazo de 30 (*trinta*) dias, e assim como ocorre na citação, o mandado deverá vir acompanhado do inteiro teor do despacho e da representação, se for o caso.

As regras da citação do procedimento administrativo seguem as mesmas estabelecidas no CPC. Primeiramente tenta a citação por correio com aviso de recebimento em mãos próprias, não obtendo êxito, citação por edital no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no estado em que resida ou tenha sede, contando-se o prazo a partir da juntada do AR ou da publicação.

Com relação aos demais atos, a intimação deverá ser feita pelo Diário Oficial da União, constando o nome do representado ou de seu advogado. Cumpre esclarecer que a constituição de advogado para o acompanhamento do procedimento administrativo não é

obrigatório, faculta-se ao representado escolher dentre seus diretores e gerentes ou seu titular sendo-lhes garantido amplo acesso ao processo no CADE, conforme determina o § 4º do art. 70 da Lei antitruste, abaixo transcrito:

§ 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por seu procurador, assegurando-se-lhes amplo acesso aos autos no Tribunal.

Caso o representado não apresente sua defesa no prazo estipulado, será considerado revel incorrendo em confissão dos fatos alegados e correndo os demais prazos sem notificação. No entanto, é garantido ao revel, interferir em qualquer fase do procedimento sem direito a repetição dos atos já praticados.

Depois de decorrido o prazo para apresentação da defesa, será determinado, em despacho fundamentado da Superintendência-Geral, a produção de provas julgadas pertinentes, sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos na Lei 12.529/11, mantendo-se o sigilo legal, se for o caso, conforme preceitua o art. 72.

Concluída a instrução, o representado é intimado a oferecer alegações finais, no prazo de 05 (*cinco*) dias, após o que será o processo remetido ao Presidente do Tribunal, com a opinião da Superintendência, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração, que distribuíra os autos, por meio de sorteio, ao Conselheiro relator que abrirá vistas à Procuradoria, para manifestação no prazo de 20 (*vinte*) dias.

Caso o Conselheiro relator necessite de mais diligências e provas para formar sua convicção, poderá determinar à Superintendência-Geral a realização de diligências complementares ou produção de prova, no prazo assinado.

Para o julgamento conta-se com a presença mínima de 4 (*quatro*) membros, sendo o quorum de deliberação mínimo de 3 (*três*) membros. Da decisão do CADE não é passível de recurso na esfera administrativa podendo o representado reclamar o que for de seu interesse na via judicial.

Em qualquer das hipóteses a decisão do conselho será fundamentada e caso seja pela existência da infração deverá conter o requisitos exigidos pelo art. 79 da Lei de Defesa Concorrencial, a saber:

Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do caput deste artigo;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e

V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas.

Cumpra à Superintendência-Geral fiscalizar acerca do cumprimento e da observância das decisões do CADE, comunicando em caso de descumprimento ao Presidente do Conselho, que determinará ao Procurador-Geral que providencie a execução da decisão.

Ainda, o art. 84 da referida Lei autoriza a adoção de medida preventiva quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do procedimento.

Por fim, a eficácia que se espera das decisões do CADE consiste em desafogar o Poder Judiciário e garantir um mercado competitivo, aplicando independentemente a lei antitruste.

4.5 Defesa da Concorrência no MERCOSUL

Mercado Comum do Sul, ou simplesmente MERCOSUL, é uma zona de livre comércio e política comercial entre cinco países da América do Sul. Em sua formação original, o acordo foi assinado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, sendo posteriormente, mais precisamente em julho de 2006, aderido pela Venezuela.

O MERCOSUL surgiu como bloco econômico em 1994, quando foi firmado o Tratado de Assunção, que o estabelecia como uma aliança comercial visando à dinamização da economia regional, movimentando entre si mercadorias, pessoas, força de trabalho e capital.

Em 1996, foi assinado entre então países membros o Protocolo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL levando em conta que a livre circulação de bens, produtos, serviços e pessoas, poderiam influenciar na defesa da livre concorrência entre esses países.

Tal Protocolo, diz que as regras devem ser aplicadas às pessoas físicas e jurídicas de direito público ou privado ou outras entidades, inclusive as estatais, que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados membros.

O Protocolo em seu art. 4º, define o que vem a ser infrações às condutas e práticas restritivas da concorrência, a seguir transcrito.

Art. 4º. Constituem infração às normas do presente protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais e concentrado, de qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito, limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados partes.⁸⁶

Ainda, o Protocolo determina que a Comissão de Comércio do MERCOSUL e o Comitê de Defesa da Concorrência serão os órgãos responsáveis pela aplicação do protocolo. Nos artigos 16 a 21, está descrito o procedimento de aplicação deste.

