

Luís Silva Morais – Professor da Faculdade de Direito de Lisboa /Cátedra Jean Monnet

## Aspectos contratuais da cooperação entre empresas e contratos de joint venture

Seminário Luso-Brasileiro “Contratos em Direito Privado”

14 Outubro - SÃO PAULO - BRASIL

USP/Universidade de São Paulo

Luís Silva Morais

Professor Associado - Faculdade de Direito de Lisboa (FDL)  
Cátedra Jean Monnet (Economic Regulation in the EU)

Vice-Presidente - ECSA -Portugal

Advogado - Sócio Fundador - Luís Silva Morais, Sérgio Gonçalves do Cabo & Associados, RL



[luis.morais.adv@netcabo.pt](mailto:luis.morais.adv@netcabo.pt)

You can access some of my papers and references to academic / research activities in connection with my Jean MonnetChair at:

[www.institutoeuropeu.eu](http://www.institutoeuropeu.eu)

as from end of October 2014 you can access those Papers at [www.cirsf.eu](http://www.cirsf.eu)

## Cooperação entre empresas e joint ventures - Perspectiva geral

- Organização juridico-económica da empresa ('impresa', 'unternehmen', 'entreprise/undertaking') – como categoria jurídica de referência não apenas em ordenamentos da família romano-germânica (como o Brasileiro e Português), mas também em ordenamentos de 'common law' – entendida sobretudo ideia de empreendimento de natureza económica visando gerar resultados económicos novos (conjugando concepções tradicionais de empresa como instituição e como actividade, tem conhecido duas evoluções/tendências divergentes: **(a)** desenvolvimento de organizações centralizadas (paradigma das empresas multinacionais do pós-guerra) ou **(b)** desenvolvimento de processos de cooperação entre empresas, de complexidade muito variável.
- Segunda tendência – cooperação entre empresas tem vindo a conhecer peso crescente na transição para século XXI

## Cooperação entre empresas e joint ventures - Perspectiva geral-cont

- Visões muito difundidas pretendem que vem ocorrendo um reforço continuado da concentração empresarial (com perda da individualidade das empresas objecto de concentração/integração empresarial) no quadro da globalização económica exigindo crescentes economias de escala.
- Estudos recentes vem demonstrando contudo o oposto – queda generalizada das quotas de mercado das empresas tradicionalmente dominantes e importância crescente não da concentração empresarial mas dos processos de cooperação entre empresas muitas vezes combinados, em modelos cada vez mais complexos, com algumas dimensões de integração empresarial.
- Processos novos que permitem a grupos empresariais conjugar recursos produtivos diferenciados e manter elevada flexibilidade para reajustamentos estruturais frequentes num quadro de grande dinamismo dos mercados.

## Cooperação entre empresas e joint ventures - Perspectiva geral-cont

- Pessoalmente defendo existência de **alteração estrutural no modelo de relacionamento inter-empresarial** (Luís Silva Morais – Joint Ventures and EU competition Law, Hart Publishing, 2013 – com enfoque no direito da concorrência mas utilizando a elevada densificação da JV nessa área do direito para análise mais geral em sede de direito comercial (business law em Estados de Common Law) de fenómenos de **estruturação jurídica de cooperação empresarial, maxime via JVs**.
- Orientação defendida também por autores como Charles Weller no direito norte-americano (que partem também do antitrust para projecção de figuras de cooperação empresarial especialmente densificadas nesse antitrust para plano geral de direito comercial e direito da empresa (caminho inverso ao que é habitualmente seguido).

