

Aspectos jurídicos dos contratos associativos no Brasil e a perspectiva da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

Legal aspects of associative agreements in Brazil and CADE's judgments perspective

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Professor Titular de Direito Comercial na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Professor Associado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ); Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ Líder do Grupo de Pesquisa Empresa e Atividades Econômicas do CNPq

Rua São Francisco Xavier, 524, Maracanã, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20550-900, Brasil

asaa@uol.com.br

<http://orcid.org/0000-0002-4623-2953>

José Carlos Jordão Pinto Dias

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Linha de pesquisa Empresa e Atividades Econômicas; Advogado

Rua São Francisco Xavier, 524, Maracanã, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20550-900, Brasil

josecarlosjpd@gmail.com

<http://orcid.org/0000-0003-3737-4586>

Novembro de 2020

RESUMO: O presente trabalho tem por tarefa analisar aspectos jurídicos dos contratos associativos, categoria jurídica prevista no art. 90 da Lei n. 12.529/2011. As decisões mais recentes do CADE, à luz da Resolução n. 17/2016, fixaram quatro requisitos para que o contrato seja qualificado como associativo, para fins do art. 90 da Lei 12.529/2011, quais sejam, i) as partes sejam concorrentes; ii) duração superior a dois anos; iii) empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e iv) compartilhamento de riscos e resultados. O método utilizado foi o dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental. Trata-se ainda de uma investigação multidisciplinar sendo tema relativo ao Direito Contratual, Direito Concorrencial e Direito Econômico. O artigo apresenta, em primeiro lugar, o fenômeno da desverticalização empresarial e da ascensão da colaboração entre agentes econômicos. Em seguida, trata dos institutos da coordenação, colaboração e concentração econômicas. Na sequência, pretende conceituar os contratos associativos, analisando o fundamento legal do instituto. Faz-se ainda uma breve digressão pela Resolução do CADE n. 17/2016, que regulamentou as hipóteses de notificação dos contratos associativos, em substituição à Resolução n. 10/2014. Adiante, tece distinção entre os contratos associativos e outros institutos. Analisa os julgamentos do Tribunal do CADE que tratam do tema. Ao final, são apresentadas conclusões a respeito da pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato empresariais; Contratos associativos; Art. 90, Lei n. 12.529/2011; Desverticalização dos grupos empresariais; Colaboração; Atos de concentração econômica.

ABSTRACT: The present paper analyses aspects of associative contracts, category founded in art. 90, Law no. 12,529/2011. CADE's most recent decisions, in light of Resolution no. 17/2016, set four requirements for the contract to be qualified as associative, for the purposes of art. 90 of Law 12.529 / 2011, that is, i) the parties are competitors; ii) duration of more than two years; iii) joint venture to explore economic activity; and iv) sharing of risks and results. The research applies deductive method, using bibliographical and documentary research. It is also a multidisciplinary investigation and is a topic related to Contract Law, Competition Law and Economic Law. The article deals, first, with the phenomenon of corporate unbundling and the rise of collaboration between economic agents. It then deals with the institutes of economic coordination, collaboration and concentration. Following, it intends to define associative agreements, analyzing the legal basis of the institute. Studies Administrative Council of Economic Defense (Cade) normative Resolution no. 17/2016, which regulated the cases of notification of associative agreements, replacing Resolution no. 10/2014. Forward, it distinguishes associative contracts and other institutes. At the end, presents conclusions about the research.

KEY WORDS: Business contracts; Associative agreements; Art. 90, Law no. 12.529/2011; Corporate unbundling; Collaboration; Mergers and acquisitions.

SUMÁRIO:

1. Introdução
 2. Coordenação, cooperação e concentração econômicas
 3. Conceito de contrato associativo. Características. Fundamento legal (art. 90, lei n. 12.529/2011)
 4. O contrato associativo sob a perspectiva da res. N. 17/2016 do CADE
 5. Distinção entre *joint venture*, consórcio e contrato associativo
 6. Os contratos associativos nas decisões do CADE
 7. Conclusão
- Bibliografia
- Jurisprudência

1. Introdução

Nas últimas décadas, com o dinamismo da economia, têm-se observado o surgimento de novas formas de interação entre os agentes econômicos privados, em que ganha destaque o papel desempenhado pelos contratos celebrados a longo prazo pelos agentes, não se restringindo mais à clássica dicotomia relações societárias e relações de mercado.

Paula Forgioni¹ destaca que ao longo do séc. XX a empresa se consolidou como eixo do direito comercial, de modo que a dogmática jurídica se debruçou sobre a organização da atividade produtiva, tomando como centro o tripé empresa, empresário e estabelecimento, como principais institutos objetos de análise da doutrina.

Ocorre que a partir dos anos 1980 o cenário fático modificou-se, tornando-se necessária a análise da interação da empresa com outros agentes econômicos no mercado. Esclarece a precitada autora que se faz necessário estudar a atividade da empresa a partir do pressuposto de que sua atividade somente encontra função econômica e razão de ser no mercado². Nesse sentido, a empresa aparece de forma dinâmica, e não mais estática. Trata-se do chamado perfil contratual da empresa.

A autora³ chama a atenção para o fenômeno da diminuição do grau de pulverização em determinados setores da economia, com o advento de novos arranjos societários. Houve o aumento do número de macroempresas em importantes setores da economia brasileira, como o grande varejo, alimentos, farmacêutico, transportes e construção civil.

Esse movimento de concentração deu origem à concorrência oligopolística, em que poucos agentes econômicos passam a disputar o mercado de maneira vigorosa. Entre os economistas há quem defenda que o mercado seria mais eficiente se poucos e hígidos agentes disputassem as oportunidades de troca, superando-se a crença de que o maior número de empresas geraria concorrência mais acirrada (concorrência atomística). Nessa dinâmica, os consumidores seriam os grandes beneficiados, pois a forte concorrência geraria preços melhores. Esse movimento de concentração seria consequência inevitável da globalização econômica, vez que o incremento da competição internacional requer investimentos cada vez maiores, que somente seriam suportados por agentes de grande porte. Salaria Paula Forgioni⁴ que essa conclusão pode não se mostrar verdadeira para certos ramos da atividade econômica, exigindo que essas teorias econômicas sejam analisadas e aplicadas com cautela, visto que no Brasil mais da metade dos postos de trabalho se encontra nas pequenas e médias empresas.

Esse processo de concentração econômica, sob o ponto de vista jurídico, tradicionalmente ocorreu mediante operações de fusões, aquisições de participações acionárias, incorporações, compra de ativos, constituição de sociedade em comum, podendo apresentar como resultado a constituição de grupos societários, em que a atividade econômica é desenvolvida por várias

¹ PAULA FORGIONI, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 81-83.

² PAULA FORGIONI, *loc. cit.*

³ PAULA FORGIONI, *op. cit.*, p. 130.