O procedimento deverá ser iniciado pelo órgão nacional de ofício ou mediante representação fundamentada de parte interessada que deverá ser encaminhada ao Comitê de Defesa da Concorrência, juntamente com a avaliação técnica preliminar.

Depois de analisada a avaliação técnica apresentada, o Comitê deverá proceder à instauração da investigação, ou *ad referendum* da Comissão de Comércio, procederá ao arquivamento do procedimento.

Assim como no procedimento administrativo brasileiro, há a possibilidade de aplicação de medidas preventivas. Caso a medida seja descumprida, poderá o Comitê a mando

⁸⁶ BRASIL. Fortaleza. *Protocolo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL*. Elaborado em: 17/12/1996. Lex: Disponível em: http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrenca_Mercosul.pdf. Acesso em: 15/12/2012.

da Comissão, aplicar multa à parte infratora. Tal medida será executada pelo órgão nacional de aplicação do Estado parte em cujo território estiver domiciliado o representado.

Também no procedimento realizado no MERCOSUL há previsão do direito de defesa. O órgão nacional de aplicação caberá realizar a investigação da prática restritiva da concorrência e aos demais órgãos de aplicação dos Estados membros auxiliarem na investigação oferecendo informações, documentos e outros meios considerados essenciais para a correta execução do procedimento investigatório.

Após a conclusão da investigação, o órgão responsável pela investigação deverá apresentar ao Comitê de Defesa da Concorrência parecer conclusivo sobre a matéria. O Comitê deverá examinar o documento apresentado e a apreciação da Comissão do Comércio do MERCOSUL definirá as práticas infrativas e estabelecerá as sanções a serem impostas ou as medidas cabíveis ao caso.

Ademais, o Tratado estipula os tipos de sanções que poderão ser aplicadas, o compromisso de cessação, e determina que o Protocolo de Brasília fosse utilizado para solucionar as controvérsias que porventura surgissem relativas à aplicação, interpretação ou descumprimento das disposições contidas no documento em questão.

Ainda, para garantir a defesa da concorrência no MERCOSUL, em julho de 2004 foi aprovado o Entendimento Sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência nos Estados Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência, que deveria ser incorporada aos ordenamentos jurídicos nacionais, até 01.10.2004.

Tal documento tem por objetivo promover a cooperação entre as autoridades de concorrência e assegurar que as partes tomem em consideração os importantes interesses recíprocos nas atividades de aplicação da legislação nacional de concorrência.⁸⁷

⁸⁷ ARGENTINA. Puerto Iguazú. Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência. Elaborado em 07/07/2004. Lex. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Decis%E3o%20Mercosul%20Entendimento.pdf>. Acesso em: 07/01/2013.

No documento ficou definido que prática anticompetitiva é qualquer conduta ou ato que possa estar sujeito a sanções previstas na legislação nacional de concorrência de cada parte.

O Entendimento, assinado pelos países membros, assinala quem são as autoridades competentes de cada país, elegendo no Brasil o CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico; na Argentina a Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) e o Tribunal Nacional de Defensa de la Competencia (TNDC) após a confirmação deste.

Já no Paraguai a eleita foi a Subsecretaria do Comercio de lo Ministerio de Industria y Comercio e Secretaria Técnica de Defesa da Concorrência, após a constituição desta última. E por fim no Uruguai a eleita como autoridade em matéria de defesa da concorrência foi a Dirección General de Comercio del Ministerio de Economía y Finanzas.

O documento cuidou, ainda, de enumerar as leis nacionais de cada país membro que deverá ser observada nos atos de concentração, são elas: Na Argentina a Lei nº 25.156, sua regulamentação e o Decreto nº 396/01; no Brasil as Leis nºs 8.884/94 (hoje Lei n. 12.529/11), 9.021/95 e 10.149/2000, e suas regulamentações. No Paraguai o artigo 107 da Constituição nacional e a Lei de Defesa da Concorrência, após a aprovação desta; no Uruguai os artigos 14 a 16 da Lei nº 17.243, e os artigos 157 e 158 da Lei n. 17.296 e os Decretos 86/01 e 440/02.

No Entendimento firmado há, ainda, especificação de formas de notificação que cada parte deve fazer à outra, bem como os prazos e as peculiaridades que deverão estar contidos nessas notificações.

O outro ponto interessante do entendimento firmado entre os países membros do MERCOSUL, diz respeito à possibilidade de Práticas anticompetitivas realizadas no território de uma parte que pode afetar a concorrência no território de outro país membro.