## Cooperação entre empresas e joint ventures - Perspectiva geral-cont

- Noutros quadrantes de estudo, autores como Peter Drucker referem sugestivamente evoluções no sentido da substituição da ‘ownership’ pela ‘partnership’ (Drucker – ‘managing in a time of great change’) – ideia de substituição progressiva de elementos de **titularidade exclusiva de unidades jurídicas empresariais** por **elementos de associação ou cooperação**.
- Relações e estruturas jurídicas de cooperação entre empresas tendem a tornar-se no modo dominante de estruturação de relações entre empresas – o que contrasta com défice de análise sistemática em sede de direito privado destes fenómenos de cooperação empresarial.
- Impõe-se, neste novo contexto de organização empresarial, estudo desenvolvido e sistemático dos **sistemas de contratos** através dos quais se desenvolvem estes nexos de cooperação – maxime nas suas modalidades mais estáveis e complexas como sucede tipicamente como as JVs – empresas comuns.

## 2 - Os contratos de JV como modalidade de cooperação empresarial

- Em qualquer tipologia de acordos de cooperação entre empresas a figura da JV ocupa posição cimeira considerando grau de intensidade de cooperação combinado com grau de integração de factores produtivos em causa.
- Primeira aproximação preliminar à figura da JV: Relação de conteúdo complexo entre entidades que explorem empresas com a finalidade de realizar em comum e em quadro de concertação determinado projecto empresarial, mantendo em contrapartida, numa esfera minimamente apreciável a sua autonomia jurídica e a sua capacidade própria de determinação do seu comportamento comercial.
- Maius juridico que separa figura qualificável como JV de várias modalidades de cooperação empresarial consiste na individualização de uma organização jurídica com características empresariais criada ex novo , mesmo que o seu grau de autonomia em relação às empresas fundadoras possa ser bastante variável (= estrutura organizativa de um feixe de relações de cooperação que dispõe de alguns meios próprios para o efeito – orientada para realização de determinado projecto empresarial ainda que este seja essencialmente instrumental das actividades das empresas-mãe).

## 2 - Os contratos de JV como modalidade de cooperação empresarial - cont

- Relações de cooperação através de JVs tendo como elemento distintivo comum a criação de estruturas organizativas próprias e com meios afectos às mesmas (embora sob muitas formulações jurídicas ou com utilização de veículos jurídico-formais muito variados) e finalidades mais recorrentes dos processos de cooperação empresarial – possível sistematização dessas finalidades na praxis empresarial com relevo para análise e compreensão dos processos de estruturação jurídica destas relações:
- Assim, **FINALIDADES**: **(1)** relativas a necessidades de inovação técnica mediante combinação de recursos complementares; **(2)** redução do risco financeiro associados a certas operações (projectos com elevados custos iniciais e apreciável incerteza quanto a resultados que podem geral; **(3)** desenvolvimento de projectos de internacionalização;

## 2 - Os contratos de JV como modalidade de cooperação empresarial - cont

- **sistematização de finalidades mais recorrentes de cooperação empresarial e JVs (cont):** (4) Objectivos de reestruturação de certos domínios de actividade de grupos empresariais – v.g. substituir presença directa em certas áreas por relações estáveis de cooperação com outras empresas mais vocacionadas para tais áreas; (5) Estratégia alternativa à constituição de extensas redes de distribuição mediante recurso a franchising ou outros tipos de contratos para a distribuição de bens ou serviços; (6) realização de projecto empresarial individualizado de grande dimensão; (7) Realização de formas de investigação e pesquisa tecnológica sem ligação imediata aos respectivos sectores produtivos; (8) Lógica de especialização na obtenção de determinados factores produtivos a colocar em comum – v.g. via certas Jvs de produção.

### 3 -JVs como possível tipo contratual do comércio jurídico

- Proliferação na *praxis* negocial/empresarial no quadro de ordenamentos de várias famílias do direito do *nomen juris*/designação de JV/Empresa Comum – mas grande variabilidade das formas e tipos negociais utilizados para organizar relações entre empresas que possam merecer essa qualificação e grande imprecisão na utilização deste *nomen juris*.
- Utilidade para melhor compreensão/utilização desta figura da JVs na *praxis* empresarial de analisar criticamente e em base sistematizada – num plano de **pensamento jurídico tipológico** – a possibilidade de reconhecer no **contrato de JV** um **tipo do comércio jurídico/tipo social de contrato** – mesmo não sendo na generalidade dos ordenamentos nas várias famílias jurídicas um **tipo contratual normativo**.