⁴ PAULA FORGIONI, *op. cit.*, pp. 131-132.

sociedades, que, direta ou indiretamente, possuem acionistas comuns, imprimindo uma “direction économique unitaire”, segundo Champaud⁵.

Não obstante, Paula Forgioni⁶ observa que a partir dos anos 1990 passou a ocorrer um processo de desverticalização dos grupos empresariais, visto que, em razão desse fenômeno, as sociedades empresárias não mais detêm o controle societário de fornecedores, mas com eles celebram contratos estáveis, de longa duração.

Em teoria, as atividades que exigem elevados investimentos específicos tenderiam a levar as empresas à verticalização, pois uma vez realizada a inversão, o risco da atividade seria menor. Diante de contratações que implicam assunção de elevado grau de dependência, seria mais prudente evitar o vínculo estável e preferir a solução interna, com a sociedade empresária produzindo ela mesma o produto ou serviço⁷.

Deste modo, é preciso investigar as causas e os fatores que explicam a ocorrência do fenômeno da desverticalização dos agentes econômicos, pois ainda não está claro para a doutrina pátria as razões desse processo, que lança mão de relações contratuais estáveis e duradouras na atividade mercantil.

Nessa esteira, Paula Forgioni⁸ aponta a ascensão dos contratos de colaboração, pois a forma de negócios alterou-se, sendo que a atividade de cada empresa se liga cada vez mais à sua colaboração com outras. Tal interação assume veste jurídica diversa daquelas que eram normalmente empregadas, pois não se dá apenas por meio de contratos de sociedades e de contratos de intercâmbio. As sociedades empresárias passam a se valer cada vez mais de “formas híbridas”. Os contratos de colaboração surgem da necessidade de evitar os inconvenientes que surgiriam da celebração de extensa série de contratos de intercâmbio desconectados (custos de transação) e da fuga da rigidez típica dos esquemas societários (ou hierárquicos).

Como ressalta a autora, “nos contratos de colaboração, as partes, patrimonialmente autônomas, mantêm áleas distintas, embora interdependentes. Nem sociedade, nem intercâmbio, mas uma categoria que se situa entre esses dois polos.”⁹

O presente artigo tem por objetivo tratar de alguns aspectos que tangem os contratos associativos, em cotejo com o tratamento conferido ao instituto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O método utilizado foi o dedutivo e a pesquisa é do tipo bibliográfica e documental. Trata-se ainda de uma investigação multidisciplinar sendo tema relativo ao Direito Contratual, Direito Concorrencial e Direito Econômico.

⁵ PAULA FORGIONI, *loc. cit.*

⁶ PAULA FORGIONI, *op. cit.*, pp. 133-134.

⁷ PAULA FORGIONI, *loc. cit.*

⁸ PAULA FORGIONI, *op. cit.*, pp. 135-136.

⁹ PAULA FORGIONI, *op. cit.*, p. 136.

O próximo capítulo trata brevemente dos fenômenos da coordenação, cooperação e concentração entre agentes econômicos. O capítulo três apresenta um esforço de conceituação do contrato associativo e suas características. A seção quatro estuda a Resolução do CADE n. 17/2016, que regulamenta os contratos administrativos para fins de prévia notificação. Na sequência, o capítulo cinco aborda a distinção entre *joint venture*, consórcio e contrato administrativo. A seção seis estuda os julgamentos proferidos pelo Tribunal do CADE, e, por fim, são apresentadas breves considerações no encerramento do artigo.

2. Coordenação, cooperação e concentração econômicas

Em razão do surgimento do fenômeno da desverticalização empresarial e da ascensão da colaboração entre as sociedades empresariais, é preciso delimitar em que casos essa colaboração apresenta efeitos concorrenciais, de modo a atrair atuação do CADE. Deste modo, é preciso abordar os conceitos de coordenação, cooperação e concentração entre os agentes econômicos.

Deborah Caixeta¹⁰ afirma que a natureza concorrencial da relação existente entre os agentes econômicos pode assumir formas tanto concentrativas, com a formação de um novo centro de decisão, quanto cooperativas, sem o surgimento de novo centro decisório, muitas vezes não havendo uma distinção clara dessa natureza no caso concreto.

Como enfatizado, a cooperação pressupõe uma relação de certo modo duradoura. Um ou alguns atos isolados não são suficientes para configurar a cooperação econômica.

Angelo de Carvalho¹¹ ressalta que a cooperação entre indivíduos especializados tende a produzir maiores ganhos de eficiência e que pode ser equivocado o ponto de vista segundo o qual a cooperação entre sujeitos se dá tão somente no âmbito interno das organizações, na medida em que relações cooperativas são também uma constante nas relações entre empresas.

Acrescenta Deborah Caixeta¹² que

Sendo assim, para um acordo de cooperação ser objeto de incidência do controle preventivo do antitruste, nos moldes determinados pelos artigos 88 e 90 da Lei n. 12.529/2011, deve haver, necessariamente, uma "cooperação qualificada" entre as partes, que implique elementos concentrativos de mercado, dando ensejo a modalidades de "concentração por cooperação". Neste sentido é a lição de Salomão Filho (2013) de que é preciso identificar o caráter concentrativo dessas relações para poder aplicar-lhes a disciplina do controle preventivo, por força da limitação do art. 88 da Lei.

¹⁰ DEBORAH BATISTA CAIXETA, "Contratos Associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4, n. 1, maio 2016, p. 101

¹¹ ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO, *Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico aspectos dogmáticos e a postura do CADE no caso Monsanto*, Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017, p. 27

¹² DEBORAH BATISTA CAIXETA, *op. cit.*, p. 102

Nesta linha, Ana Frazão¹³ aponta como elementos a partir dos quais seria possível identificar o caráter concentrativo destas operações: (ii) o compartilhamento de risco entre os contratantes; (iii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes e (iv) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial.

Ainda segundo Deborah Caixeta¹⁴ a simples coordenação de atividades de agentes econômicos não caracteriza uma concentração econômica com consequências concorrenciais, por envolver apenas relações de mercado. A cooperação, que envolve qualquer relação de longa duração entre empresas independentes, por sua vez, poderá ser qualificada ou não com elementos concentrativos, enquanto na concentração propriamente dita, predominam as relações de empresa.

Cite-se o exemplo de duas sociedades concorrentes que decidem realizar promoções de vendas em determinada data comemorativa, sendo que, por conveniência, ambas decidem atingir público alvo diferente, com o intuito de aumentar a quantidade de vendas. Neste caso, há uma coordenação de atividades entre os concorrentes, ainda que essa coordenação surja espontaneamente, sem qualquer tipo de contato entre as partes.

Por outro lado, por exemplo, se duas partes celebram contrato para a produção de determinado produto, sendo o prazo da avença duradouro, há cooperação.