Dessa feita, há no documento uma cláusula que autoriza ao país que está sofrendo com as práticas anticompetitivas realizada em outro território, solicitar as autoridades competentes que iniciem os procedimentos de cooperação. Nessa solicitação deverá conter as especificações das práticas anticompetitivas detectadas e os adversos sobre seus interesses

fundamentais, bem como o oferecimento das informações e cooperação que possa promover.⁸⁸

4.6 Jurisprudências do Conselho Administrativo de Defesa da Econômica (CADE): casos concretos

A seguir uma pequena amostra das decisões do CADE referente aos atos concentracionistas realizados no Brasil e no MERCOSUL. Serão expostos casos de grande repercussão nacional e internacional, dentre eles o caso da incorporação da empresa Chocolates Garoto pela Nestlé, no qual o CADE foi definitivamente contra. E o caso da fusão entre as empresas SKY e DirecTV, no qual foi a favor.

Primeiramente, o acórdão do CADE que determinou o desfazimento do negócio entre a Nestlé Brasil LTDA e a Chocolates Garoto S/A:

EMENTA: Ato de Concentração. Aquisição da totalidade de capital social da Chocolates Garotos S/A pela Nestlé Brasil LTDA. Hipótese prevista no art. 54, §3º da Lei nº 8.884/94. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de Preservação de Reversibilidade de Operação APRO. Ausência de comprovação do descumprimento da APRO. Aprovação dos relatórios definidos no APRO pelo CAD/CADE. Produtos Relevantes: balas e confeitos sem chocolates, achocolatados, cobertura de chocolates e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitos sem chocolates 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolates: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de bala e confeitos e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes *players* dos mercados de cobertura de chocolates e chocolates sob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que operação reduz rivalidade no mercado de chocolate sob todas as formas. Adequação do modelo *price standard* às condições definidas no § 1º do art. 54 da Lei nº 8.884/94. Eficiências (reduções reais de custos) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de distribuição são necessárias para compensar dano e impedir aumento de preços. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir não redução de bem estar ao consumidor. Não aprovação da operação. Solução estrutural. Desconstituição do ato. (BRASIL. CADE. Acórdão em processo administrativo. 08012.001697/2002-89. Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil

⁸⁸

Op. cit. 2004, p. 3-4

LTDA. Relator: Cons. Thompson Andrade. DJ 04.02.2004. Lex. (http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611365.pdf).

Como se verifica, pela leitura do acórdão proferido, a fusão entre as empresas foi negada por interferir negativamente na concorrência e reduzir o bem estar do consumidor, que não poderá escolher o produto que melhor lhe agrada.

A partir de agora, o acórdão do CADE que autorizou a fusão entre as empresas de transmissão de televisão à cabo Sky e DirecTV. Cumpre esclarecer que o ato se deu em dois momentos. No primeiro deles a SKY adquiriu 50% (cinquenta por cento) do controle acionário da Hughes Telecomunicações. Tal operação foi avaliada pelo Plenário do CADE e resultou no seguinte acórdão:

EMENTA: Ato de Concentração. Operação de transferência de controle indireto da Hughes Telecomunicações do Brasil LTDA para a SkyTerra Communications, Inc., por meio de aquisição de 50% do controle societário da controladora indireta da Hughes Telecomunicações do Brasil LTDA. Faturamento da requerente The DirecTV Group de superior a R\$ 400 milhões no Brasil. Operação subsumida às hipóteses previstas no § 3º do artigo 54 da Lei nº 8.884/94. Pareceres favoráveis da ANATEL e Procuradoria do CADE. Rito Sumário. Aprovação sem restrições. (BRASIL. CADE. Acórdão em processo administrativo. 53500.000753/2005. SkyTerra Communications e DirecTV Group. Relator: Cons. Luiz Carlos Prado. DJ 31.01.2007. (http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000236701322.pdf).

O segundo momento da fusão ocorreu com a aquisição da participação restante da HNS, então pertencente ao Grupo DirecTV. Tal ato concentracionista também foi submetido ao Plenário do CADE que resultou no seguinte acórdão:

EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento Sumário. Aquisição. Hipótese prevista no art. 54, § 3º da Lei 8.884/94 – faturamento. Mudança de Controle Compartilhado para Controle Exclusivo. Conhecimento. Apresentação tempestiva. Taxa processual recolhida. Mercado relevante: soluções de rede banda larga via satélite, entre as quais, serviços VSAT (*Verry Small Aperture Terminals; Consumer DIRECTWAY; Mobile Satellite e Carrier Networks*). Ausência de sobreposição horizontal. Relação vertical sem implicações concorrenciais relevantes. Inexistência de prejuízos à concorrência. Aprovações sem restrições. (CADE. Acórdão em processo administrativo. 53500.032382/2005. SkyTerra Communications e

DirecTV Group. Relator: Cons. Paulo Furquim de Azevedo. DJ: 11/04/2007. Lex. (http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000266841438.pdf).