### 3 -JVs como possível tipo contratual do comércio jurídico

- Critérios mais importantes para ponderar **possível autonomização da figura da JV** como um **tipo geral do comércio jurídico** (embora normalmente não um tipo normativo de contrato) serão **(1)** causa/função destes contratos; **(2)** o fim destes contratos; **(3)** existência de uma prática negocial estritamente associada à utilização intencional pelas partes de um determinado nomen juris/designação; e o **(4)** plano estrutural do contrato (equivalente ao que alguma doutrina alemã designa como ‘Bauplan’).
- Vejamos mais de perto cada um destes **quatro critérios**, antecipando já conclusão – posição - sustentada no sentido do efectivo reconhecimento da figura da JVs, apesar da sua variabilidade e aparente imprecisão, com um verdadeiro **tipo geral do comércio jurídico** (não normativo)

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico

- **(1) (i)** Critério da causa do contrato, entendida como função do contrato – a sua ponderação em relação à figura da JV permite identificar um núcleo de aspectos regularmente presentes nestes contratos, embora não forçosamente em todos os contratos qualificados pelas partes como JVs.
- **(ii)** Na realidade, é frequente a utilização intencional da denominação de empresa comum no quadro de verdadeiros carteis, orientados para a fixação de preços ou de volumes de produção, no sentido de beneficiar de uma valoração jurídica positiva que essa figura frequentemente recebe no plano do direito da concorrência (nos EUA correntemente designadas essas situações como ‘sham JVs’).

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico -cont

- **(1) (iii)** Causa – como função económico-social que regularmente assume um conteúdo idêntico na formulação de certos contratos de cooperação entre empresas – seu conteúdo essencial: desenvolvimento de relações de cooperação empresarial relativamente intensas, orientadas para a realização de um projecto empresarial novo globalmente considerado ou, pelo menos, de um segmento importante de um projecto empresarial a partir de um organização comum, que pode revestir ou não personalidade jurídica própria.
- **(1) (iv)** Tipicamente - estará em causa a realização de funções empresariais idênticas ou muito próximas das que se encontram subjacentes à integração de unidades empresariais, embora sem passar o limiar que acarretaria a dissolução da individualidade própria das empresas fundadoras da empresa comum

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico -cont

- **(2) (i)** Critério do fim dos contratos - primacialmente como uma projecção, no plano subjectivo, da função desempenhada pelo mesmo contrato – Possibilidade de detectar regularmente, em vários acordos de cooperação entre empresas, a finalidade de realização de um projecto empresarial comum, quer assumindo determinado grau de autonomia relativamente às actividades empresariais principais prosseguidas directamente pelas empresas fundadoras, quer assumindo um papel instrumental relativamente a essas actividades.
- **(2) (ii)** Essa finalidade, que consubstancia uma determinada *ideia de empresa* – mais ou menos estruturada, consoante os casos – é assumida pelas partes através do estabelecimento de uma *organização comum* – cuja estruturação institucional pode assumir formas jurídicas e intensidades muito variáveis - para a qual as referidas empresas fundadoras efectuem contribuições de diversos tipos.
- **(2) (iii)** modelação de contribuições das empresas fundadoras pode envolver transferências de activos ou pode, mesmo, corresponder à realização directa de certas actividades em benefício do projecto comum por parte de uma ou várias das referidas empresas fundadoras