E, por fim, na hipótese, a título exemplificativo, de ocorrer uma operação de fusão societária, em que as sociedades anteriores deixam de existir, dando lugar a uma nova pessoa jurídica, há um ato de concentração em sentido estrito.

Em linha de raciocínio aplicável aos contratos associativos, Leonardo Toledo da Silva¹⁵ destaca, ao tratar dos contratos de aliança, que são criados mecanismos de compartilhamento coletivo de riscos, pelo qual, como regra, somente o desempenho coletivo tem consequências sobre o modelo de remuneração dos participantes da aliança: ou ganham ou perdem todos. E são utilizadas ferramentas de reforço a condutas que promovam transparência total (“*open book*”), comunicação aberta e honesta (*open communication*) e a resolução interna de disputas (“*no blame*”).

Ricardo Mafra da Silva¹⁶ afirma que a escolha pela alternativa societária ou contratual dependerá de circunstâncias da parceria comercial, do ambiente institucional (circunstâncias econômicas e legislação) e dos custos que cada opção imporá aos agentes, de modo que essas

¹³ ANA FRAZÃO, *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 16.

¹⁴ DEBORAH BATISTA CAIXETA, *op. cit.*, p. 106

¹⁵ LEONARDO TOLEDO DA SILVA, *Contratos de Aliança. Direito empresarial e ambiente cooperativo*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 244

¹⁶ RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA, *Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, pp. 19-20

alternativas não são analisadas de forma isolada, mas em comparação sob o ponto de vista de cada alternativa.

Ainda segundo Ricardo Mafra¹⁷, as associações contratuais entre concorrentes possuem relevantes efeitos para o direito antitruste, e tais contratos são, em essência, uma das diversas formas utilizadas pelos agentes econômicos para realocar recursos.

Na cooperação qualificada com elementos concentrativos e na concentração propriamente dita, há repercussões para o direito antitruste, como será visto a seguir. No primeiro caso se enquadram os justamente os contratos associativos, cuja conceituação tem sido objeto de esforço doutrinário, haja visto não haver ainda um consenso sobre suas principais características.

3. Conceito de contrato associativo. Características. Fundamento legal (art. 90, Lei n. 12.529/2011)

O contrato associativo traduz uma relação contratual em que há cooperação econômica em uma relação duradoura entre sociedades empresariais distintas e concorrentes, almejando um fim comum.

A categoria de contrato associativo pode ser considerada uma das espécies de contrato colaborativo ou de cooperação.

Paula Forgioni¹⁸ afirma que os contratos colaborativos tendem a ser celebrados por prazo indeterminado. Porém, a longa duração desses contratos causa atritos entre os contratantes, pois as condições de contratação alteram-se com o decorrer do tempo. Desse modo, nos contratos de colaboração é importante a disciplina de questões futuras. Esses contratos não se limitam a reger as trocas comerciais, mas sim as relações jurídicas entre as partes.

Sobre tais contratos, Paula Forgioni¹⁹ arremata que

Muitas das questões referentes aos contratos de colaboração estão em aberto, especialmente porque a doutrina contratualista desenvolveu-se sobre os negócios de intercâmbio e ainda não formulou respostas adequadas para questões relevantes, como o inadimplemento recíproco e o adimplemento suficiente. Igualmente, a “forma de gestão” desses contratos mostra-se por vezes tormentosa.

Eis mais uma função reservada à dogmática comercialista nos próximos anos: erigir a disciplina jurídica dessa categoria contratual, em prol do “interesse geral do comércio” e do desenvolvimento da economia.

¹⁷ RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA, *op. cit.*, p. 28.

¹⁸ PAULA FORGIONI, *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 195-196.

¹⁹ PAULA FORGIONI, *op. cit.*, p. 137.

Fábio Ulhoa Coelho²⁰ ressalta que no processo de globalização, com a integração regional, é necessária a harmonização das regras referentes aos custos da atividade econômica (direito-custo). Isso possibilita que os empresários sediados em qualquer um dos países integrantes de determinado bloco regional possa concorrer em igualdade de condições. E aqui reside a importância do direito dos contratos, pois este contém regras que influem na composição dos preços de produtos e serviços. Assim sendo, o direito dos contratos configura-se como um ramo sensível ao processo de globalização econômica, conduzindo à revitalização da autonomia da vontade.

Deborah Caixeta destaca a dificuldade que existe em se adotar um critério genérico para configurar os contratos associativos. Afirma que

A primeira dificuldade relacionada ao assunto diz respeito à ausência de delimitação material do que se deve considerar como contrato associativo para fins de aplicação do dispositivo legal [da Lei 12.529/2011], já que definições amplas deste conceito podem abarcar qualquer transação comercial realizada entre empresas no curso normal dos negócios.

Apesar das dificuldades inerentes ao assunto, o ponto de partida da análise é tentar compreender os contratos associativos, enquanto estruturas que correspondem a “terceira via”, a partir de suas diferenças com as formas extremas de organização da atividade empresarial²¹.

Daí se compreende a necessidade de estudo do tema, de modo a ser elaborada uma disciplina específica dos contratos associativos.

De fato, a Lei 12.529/2011, em seu art. 90, dispõe que

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

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

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

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

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

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

O contrato associativo foi uma nova categoria de operações notificáveis instituída pela Lei n. 12.529/2011. Se estiverem presentes os critérios da lei, tais operações se sujeitam à

²⁰ FÁBIO ULHOA COELHO, *Curso de Direito Comercial*, v. 1., 14.ed., São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 22-23.

²¹ DEBORAH BATISTA CAIXETA, *Contratos Associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 49.

aprovação prévia do CADE. Na época da promulgação da lei, surgiram críticas apontando a insegurança representada pela inclusão de uma nova categoria de operações, sem a existência de uma regulamentação que disciplinasse de modo objetivo quais contratos seriam considerados associativos²². Como será visto mais abaixo, o tema foi regulamentado com a edição de Resolução n. 10/2014, substituída pela Resolução n 17/2016.

Angelo de Carvalho²³ destaca a importância que a confiança exerce na gestão de interesses e para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelas partes nas relações contratuais que se estendem por alongados períodos.

Marília de Souza²⁴ distingue os contratos associativos em *lato sensu* e *stricto sensu*. Os contratos associativos em sentido amplo são classificados como plurilaterais, sendo também conhecidos pela doutrina como contratos de organização, em que o número de partes que se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma prestação excedem a dois, sendo que todas as partes são titulares de direito e de obrigações perante todas as outras partes. Sendo contratos de organização, buscam organizar um negócio jurídico empresarial por meio de cooperação entre sociedades, conjugando esforço econômico, tecnológico, administrativo, operacionais etc.