Nesse caso específico, verifica-se que o CADE, dentro de sua competência constitucional, atuou em consonância aos princípios da razoabilidade e livre concorrência, mesmo se tratando de empresas que, aparentemente, detinham a capacidade de dominar o mercado em seus ramos de negócio.

CAPÍTULO 5

CASOS REAIS DE CONCENTRAÇÃO NO BRASIL E NO MUNDO

5.1 Contratos de *Joint-Venture*

Neste tópico iremos apresentar dois contratos de joint-venture. Um de grande repercussão nacional, apesar de pouco divulgado no exterior e outro, ocorrido no âmbito internacional. Ambos são importantes, pois auxiliaram no desenvolvimento da economia tanto nacional quanto internacional. Cumpre ressaltar, ainda, que neste capítulo trataremos apenas dos contratos de concentração empresarial.

O primeiro contrato que traremos é o de ordem internacional, no qual o Grupo Brasileiro Gerdau e o Grupo Kalyani da Índia se uniram para explorar o setor siderúrgico naquele país.

Da união dos grupos surgiu a Kalyani Gerdau, com ativos siderúrgicos de US\$ 170 milhões. No negócio foram envolvidos um alto-forno, um forno panela, uma planta para produção de ferro-gusa, entre outros equipamentos, tudo com a expectativa de atender a demanda crescente no país.

O contrato, segundo o sítio na internet do Grupo Gerdau⁷⁰, garante aos sócios a mesma participação, ou seja, 45%, bem como os mesmos direitos, sendo que os demais 10% são de propriedade de outros investidores. A gestão do negócio também foi dividida meio a meio.

Se fizermos uma relação das informações acima, com o que fora dito durante os outros capítulos deste trabalho, perceber-se que se trata de um contrato internacional, já que as empresas são de domicílios diferentes.

Observamos, ainda, que estamos diante de uma *corporate joint-venture e non equity joint-venture*, pois não há contribuições de capital, bem como deu nascimento a uma nova empresa com personalidade jurídica própria.

Anotamos, também, que o próprio contrato já tratou de especificar a participação de cada empresa, a quem caberá a gestão do negócio e os materiais que deverão ser empregados para a realização do negócio.

Com relação ao contrato de *joint-venture* nacional, destacamos o contrato firmado entre as empresas Koch CTG S.à.r.l e N.G. Engenharia e Comércio LTDA. A primeira empresa é americana e atua no Brasil por meio da Koch Brasil.

A formação da *joint-venture* constituiu nova empresa – Nelson Clark Indústria e Comércio LTDA, cujo intuito é de projetar, fabricar, sub-contratar e comercializar eliminadores de névoa do tipo *wire mesh*, coalescedores de líquido, fibras de vidro com reforço plástico, eliminadores de névoa tipo *chevron* de plástico e metal, eliminadores de vapor de fibra plástica, sistemas completos para eliminação de vapores, projetos *turnkey* relacionados a indústria de ácido sulfúrico, tratamento ambientais de separação, equipamentos e serviços para terceiros e fornecimento de produtos relacionados de engenharia.

Na pesquisa realizada não consta à forma como as *co-ventures* contribuíram para a realização da nova empresa que surge. No entanto, podemos afirmar com certeza de que se trata de uma *corporate joint-venture*, já que no parágrafo anterior há a afirmação da constituição de uma nova empresa.

Ademais, podemos afirmar que tal concentração foi submetida ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, tendo sido aprovada, conforme é possível verificar no sítio do CADE, processo registrado sob o número: 08012.001976/2003-23.

5.2 Contratos de Cisão

O contrato de cisão que optamos por demonstrar e analisar alguns tópicos, diz respeito à cisão da empresa Varig, fundada em 1927, cuja crise financeira começa em 1986, quando o plano Cruzado congelou os preços das passagens, mas não dos custos.

A crise se agrava em 1990, quando o Governo Collor abre o mercado de aviação para rotas internacionais permitindo, também, a entrada de empresas aéreas estrangeiras no mercado nacional com isenção de impostos. Tem, ainda, neste ínterim a Guerra do Golfo que teve como consequência para este mercado, o aumento do preço do barril de petróleo.

Durante quatro anos de guerra, a Varig já acumulava uma dívida de US\$ 20,4 bilhões. A solução encontrada para minimizar os prejuízos foi visualizada na possibilidade de venda de aeronaves para bancos e empresas de leasing, passando, então, a empresa a operar com aviões alugados.

Em 1993, a Varig inicia processo de reestruturação, no qual foi obrigada a dispensar mais de três mil funcionários e renegociar os contratos que possuía. Já em 1999, com a crise cambial do Governo Fernando Henrique Cardoso, a TAM vira a maior concorrente da Varig no mercado doméstico e inicia suas operações para o exterior.