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico -cont

- **(2) (iv)** Se num plano de finalidade dos contratos, podemos contrapor os denominados contratos de fim comum aos contratos ditos comutativos, e assumir o contrato de sociedade como uma espécie de paradigma da primeira modalidade, verificamos que o núcleo essencial dos contratos qualificáveis como contratos de JV integra essa primeira modalidade, mas apresentando algumas diferenças significativas no seu programa finalístico relativamente àquele paradigma societário.
- **(2) (v)** No contrato de JV embora a estrutura organizacional – com densidade institucional variável – em que assenta o programa de realização de uma actividade económica comum, resulte também, no acto constitutivo deste tipo de entidades, de contribuições das empresas participantes, a materialização continuada da cooperação empresarial originará outros contributos em permanência das referidas empresas - nexu material de cooperação empresarial funda-se aqui numa predisposição permanente das empresas participantes para a realização de novas prestações a favor do projecto comum da JV.

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico -cont

- **(3) Terceiro critério** – Práticas negociais de utilização do nomen juris de JV - a existência de uma prática negocial reiterada de celebração de contratos sistematicamente qualificados pelas partes no plano formal como empresas comuns e entendidos por estas como apresentando alguma identidade entre si, quer ao nível dos escopos que permitem prosseguir, quer ao nível do tipo de relações que enquadram, pode, dentro de certos limites, constituir um critério de determinação de tipos do comércio jurídico.
- **(4) Quarto critério – (i) Plano estrutural do contrato** - Mesmo contratos que apresentam uma função económico-social essencialmente idêntica, podem ter os seus elementos constitutivos estruturados de modo diferenciado.
- **(4) (ii)** - risco importante de se sobrevalorizar a diversidade das estruturas de relações contratuais que, em alternativa, podem ser utilizadas em acordos que reclamam a qualificação jurídica de JV e, conseqüentemente, de rejeitar, com esse fundamento, a possibilidade de justificar um tipo contratual autónomo, de carácter geral, de JV.

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico -cont

- **(4) (iii)** Essa perspectiva não será correcta e ignora a especificidade da figura da empresa comum que reside precisamente na sua estruturação complexa suportada numa *intermediação compósita de elementos de vários tipos contratuais e combinando potencialmente os planos da união de contratos e dos contratos mistos.*
- **(4) (iv)** O contrato de empresa comum situa-se numa zona complexa de confluência das duas figuras - *a dimensão que avulta nessa construção jurídica será a correspondente à figura do contrato misto.*
- **(4) (v)** Mais do que uma conjugação de tipos contratuais que mantêm a sua individualidade – embora em alguns casos a construção contratual da JV possa assentar primacialmente num determinado tipo contratual nominado de referência (v.g. JVs societárias) – esta figura da JV incorpora normalmente num todo complexo partes de contratos distintos.
- **(4) (vi)** *E podemos encontrar certas regularidades nos elementos de disciplina contratual combinados formando um núcleo ou matriz da relação que suporta as JVs.*

#### 4 - Critérios para JV como um tipo geral do comércio jurídico -cont

- **(4) (vii) - Regularidades nos elementos de disciplina contratual combinados formando um núcleo ou matriz da relação que suporta as JVs (quatro aspectos):** **a)** Delimitação material do objecto da cooperação realizada através da empresa comum e estabelecimento concomitante das principais finalidades da mesma; **b)** Regulação directa dos procedimentos de coordenação de actividades entre as empresas-mãe, envolvendo o estabelecimento de regras – pelo menos de conteúdo geral – sobre o enquadramento jurídico-formal da organização permanente a criar; **c)** Regulação do complexo de direitos e obrigações das empresas fundadoras em ordem à prossecução do objecto empresarial assumido em comum. Entre outros aspectos, importa regular as contribuições das empresas fundadoras para a instituição e funcionamento da empresa comum; **d)** Estabelecimento de regras respeitantes a procedimentos comuns de resolução de eventuais litígios entre as empresas participantes, as quais se apresentarão estreitamente articuladas com a regulação contratual dos mecanismos institucionais em que deverá assentar o funcionamento da organização permanente que seja criada.