Gustavo Canoves²⁵ considera que a denominação contratos de cooperação ou de colaboração não contém o melhor significado para expressar os critérios que devem ter destaque na classificação quanto à função econômica de que tais instrumentos se revestem. Neste sentido, o autor considera preferível os termos associativos, plurilaterais ou de organização.

Atendendo aos apelos da melhor doutrina especializada, o CADE regulou o instituto do contrato associativo para fins concorrenciais, nos termos do art. 90 da Lei 12.529/2011, por meio das Resoluções n. 10/2014 e 17/2016, como será visto a seguir.

4. O contrato associativo sob a perspectiva da Res. n. 17/2016 do CADE

Em 18 de outubro de 2016, o Plenário do CADE publicou a Resolução n. 17, disciplinando as hipóteses de notificação dos contratos associativos, nos termos do art. 90, inc. IV, da Lei 12.529/2011, ocasião em que foi revogada a Resolução n. 10/2014, que tratava do mesmo assunto.

²² RENATA ZUCCOLO, LAURO CELIDÔNIO, *Contratos Associativos: 5 anos depois*, Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-associativos-5-anos-depois-16032017>

²³ ANGELO GAMBA PRATA DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 28.

²⁴ MARILIA SANTOS VENTURA DE SOUZA, *Os Contratos Associativos e a Obrigatoriedade de Submissão Prévia ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, Trabalho de Conclusão de Curso (Programa de Pós-graduação em Direito: LL.M. – Direito dos Contratos) – INSPER, São Paulo, 2017, pp. 27-28.

²⁵ GUSTAVO DE OLIVEIRA CANOVES, *Análise dos aspectos contratuais que definem os contratos associativos e a obrigatoriedade de notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*, Trabalho de Conclusão de Curso (Programa de Pós-graduação em Direito: LL.M. – Direito dos Contratos) – INSPER, São Paulo, 2016, p. 29.

O art. 2º da Resolução n. 17/2016 apresenta a conceituação de contrato associativo, nos seguintes termos:

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

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

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

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

Tal conceituação apresenta consideráveis mudanças em relação ao disposto na Resolução n. 10/2014, diploma revogado que tratava do mesmo assunto, segundo a qual:

Art. 2º - Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no artigo 88 da Lei nº 12.529, de 2011, e para fins do disposto nesta lei, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.

§ 1º Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência:

I - nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%); ou

II - nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes;

b) do contrato decorra relação de exclusividade.

§ 2º Para fins dos incisos I e II deste artigo, consideram-se partes contratantes as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012.

§ 3º Os contratos com duração inferior a dois anos devem ser notificados nos termos desta Resolução quando, mediante sua renovação, o período de 2 (dois) anos for atingido ou ultrapassado.

A Resolução n. 17/2016 considera que o contrato, para ser caracterizado como associativo, deve ser celebrado pelo período mínimo de dois anos, mesmo período previsto na resolução

anterior, e que estabeleça entre as partes um “empreendimento comum” para a exploração da atividade econômica.

Qual teria sido a intenção da resolução ao adotar essa expressão, em comparação com a resolução anterior, que empregava o termo “cooperação horizontal ou vertical”? Antes de procurar responder a essa pergunta, é necessário analisar brevemente as diferenças entre as resoluções.

Nos termos da resolução anterior, bastava que o contrato previsse alguma forma de compartilhamento de risco, à parte da cooperação, para a configuração do contrato associativo. Já em relação à nova resolução, exige-se que o contrato preveja compartilhamento do risco em todos os casos de criação de empreendimento comum.

O parágrafo 1º da Resolução n. 10/2014 explicitava os casos de cooperação que se enquadravam no caput do artigo, gerando “relação de interdependência”. Em caso de cooperação horizontal, exigia-se que o contrato afetasse no mínimo 20% do mercado relevante, considerando-se a soma da participação das partes contratantes no mercado. No caso de cooperação vertical, uma das partes deveria ter participação no mercado relevante de no mínimo de 30%, desde que houvesse compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes e previsão de cláusula de exclusividade.

A doutrina especializada aponta que as maiores críticas em relação à Resolução n. 10/2014 recaíam no fato de que a resolução levava em consideração a participação de mercado das partes, deixando de lado a análise do objeto do contrato e sobre o caráter associativo da operação em si. Deste modo, o diploma acabava por ser extremamente abrangente, incluindo contratos rotineiros em setores como o farmacêutico, telecom e varejo, sem que houvesse de fato uma associação entre as partes. Além disso, o critério de participação de mercado era de difícil aferição, em razão da inexistência de dados públicos que permitissem o cálculo da participação²⁶.

Nesse sentido, a Resolução n. 16/2017 incluiu no inciso II do caput a necessidade de que as partes contratantes sejam concorrentes no mesmo mercado relevante.

Neste sentido, ficam excluídas na nova resolução as operações contratuais que envolvam cooperação vertical, pois as partes contratantes nesse caso não são concorrentes no mesmo mercado.

Frise-se, porém, que nada impede que uma relação contratual que represente uma concentração vertical possa vir a ser caracterizada como uma joint venture contratual.

Outrossim, os requisitos do parágrafo 1º da Resolução n. 10/2014 não estão presentes na Resolução n. 17/2016.

A ausência dos requisitos percentuais nos contratos de cooperação horizontal pode trazer maior insegurança jurídica e gera uma série de questionamentos de ordem prática.

²⁶ RENATA ZUCCOLO; LAURO CELIDÔNIO, *op.*, *cit.*

O parágrafo 3º do artigo 2º da antiga resolução trazia regra que não foi repetida na nova resolução, segundo a qual se o contrato, ajustado por prazo inferior a dois anos, for prorrogado e alcançar ou ultrapassar os dois anos, deverá ser notificado. Tal entendimento deve continuar no regime da atual resolução, caso contrário haveria fácil burla à regra de obrigatoriedade da notificação prévia.

A redação do Resolução n. 17/2016 é mais sucinta, prevendo, como já frisado, a manutenção do prazo mínimo de dois anos e o requisito de compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica. Em acréscimo, requer-se também que as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto da avença.

O parágrafo 1º do artigo 2º da Resolução n. 17/2016 apresenta, para fins do disposto no caput, a conceituação de atividade econômica, como a aquisição ou oferta de bens e serviços no mercado. O dispositivo considera ainda como econômica a atividade sem fins lucrativos, desde que exercida por empresa privada com propósito de lucro. Atecnias à parte, parece que a intenção da resolução é a de que se a parte contratante exerce outras atividades com fins lucrativos e a mesma celebrar contrato cuja atividade não é lucrativa, o contrato deverá ser notificado. O que não se pode inferir é que associações, exercendo atividade sem fim lucrativo, enquadram-se no artigo.

Em resposta à demanda formulada acima, parece que a intenção da nova resolução foi ser mais restritiva quanto às hipóteses de incidência da regra de notificação compulsória prévia dos contratos associativos.