Em 2000, para expandir seus negócios, a Varig cria a Varig Log, que já nasce como a terceira maior empresa do grupo. Em 2001, a entrada da GOL no mercado nacional acirra a concorrência e os atendados ocorridos no dia 11 de setembro criam um prejuízo de US\$ 11,9 bilhões, aumentando ainda mais as dívidas da Varig.

Em 2003, na tentativa de amenizar a crise a Varig assina com a TAM um memorando de intenções para começarem a compartilhar vôos. A cogitada fusão não acontece e com isso a Varig perde a liderança para a TAM no mercado doméstico. Em 2004, a SEAE, recomenda ao CADE a suspensão do *code-share*, pois havia prejuízos para o consumidor.

Já em 2005, com o cancelamento do compartilhamento de vôos, a Varig é obrigada a cancelar rotas. A GOL ultrapassa a Varig na participação do mercado nacional, obrigando a Varig, em 17 de junho, a entrar na Justiça com pedido de recuperação judicial. Em novembro a empresa TAP e outros investidores brasileiros formalizam a compra das subsidiárias Varig Log e VEM, garantindo assim, o pagamento às empresas internacionais.

A cisão ocorre em maio de 2006, sendo dividida a empresa através do FIP Controle (Fundo de Investimento em Participação – que funcionará como nova gestora e controladora das empresas que surgem). Os nomes oficiais das empresas passam a ser Varig Operações e Varig Regional. O acordo foi aprovado pelos credores da Varig, em assembléia, devendo uma das duas empresas, ir a leilão. Ficou, ainda, estabelecido no plano de cisão da Varig formulado pela Alvarez & Marsal, que a Varig Regional prestaria serviços à Varig Operações, como a venda de passagens, promoções e marketing.

A solução definitiva da crise vivida pela Varig aparece em março de 2007, quando a empresa GOL compra as ações da Varig por R\$ 660 milhões.

5.3 Contratos de Fusão

Como em qualquer tipo de negócio, na fusão existem acordos bons e ruins. Neste tópico do trabalho, tentaremos exemplificar pelo menos um tipo de cada acordo. O acordo bem sucedido que trataremos é o da AMBEV (Companhia de Bebidas das Américas), criada em 1999 em decorrência da fusão entre a Companhia Antarctica Paulista e Companhia Cervejaria Brahma. De outro modo, explanaremos sobre o acordo fracassado de fusão das empresas Volkswagen e a Ford, que resultaria na empresa Autolatina.

A fusão que originou a AMBEV foi anunciada em 1º de julho de 1999, e aprovada pelo CADE em 30 de março de 2000. A nova multinacional surgiu como uma das maiores cervejarias do mundo.

No momento da fusão, a Brahma detinha a maior parcela de mercado consumidor no país, e a Antarctica detinha a melhor tecnologia, faltava à primeira investir em inovações e à segunda política de resultados, assim, ficaram claras as razões da fusão entre estas.

No entanto, a fusão não parou por aí. A AMBEV continuou efetuando compra de produtoras e realizando parcerias com outros gigantes do ramo. Um exemplo é o acordo firmado com a Quilmes Industrial S.A., maior cervejaria da Argentina, Bolívia, Paraguai, e Uruguai.

O ato concentracionista de fusão deu certo, pois as duas empresas souberam dividir e fundir culturas de administração, criando uma nova identidade para a empresa. Para os especialistas em concentração, este é o melhor modo, pois há literalmente a criação de uma nova empresa.⁸⁹

Ao contrário do exemplo acima, a fusão entre a Volkswagen e a Ford no Brasil e na Argentina, em julho 1987, não foi bem sucedido. Isso, porque as empresas mantiveram duas gestões distintas, dificultando a obtenção de resultados únicos.

O principal deles girava em torno do interesse das empresas. Enquanto uma queria lançar carros mais baratos no futuro, a outra queria recuperar o mercado fabricando carros populares, vindo o acordo a ser desfeito em 1995.

⁸⁹ MARQUES, Camila. *Como funciona e para que serve a fusão de empresas?*. Disponível em: <http://www.financeiro24horas.com/informativo.aspx?CodMateria=512>. Acessado em: 28/11/2012.

5.4 Contratos de Incorporação

Os contratos de incorporação de empresas são vistos com mais frequência no ramo de empresas imobiliárias. Os chamados contratos de incorporação imobiliária têm por objeto:

A construção e comercialização, durante a obra, de unidades imobiliárias autônomas integrantes de edificações coletivas, bem como a constituição de condomínios edilícios, mediante instituição registrada no Registro de Imóveis.⁹⁰

Todavia, como é cediço, a incorporação não ocorre somente no campo do mercado imobiliário. Ocorre também a incorporação de empresas nos termos de artigos já descritos acima.