Ricardo Mafra²⁷ didaticamente expõe que os acordos de colaboração – caso do contrato associativo – podem ser ou não considerados válidos pelo direito antitruste. Será válido se o contrato entre concorrentes, na hipótese concreta, tiver como escopo i) a redução dos custos de transação e/ou a assimetria de informações; ii) a obtenção de ganhos de escala ou a racionalização da oferta e/ou da demanda em determinado mercado; e iii) a cooperação na pesquisa e no desenvolvimento de novos produtos e serviços, ou o estabelecimento de padrões tecnológicos ou industriais. Por outro lado, o direito concorrencial rejeita a legalidade das restrições dos acordos de colaboração não casos em que houver i) ensejo para a facilitação de comportamento uniforme, nos casos que envolvam troca de informações; ii) a restrição da oferta, aumento de preços ou limitação de investimentos sem justificativa concorrencial, no âmbito de colaborações para a produção, aquisição de insumos ou comercialização conjuntas; e iii) entrave à entrada de novos concorrentes ou o aumento dos custos dos agentes já presentes no mercado, nos acordos que tenham por escopo a pesquisa e o desenvolvimento, assim como o estabelecimento de padrões tecnológicos.

Importante ressaltar que o instituto do contrato associativo ainda não apresenta uma conceituação bem definida na doutrina brasileira, de modo que pode vir a ser identificado com

²⁷ RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA SILVA, *op. cit.*, p. 62 ss.

outros institutos novos ou já consagrados na ordem jurídica, como a *joint venture* e o consórcio.

5. Distinção entre *joint venture*, consórcio e contrato associativo

Ainda que não tenha uma conceituação bem precisa, o contrato associativo possui traços que o distingue de outros institutos cooperativos, como a *joint venture* e o consórcio.

Deborah Caixeta²⁸ afirma que

Acordos de cooperação podem assumir distintas formas legais, mas três delas são relevantes para aplicação da Lei n. 12.529/2011: os consórcios, as *joint ventures* e os contratos associativos, já que constituem modalidades de “concentração por cooperação”.

Acrescenta a autora que os consórcios são exemplos típicos de concentração por cooperação, visto que, por determinação legal, duas empresas independentes formam uma nova unidade de produção estruturada sem a perda da autonomia jurídica e financeira das pessoas jurídicas contratantes. Entretanto, trata-se de uma modalidade de cooperação limitada a um projeto específico, a partir do qual as empresas poderão extrair benefícios mútuos. Sua disciplina legal, constante do artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas deixa clara a existência de um “empreendimento comum” entre os contratantes, que, por se tratar de um contrato, dispensa a criação de nova pessoa jurídica.

Ainda segundo a autora, os consórcios apresentam uma cooperação qualificada pelo fim em comum, com estrutura organizativa própria e determinada legalmente, e que alguns especialistas os aproximam de verdadeiros contratos de sociedade²⁹. Isso porque muitas das cláusulas obrigatórias desse tipo contratual encontram-se igualmente presentes nos contratos de sociedade (Frazão 2015), conforme disposição do artigo 279 da Lei das SA.

O consórcio, segundo Marília Souza³⁰, objetiva a execução de determinado empreendimento, sendo que algumas cláusulas obrigatórias do contrato de sociedade devem estar presentes, como a duração, endereço, foro, definição das obrigações e responsabilidade de cada consorciado, divisão das receitas e resultados, sendo regulado pelos artigos 278 e 279 da Lei n. 6.404/1976.

Da leitura do art. 279 da Lei das SA, percebe-se que o consórcio pode ser celebrado por sociedades de um mesmo grupo, sendo que o contrato associativo, nos termos da Resolução n. 17/2016, para efeitos concorrenciais, é pactuado entre concorrentes.

²⁸ DEBORAH BATISTA CAIXETA, *op. cit.*, pp. 103-104.

²⁹ ANA FRAZÃO, *op. cit.*, 2015.

³⁰ MARILIA SANTOS VENTURA DE SOUZA, *op. cit.*, p. 30.

Para Deborah Caixeta³¹, as *joint ventures*, tal como os consórcios, são exemplos de estruturas intermediárias que constituem a “terceira via” entre a sociedade empresária e o mercado. No entanto, diferentemente dos consórcios, cuja estrutura é determinada por lei, as *joint ventures*, principalmente contratuais, podem assumir distintas formas, que muitas vezes tornam difícil sua identificação. Algumas características, segundo a autora, podem ser destacadas dessa modalidade, possibilitando o reconhecimento dessas estruturas pela autoridade concorrencial, sendo elas: (i) a existência de um fim comum; (ii) o compartilhamento de risco entre os *co-ventures*; (iii) a criação de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade assumida pelas partes, que se dá tanto por alterações societárias ou contratual e (iv) a criação de um novo centro de controle da atividade empresarial³².

Ana Frazão³³ afirma que o termo *joint venture* contratual (*unincorporated joint ventures*), oriundo do direito norte-americano, identifica a associação entre duas ou mais empresas, que, embora mantenham sua independência e autonomia e não constituam propriamente um grupo societário, unem-se para o exercício de uma empresa comum. Destaca a autora que a peculiaridade da *joint venture* contratual está no fato de não depender da criação de uma pessoa jurídica, como ocorre nas *joint ventures* societárias (*incorporated joint ventures*). Nas *joint ventures* contratuais, a associação não se dá por vínculos societários, como ocorre nos grupos, mas tão somente por vínculos contratuais.

Segundo Ana Frazão³⁴, as *joint ventures* contratuais, assim como outros meios de organização semelhantes, desafiam o trinômio clássico comerciante individual/sociedade empresária/grupos de sociedades, bem como não se enquadram na clássica dicotomia empresa e mercado, apresentando-se como estrutura intermediária entre a hierarquia inerente à empresa e a coordenação e a flexibilidade que são próprias das relações de mercado.

Segundo Marília Souza³⁵, as *joint ventures* configuram-se como a associação entre dois ou mais agentes econômicos objetivando a criação de um novo agente econômico, cuja finalidade poderá ser, dentre outras, a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos e serviços, a atuação em um novo mercado etc, se enquadrando, segundo a autora, na categoria de contrato associativo em sentido amplo.

Marcello Machado Neto³⁶ destaca que as *joint ventures* contratuais podem possuir variados graus de organização, desde uma forma mais simplificada até um sistema de contratos altamente complexo, com um elevado grau de estruturação, patrimônio próprio, divisão de responsabilidades e autonomia de representação perante terceiros.

³¹ DEBORAH BATISTA CAIXETA, *op. cit.*, pp. 103-104.

³² ANA FRAZÃO, *op. cit.*

³³ ANA FRAZÃO, *op. cit.*, p. 188.

³⁴ ANA FRAZÃO, *loc. cit.*

³⁵ MARILIA SANTOS VENTURA DE SOUZA, *op. cit.*, p. 29.

³⁶ MARCELLO LAVENÈRE MACHADO NETO, *Joint venture: a tentativa de autonomização de um novo paradigma contratual*, Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, p. 63.

Para Marília Souza³⁷, o contrato associativo em sentido estrito tem como característica o fato de que o poder decisório permanece com as partes, sem haver transferência de poder para a estrutura criada para a realização da operação econômica acordada, diferentemente do que ocorre nos consórcios e *joint ventures*.

6. Os contratos associativos nas decisões do CADE

Após a entrada em vigor da Lei n. 12.529/2011, o Tribunal do CADE teve a oportunidade de se manifestar algumas vezes sobre os contratos associativos.

Antes da publicação da Resolução n. 10/2014, no Ato de Concentração n. 08700.008736/2012-92, o CADE aprovou sem restrições operação envolvendo contrato associativo entre Petrobrás Distribuidora S.A. e Consórcio MPEC, envolvendo serviços de consultoria ambiental e gestão de riscos. Na ocasião, as partes haviam solicitado o não conhecimento da operação, por não gerar qualquer vinculação ou concentração estrutural, tal como observado nas formas clássicas de concentrações econômicas, pois a independência dos centros decisórios das partes envolvidas na parceria permaneceria inalterada.

A Procuradoria do CADE se posicionou pelo conhecimento do feito, por entender que a operação poderia potencialmente implicar a eliminação ou redução de concorrência nos mercados afetados pela parceria. Apontou como razões o fato de que, tratava-se do estabelecimento de relação entre empresas e que, não obstante mantivessem a autonomia jurídica e econômica, iriam, em conjunto, desenvolver uma atividade econômica. Além disso, aduziu que o contrato previa a exclusividade entre as partes contratantes.

A Superintendência-Geral acolheu os fundamentos do parecer da Procuradoria, entendendo que o ato era de notificação obrigatória, analisando o mérito da questão. No mérito, aprovou a operação sem restrições.

Interessante, neste caso, que um consórcio participou da celebração de contrato associativo, ficando nítida a distinção entre os institutos, visto que o consórcio é dotado de personalidade jurídica, ao passo que o contrato associativo envolve apenas relações contratuais. Importante também que nessa ocasião o CADE considerou relevante a existência de cláusula de exclusividade no contrato associativo, mesmo antes de publicar qualquer resolução.

No Ato de Concentração n. 08700.003536/2013-24, o CADE aprovou sem restrições operação envolvendo contrato entre Claro S.A. e VIVO S.A. para compartilhamento de infraestrutura e meios de transmissão. Nesse caso as partes também solicitaram o não conhecimento da operação, o que não foi acolhido pelo CADE.

Ao conhecer da operação, a Superintendência-Geral destacou que em se tratando de um acordo de cooperação entre dois concorrentes diretos, para compartilhamento de ativos

³⁷ MARILIA SANTOS VENTURA DE SOUZA, *op. cit.*, p. 30.

necessários às suas atividades econômicas, em tese, em determinados casos, podem ser incluídas cláusulas restritivas à concorrência. Sendo assim, a cautela demandava a apreciação da operação pela autoridade de defesa da concorrência, que, em análise de mérito, verifica se o acordo de cooperação tem o condão de produzir, ou não, restrições à concorrência. No mérito, a Superintendência-Geral entendeu não haver efeitos anticompetitivos na operação³⁸.

No julgamento conjunto do Ato de Concentração n. 08012.002870/2012-38, envolvendo contrato de licenciamento entre Monsanto e Syngenta para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja, o CADE aprovou a operação com restrições³⁹.

No mérito prevaleceu o voto do Conselheiro Eduardo Ribeiro, determinando que as requerentes alterassem todas as cláusulas que permitiam o controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia Monsanto. Isto porque o contrato previa financiamento do desenvolvimento de produtos de forma conjunta e influência concorrencial em outros negócios da licenciada, contendo cláusula que previa um sistema de incentivos que criariam influência externa da licenciadora nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença, o que teria potencial de elevar as barreiras à entrada.

No julgamento conjunto, a Conselheira Ana Frazão, que votou pelo não conhecimento, afirmou que o contrato de licenciamento sem cláusula de exclusividade não possuiria por pressuposto a realização de empresa comum, e que nesse tipo de contrato, não havia cooperação qualificada que justificasse sua inclusão na categoria de contrato associativo.

No mesmo sentido, o parecer da Superintendência-Geral, ao afirmar que contratos de licenciamento não-exclusivo de uso de tecnologia, desde que não carreguem consigo acordos de não-concorrência, transferência de ativos, organização comum ou vínculos societários de qualquer natureza, ou qualquer medida que implicasse em alteração dos centros decisórios ou restrição concorrencial, não seriam de notificação obrigatória.

Percebe-se que, com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, surgiu certa insegurança jurídica no que se refere a quais contratos associativos deveriam ser enquadrados no disposto pelo art. 90, especialmente no que tange a necessidade ou não da cláusula de exclusividade para a configuração do ato concentrativo. Daí a necessidade de regulamentação apontada pela doutrina.

Com a publicação da Resolução n. 10/2014, que, dentre outros, inseriu o requisito alternativo da exclusividade nas concentrações verticais e a relação de interdependência entre as partes, o tratamento conferido ao tema começou a ganhar contornos mais precisos, o que proporcionou aumento de segurança jurídica, apesar de persistirem discussões sobre quais contratos se subsumiriam à autoridade antitruste.

³⁸ Mesmo entendimento havia sido proferido no julgamento do Ato de Concentração n. 08700.000548/2013-05, envolvendo contrato de compartilhamento entre TIM e Oi.

³⁹ Outros casos semelhantes envolvendo licenciamento de sementes foram julgados em conjunto: 08012.006706/2012-08, 08012.003898/2012-34, 08012.003937/2012-01, todos envolvendo o licenciamento de sementes pela Monsanto.

No Ato de Concentração n. 08700.000137/2015-73, o CADE, apurando a prática de consumação prévia de ato de concentração (*gum junping*), considerou ser associativo, para fins do disposto no art. 90 da Lei de Concorrência, o contrato de fornecimento de gás natural (acordo de cooperação vertical), celebrado entre GásLocal e Gasmig, visando suprir a demanda em determinado município.

O contrato previa cláusula de exclusividade, e segundo a relatora Conselheira Ana Frazão, havia interesses convergentes das partes, visando à realização de empreendimento comum, destacando ainda que o elemento associativo do acordo de cooperação era acentuado.

Aponta Marília de Souza⁴⁰ que a operação em questão, de natureza vertical, explicitamente prevista dentre as hipóteses da Resolução n. 10/2014, não seria notificável sob a égide da Resolução n. 17/2016, que exclui de seu âmbito de aplicação acordos de natureza vertical, ao dispor como requisito que as partes devem ser concorrentes no mesmo mercado relevante objeto do contrato.