Um exemplo de incorporação que podemos citar neste trabalho, diz respeito à incorporação da Vale do Rio Doce Alumínio S/A - ALUVALE pela Companhia Vale do Rio Doce - CVRD. Cumpre esclarecer que a ALUVALE era subsidiária da CVRD e segundo esta sua incorporação se justifica “para atender as diretrizes estratégicas da incorporadora de simplificação e racionalização administrativa e financeira, bem como de desenvolver diretamente as atividades relacionadas à exploração de bauxitas, alumina e alumínio.”⁹¹

Tal incorporação ocorreu de forma mais simples, pois a própria CVRD já detinha todas as ações da ALUVALE. No contrato de incorporação ficou firmado que todo o patrimônio da incorporada seria transferido para a incorporadora pelo valor dos livros contábeis.

Ademais, ficou estabelecido que todas as ações da ALUVALE seriam extintas em consequência da incorporação, sendo os valores substituídos nos livros contábeis pelo patrimônio da ALUVALE. Ainda, a incorporadora assumiria todos os bens, direitos e obrigações da incorporada.

⁹⁰ GIL, Fábio C. de A. Incorporação e Contratos Imobiliários. Disponível em: <http://www.barrospimentel.adv.br/apresentacoes/contratos.pdf>. Acessado em: 12/12/2012.

⁹¹ Protocolo e Justificação para a Incorporação da Vale do Rio Doce Alumínio S.A. – ALUVALE pela Companhia Vale do Rio Doce. Disponível em: [http://www.econoinfo.com.br/comunicados/VALE/Protocolo-de-Incorporacao,-Cisao-ou-Fusao-\(AGE\)/277156375041?p=1](http://www.econoinfo.com.br/comunicados/VALE/Protocolo-de-Incorporacao,-Cisao-ou-Fusao-(AGE)/277156375041?p=1). Acessado em: 16/01/2013

Da descrição acima, podemos observar na prática como a incorporação de empresas. Inicialmente, destaca-se a descrição do objetivo da incorporação, bem como se qualifica as empresas que participam do contrato.

Em seguida, as empresas acordam acerca da transferência do patrimônio da empresa que será incorporada, bem como acordam, também, acerca da extinção da empresa incorporada. E por fim, discute-se sobre o direito dos bens, direitos e obrigações da empresa incorporada.

Ressalte-se que os pontos acima delineados foram retirados do protocolo de justificção da incorporação de empresa, requisito essencial, exigido por lei, para que possa ocorrer o ato concentracionista de incorporação.

Verificamos, ainda, a ocorrência de incorporação no ramo de empresas telefônicas. Um caso bastante conhecido é o da incorporação da empresa Telefônica pela TELESP, ocorrida em março de 2006.

O ato concentracionista compreende a incorporação da Telefônica Brasil *Data Holding* – TBDH pela TELESP que já possui controle comum, e a cisão parcial da Telefônica Empresas com a transferência dos ativos e atividades de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) nas regiões em que o serviço já é prestado pela operadora.

A principal justificativa para este ato concentracionista reside na concorrência das empresas de televisão que estão prestando serviços telefônicos. Assim, a proposta visa à reorganização das atividades do Serviço de Comunicação Multimídia e de transporte de dados.

Os benefícios provenientes dessa incorporação são: “maior eficiência administrativa comercial, operacional, fiscal e financeira nas operações de transmissão de dados desenvolvidos pela T. Empresas, A. Telecom e TELESP; aumento de liquidez das ações; e redução de custos com a concentração das atividades de todas as empresas em uma só companhia.”⁹²

⁹² TELESINTESE. Concorrência leva TELESP a incorporar Telefônica Empresas. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/index.php/41-plantao-2006/plantao-2006/4904-concorrenca-leva-telesp-a-incorporar-telefonica-empresas>. Acessado em: 16/01/2013.

CONCLUSÕES

Do exposto podemos concluir que os contratos internacionais são utilizados como meio de expansão empresarial e muitas vezes esses contratos interferem na economia dos países.

Destacamos no primeiro capítulo os elementos que devem ser observados para que os contratos produzam efeitos: manutenção da ordem pública e objeto lícito. Não podemos, ainda, nos esquecermos dos elementos de estraneidade que deverão ser analisados pelo juiz para se determinar a lei aplicável e o foro competente.

Ainda, podemos concluir que a globalização, que vem ocorrendo desde a época das grandes navegações e agravada com a larga utilização dos meios de comunicação, principalmente, pelo uso da internet, que tem contribuído, para que cada vez mais, os empresários utilizem os contratos de concentração ou expansão empresarial, para atingirem mercados consumidores dos mais diversos países.

No entanto, não podemos esquecer que os atos concentracionistas interferem na economia de qualquer país, já que motivam à criação de grandes oligopólios evitando a concorrência e a possibilidade de escolha do consumidor para aquele produto que o agrada e/ou possui preço que cabe em seu orçamento.