Com a publicação da nova resolução, o CADE já se manifestou algumas vezes sobre o tema.

Na Consulta n. 08700.008081/2016-86⁴¹, discutiu-se sobre a caracterização ou não de contrato de compartilhamento de embarcações (*VSA, vessel sharing agreement*), em operação conjunta de uma linha regular de embarcações porta-contêineres entre o litoral da América do Sul e a África do Sul e o Oeste d'África, como contrato associativo envolvendo HSDG, CMA CGM e NDAL. Eis a ementa:

CONSULTA SOBRE A CARACTERIZAÇÃO (OU NÃO) DE CONTRATO DE COMPARTILHAMENTO DE EMBARCAÇÕES COMO CONTRATO ASSOCIATIVO.

Considerando que o contrato apresentado (i) se dá entre concorrentes; (ii) tem duração superior a dois anos; (iii) envolve empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e (iv) resulta no compartilhamento de riscos e resultados; estão presentes os requisitos da Resolução CADE 17/2016, que disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos.

PALAVRAS-CHAVE: contrato associativo - empreendimento comum - compartilhamento de riscos e resultados - Resolução CADE 17/2016.

As consulentes defendiam o contrato não se caracterizavam como associativo, nos termos da Resolução n. 17/2016, na medida em que não se trataria de um empreendimento comum e que não envolveria o compartilhamento de riscos e resultados. Alegaram ainda que haveria duas atividades distintas, uma de comercialização do serviço de transporte de carga e outra de operação do navio que segue a rota e manuseia as cargas, e que a primeira seria uma atividade econômica e a segunda não.

No voto, de 18/01/2017, o Conselheiro relator João Paulo de Resende destacou que se trata de empreendimento comum para exploração de atividade econômica nos termos da Resolução

⁴⁰ MARILIA SANTOS VENTURA DE SOUZA, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁴¹ Cf. ainda outro caso semelhante analisado no processo n. 08700.004360/2016-71.

n. 17/2016, e que, mesmo que tem tese, a segunda atividade pode ser explorada por empresa privada com propósito de lucro. Além disso frisou que estão presentes os demais requisitos, as partes são concorrentes, o contrato tem prazo superior a dois anos, e há compartilhamento de riscos e resultados.

Em voto-vista, o Conselheiro Paulo Burnier frisou que o VSA envolve alto grau de cooperação e aproximação de concorrentes.

No julgamento do Ato de Concentração n. 08700.002699/2017-13, em 07/06/2017, o Tribunal do CADE indeferiu pedido de autorização liminar de prorrogação de prazo de contrato VSA entre HSDG, Aliança Navegação e Logística e MSC.

O contrato tinha por objeto o compartilhamento de navios e operação conjunta de uma linha regular, com frequência semanal, para transporte de contêineres entre produtos específicos na Costa Leste da América do Sul e no Golfo dos EUA.

O contrato havia sido celebrado em junho de 2015 e completaria dois anos em junho de 2017. Considerando que os contratos associativos com prazo superior a dois anos dependem de autorização prévia do CADE, as partes entraram com um pedido de autorização liminar junto ao CADE.

No caso, a Superintendência-Geral opinou pelo indeferimento do pedido liminar, por entender que os requisitos previstos na legislação não foram preenchidos para o deferimento do pedido. Na ocasião, foi destacada a ausência de iminente ocorrência de prejuízos financeiros substanciais e irreversíveis para as empresas.

O Conselheiro-Relator Paulo Burnier acompanhou o entendimento da Superintendência-Geral, destacando que as partes poderiam ter notificado o ato de concentração com maior antecedência, tornando desnecessário o pedido de autorização precária em sede de liminar.

O Relator citou a Resolução n. 17/2016, que exige a aprovação prévia do CADE para os contratos associativos com duração superior a dois anos, no mesmo sentido da resolução anterior, afirmando que "A ideia é eximir os contratos de curta duração do escrutínio do CADE, pelo baixo impacto que geram nas estruturas do mercado. Inversamente, optou-se pela análise prévia dos contratos associativos de longa duração, em razão do impacto que podem gerar nas estruturas do mercado".

Em 15/06/2017, a execução do contrato foi suspensa pelas partes até manifestação no mérito sobre o caso, sendo que, em 31/08/2017, em parecer, a Superintendência-Geral opinou pela aprovação da operação sem restrições. Em 01/09/2017 foi publicado despacho que aprovou a operação sem restrições, transitando em julgado a decisão.

As decisões mais recentes do CADE, à luz da Resolução n. 17/2016, fixaram, pois, quatro requisitos para que o contrato seja qualificado como associativo, para fins do art. 90 da Lei 12.529/2011, quais sejam, i) as partes sejam concorrentes; ii) duração superior a dois anos; iii) empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e iv) compartilhamento de riscos e resultados.

7. Conclusão

O presente trabalho abordou o fenômeno da desverticalização dos grupos empresariais e a ascensão da colaboração como opção entre a mera aquisição no mercado e a concentração societária.

O contrato associativo, aquele em que há cooperação econômica em uma relação duradoura entre sociedades empresariais distintas e concorrentes, almejando um fim comum, pode ser considerado uma espécie de cooperação qualificada com elementos concentrativos, segundo a doutrina.

A Lei n. 12.529/2011, em seu artigo 90, ao elencar os contratos associativos no rol de atos que dependem de prévia notificação, leva em consideração sua capacidade de gerar efeitos concorrenciais para o mercado. A Resolução do CADE n. 17/2016, em substituição à Resolução n. 10/2014, estabeleceu parâmetros mais restritos, apesar de persistirem alguns temas ainda a resolver, auxiliando os operadores do direito a identificar quais contratos devem ser notificados, de modo a não ocorrer uma infração concorrencial.

À luz da Resolução n. 17/2016, o CADE fixou quatro requisitos para que o contrato seja qualificado como associativo, para fins do art. 90 da Lei 12.529/2011, quais sejam, i) as partes sejam concorrentes; ii) duração superior a dois anos; iii) empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e iv) compartilhamento de riscos e resultados.

Por ser uma categoria cujo tratamento ainda é relativamente recente, pode haver certa confusão com outros institutos, como consórcio e *joint venture*, sendo necessário distingui-los, o que é necessário para sua correta compreensão.

Com efeito, a nota característica do contrato associativo é o fato de que o poder decisório permanece com as partes, sem haver transferência de poder para a estrutura criada para a realização da operação econômica acordada, diferentemente do que ocorre nos consórcios e *joint ventures*.

A jurisprudência do CADE tem sido cada vez mais profícua na análise dos contratos associativos, o que aumenta a previsibilidade e a segurança jurídica para os agentes econômicos e os operadores do direito.