Assim, importante se faz à presença do CADE autarquia federal que tem como função principal prevenir o monopólio dos setores de produção e prestação de serviços, defendendo a livre concorrência, princípio constitucional, e evitar que empresas de outros países façam o mesmo dentro do território nacional. Para tanto, foi assinado entre os países integrantes do MERCOSUL o Protocolo de Defesa da Concorrência, bem como fora acordado entre estas outras maneiras de defesa da concorrência como demonstrado.

Do explanado, podemos concluir, ainda, que o contrato de master franquias não é contrato de concentração empresarial, mas tão somente de expansão, já que o master franqueado quando negocia o uso da marca que desenvolveu, não tem intenção de expandir seus negócios eliminando a concorrência, o que pode ocorrer como resultado da abertura da master franquias em um determinado território, todavia, esse resultado independe da vontade dos contratantes.

Destarte, entendemos que a master franquia é uma alternativa para que os empresários possam atingir lucros cada vez maiores, já que desta forma não formarão oligopólios capazes de eliminar totalmente a concorrência e nem mesmo estarão indo contra a liberdade dos consumidores em escolher o que pretendem consumir.

Esta alternativa pode ser visivelmente utilizada nos casos em que as empresas buscam os atos de fusão ou incorporação apenas para dominarem o mercado e acabarem com as empresas de pequeno porte, cujos comerciantes desejam, na maioria dos casos, utilizam destas como meio de subsistência familiar.

Por tal motivo é que defendemos a livre concorrência e não os atos concentracionistas, pois existem, principalmente em nosso país, trabalhadores que utilizam do comércio para sobreviverem e sustentarem suas famílias. Não podemos permitir que a elite domine o mercado empresarial, extinguindo toda possibilidade de ascensão até mesmo social.

Por fim, para o melhor entendimento do leitor acerca do funcionamento dos contratos apresentados neste trabalho, apresentamos no último capítulo alguns contratos que ocorreram no nosso país e tiveram reflexos em outros, e, também, apresentamos exemplos de contratos internacionais.

Assim, concluímos que desde que sejam tomadas todas as medidas para se prevenir a criação de grandes oligopólios e defender a concorrência, os atos de concentração não são ruins. Ademais, cabe aos grandes empresários tomarem consciência social para permitir aos pequenos empresários que possam desenvolver seus mercados, e por consequência utilizarem da melhor forma os lucros que detiverem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. Puerto Iguazú. **Entendimento sobre Cooperação entre as Autoridades de Defesa da Concorrência dos Estados Partes do MERCOSUL para a Aplicação de suas Leis Nacionais de Concorrência**. Elaborado em 07/07/2004. Lex: Disponível em: <http://www.cade.gov.br/internacional/Decis%E3o%20Mercosul%20Entendimento.pdf>. Acesso em: 07/01/2013.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos Contratos Internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BARROSO, Luiz Felizardo. **Franchising e Direito**. 2ª ed. rev. e atual. Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2002.

BASSO, Maristela. **Contratos Internacionais do Comércio: negociação, conclusão e prática**. 3. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Joint ventures**: Manual prático das associações empresariais. 3ª ed. rev. e atual. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso Avançado de Direito Comercial**. v. 1. 2ª ed. rev. e atual. Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988**. Organização do texto: Luiz Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 3. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Lei nº 6.404** de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Lex: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acessado em: 18.12.2012

_____. **Lei nº 8.884** de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações de ordem econômica e dá outras providências. LEX: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8884.htm. Acessado em 18.12.2012.

_____. **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. LEX: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acessado em 18.12.2012.

_____. **Lei nº 8.955** de 15 de dezembro de 1994. Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (franchising) e dá outras providências. Lex: Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8955.htm. Acessado em 20.12.2012

_____. **Lei nº 10.406** de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Lex: Livro do Cidadão; as Leis do seu cotidiano. Brasília: AGU, 2003.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657** de 04 de setembro de 1942, alterado pela Lei n. 12.376, de 30.12.2010. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Lex: Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm. Acessado em 20.12.2012

_____. Fortaleza. **Protocolo de Defesa da Concorrência no MERCOSUL**. Elaborado em: 17/12/1996. Lex: Disponível em: http://www.cade.gov.br/internacional/Protocolo_Defesa_Concorrencia_Mercosul.pdf. Acessado em: 11.01.2013.

BRASIL. CADE. Acórdão em processo administrativo. 08012.001697/2002-89. Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil LTDA. Relator: Cons. Thompson Andrade. DJ 04.02.2004. Lex: Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000301611365.pdf. Acessado em 07.02.2013.

_____. CADE. Acórdão em processo administrativo. 53500.000753/2005. SkyTerra Communications e DirecTV Group. Relator: Cons. Luiz Carlos Prado. DJ 31.01.2007. Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000236701322.pdf. Acessado em 07.02.2013.

_____. CADE. Acórdão em processo administrativo. 53500.032382/2005. SkyTerra Communications e DirecTV Group. Relator: Cons. Paulo Furquim de Azevedo. DJ: 11/04/2007. Lex: Disponível em: http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000266841438.pdf. Acessado em 07.02.2013.

BRITO, Aldo Ribeiro. **Contratos de master franchising**. Jus Navegandi. Teresina, ano 8, n. 63, mar.2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3876/contratos-de-master-franchising>. Acesso em 16.12.2012.

BRITISH FRANCHISE ASSOCIATION. Disponível em: www.thebfa.org. Acessado em 18.12.2012.

BULGARELLI, Waldirio. **Fusões, incorporações e cisões de sociedades**. 6ª ed. Atlas: São Paulo, 2000.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 16ª ed. rev. atual. Saraiva: São Paulo, 2005.

DORIA, Dílson. **Curso de Direito Comercial**. v. 1. 13ª ed. ver. atual. Saraiva: São Paulo, 1998.

FERNANDES, Lina. **Do Contrato de Franquia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

FILHO, Adalberto Simão. **Franchising: aspectos jurídicos e contratuais**. 2ª ed. Atlas: São Paulo, 1997.

FRANÇA, Rafael Marchiorato. **Concentração industrial e defesa da livre concorrência**. Jus Navegandi, Teresina, ano 5, n. 51, out.2001. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/2251/concentracao-industrial-e-a-defesa-da-livre-concorrencia>. Acesso em: 29.12.2012.

GIL, Fábio C. de A. **Incorporação e Contratos Imobiliários**. Disponível em: <http://www.barrospimentel.adv.br/apresentacoes/contratos.pdf>. Acessado em: 12/12/2012.

LOBO, Jorge. **Contrato de Franchising**. 3ª ed. Forense: Rio de Janeiro, 2003.

GERSY, 1998, apud MALUF, Clóvis A. e MIRANDA, Maria B. **Os Contratos de Joint venture como instrumento jurídico de internacionalização das empresas**. Disponível em: www.clovismaluf.com.br/artigos/artigo00.htm. Acessado em: 12.01.2013

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro**. Direito Societário: sociedades simples e empresárias. v. 2. Atlas: São Paulo, 2004.

MARQUES, Camila. **Como funciona e para que serve a fusão de empresas?**. Disponível em: <http://www.financieiro24horas.com/informativo.aspx?CodMateria=512>. Acessado em: 28/11/2012.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. 15ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NASI, Antônio Carlos. **Incorporação, Fusão, Cisão e Joint venture: o que é, quando fazer e quando não fazer**. Disponível em: http://www.nardonnasi.com.br/images/stories/artigos/pdf/Incorporacao_Fusao_Cisao_Joint-Venture.pdf. Acessado em: 15.01.2013.

GRAU, apud, ARAUJO, Izabella, NETO, Kátia e SANTOS Otacílio. **Aspectos Tributários das Joint ventures no Direito Brasileiro e seus reflexos na Indústria do Petróleo**. Disponível em: http://www.portalabpg.org.br/PDPetro/3/trabalhos/IBP0247_05.pdf. Acessado em: 12.01.2013.

NETO, José Cretella. **Do Contrato Internacional de franchising**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Protocolo e Justificação para a Incorporação da Vale do Rio Doce Alumínio S.A. – ALUVALE pela Companhia Vale do Rio Doce. Disponível em: [http://www.econoinfo.com.br/comunicados/VALE/Protocolo-de-Incorporacao,-Cisao-ou-Fusao-\(AGE\)/277156375041?p=1](http://www.econoinfo.com.br/comunicados/VALE/Protocolo-de-Incorporacao,-Cisao-ou-Fusao-(AGE)/277156375041?p=1). Acessado em: 16/01/2013.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. v. 2. 23ª ed. atual. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 258.

SANTOS, Renata Rivelli Martins dos. **A concentração empresarial. Caracterização das operações de concentração**. Jus Navegandi, Teresina, ano 10, n 989, 17/03/2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8103/a-concentracao-empresarial>. Acesso em: 03.01.2013.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

TELESINTESE. Concorrência leva TELESP a incorporar Telefônica Empresas. Disponível em: <http://www.telesintese.com.br/index.php/41-plantao-2006/plantao-2006/4904-concorrenca-leva-telesp-a-incorporar-telefonica-empresas>. Acessado em: 16/01/2013.

ASTOLFI, apud VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Cláusula compromissória nos contratos de joint venture**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4175/clusula-compromissoria-nos-contratos-de-joint-venture>. Acesso em: 15.12.2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil: Contratos em espécie**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.