A importância do contrato associativo reside no fato de ele ser uma opção para os agentes econômicos reduzir seus custos de transação, o que, num cenário econômico cada vez mais acirrado, é a chave para o sucesso dos negócios.

Bibliografia

ALVES, ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO / COELHO, GUSTAVO FLAUSINO, O direito concorrencial nas operações societárias no Brasil: novas fronteiras do controle de concentrações à luz do Lei n.

12.529/2011, *Revista Electrónica de Direito*, Universidade do Porto. n. 3. Out. 2014, Disponível em www.cije.up.pt/revistared, Acesso em 04 mar. 2017

BARBOSA, DENIS BORGES, *A criação de um ambiente competitivo no campo da propriedade intelectual – o caso sul americano*, International Centre for Trade and Sustainable Development, Suíça, 2005

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *Guia Para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica*, Disponível em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf, Acesso em 20 mar. 2017

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta Pública nº 08700.006858/2016-78, Disponível em: http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?RaqxdDRJ0krMe4R0zXH3W0wRCppUJ6t_TNQPfygsXT8kzKibaCbgyqUJcV8OuJSSwnaKY1-MHOZUnHgETetJTA, Acesso em 12 set. 2018

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Consulta Pública nº 08700.008081/2016-86, CMA CGM SA e HSDG KG, Disponível em http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?DVTB9oZY-nnZURmMFIOr4LtyN3_53MZIHzy84krJwpqxZ6p3HYX7YuAICGgXj_pwv_tplA5vBTzRavJsaV4w>, Acesso em 13 set. 2018

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *Regimento Interno*, Disponível em <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/regimento-interno>, Acesso em 04 mar. 2017

BRASIL, CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, *Contratos associativos de longa duração devem ser notificados com antecedência*, Disponível em <http://www.cade.gov.br/noticias/contratos-associativos-de-longa-duracao-devem-ser-notificados-com-antecedencia>, Acesso em 07 set. 2018

CAIXETA, DEBORAH BATISTA, "Contratos Associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas", *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 4, n. 1, maio 2016, pp. 95-132

CAIXETA, DEBORAH BATISTA, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

CANOVES, GUSTAVO DE OLIVEIRA, *Análise dos aspectos contratuais que definem os contratos associativos e a obrigatoriedade de notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*, Trabalho de Conclusão de Curso (Programa de Pós-graduação em Direito: LL.M. – Direito dos Contratos) – INSPER, São Paulo, 2016, Disponível em: <http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1436/Gustavo%20de%20oliveira%20Canoves_Trabalho.pdf?sequence=1>, Acesso em 11 set. 2018

CARVALHO, ANGELO GAMBA PRATA DE, *Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico aspectos dogmáticos e a postura do CADE no caso Monsanto*, Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017, Disponível em: <

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/17605/1/2017_AngeloGambaPratadeCarvalho.pdf, Acesso em 16 set. 2018

COELHO, FÁBIO ULHOA, *Curso de Direito Comercial*, v. 1, 14.ed., São Paulo, Saraiva, 2010

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direito Comercial*, Coimbra, Almedina, 2012

FORGIONI, PAULA ANDREA, *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*, 2 ed, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012

FORGIONI, PAULA ANDREA, *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015

FORGIONI, PAULA ANDREA, *Os fundamentos do antitruste*, 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

FRAZÃO, ANA, *Joint Ventures Contratuais*, RIL Brasília A. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 187-211, Disponível em: <

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1>, Acesso em 12 set. 2018

MACHADO NETO, MARCELLO LAVENÈRE, *Joint venture: a tentativa de autonomização de um novo paradigma contratual*, Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2015, Disponível em: <

http://bdm.unb.br/bitstream/10483/10944/1/2015_MarcelloLavenereMachadoNeto.pdf, Acesso em 16 set. 2018

MARTINS, FRAN, *Contratos e obrigações comerciais*, 16 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010

MISSALI, GUILHERME TENO CASTILHO / HÜBLER, SAMUEL, "Atos de concentração em processo de recuperação judicial: harmonização do sistema de análise prévia com a dinâmica do processo de recuperação", *Revista do IBRAC*, v. 26, Jul.-Dez. 2014, p. 31-52

PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Contrato de empreendimento comum – joint venture – em direito internacional privado*, Coimbra, Almedina, 2003

RIBEIRO, MÁRCIA CARLA PEREIRA / GALESKI JUNIOR, IRINEU, *Teoria Geral dos Contratos*, Contratos empresariais e análise econômica, Rio de Janeiro, Elsevier, 2009

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito concorrencial*, São Paulo, Malheiros, 2014, 2v.

SILVA, LEONARDO TOLEDO DA, *Contratos de Aliança, Direito empresarial e ambiente cooperativo*, Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, Disponível em:

http://www.teses.usp.br/index.php?option=com_jumi&fileid=20&Itemid=96&lang=pt-br&cx=011662445380875560067%3Acack5lsxley&cof=FORID%3A11&hl=pt-br&q=contratos+associativos&siteurl=www.teses.usp.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_jumi%26fileid%3D20%26Itemid%3D96%26lang%3Dpt-br&ref=www.teses.usp.br%2F&ss=2296j4696810j4, Acesso em 17 set. 2018

SILVA, RICARDO VILLELA MAFRA ALVES DA, *Cooperação entre concorrentes: critérios de legalidade na análise concorrencial dos contratos de colaboração horizontal*, Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, Disponível em: http://www.btdt.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10949, Acesso em 16 set. 2018

SOUZA, MARILIA SANTOS VENTURA DE, *Os Contratos Associativos e a Obrigatoriedade de Submissão Prévia ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica*, Trabalho de Conclusão de Curso (Programa de Pós-graduação em Direito: LL.M. – Direito dos Contratos) – INSPER, São Paulo, 2017, Disponível em http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1650/MARILIA%20SANTOS%20VENTURA%20DE%20SOUZA_Trabalho.pdf?sequence=1, Acesso em 09 set. 2018

ZUCCOLO, RENATA / CELIDÔNIO, LAURO, *Contratos Associativos: 5 anos depois*, Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-associativos-5-anos-depois-16032017>>, Acesso em 07 set. 2018

Jurisprudência

Acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 05.11.2012, Ato de Concentração n. 08700.008736/2012-92, *in* https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVLLBsAfn2LF008QlyxhZoy1TuN2rznO_jTrFq7NMjNR (12.09.2018 e 01.08.2020)

Acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 10.05.2013 (Marcos Paulo Veríssimo), Ato de Concentração n. 08700.003536/2013-24, *in* https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaSbQaK2UQEU3GOBCgz3azS2PriLEhegEZHGi2UKQ8ld (12.09.2018)

Acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 28.08.2013 (Marcos Paulo Veríssimo), Ato de Concentração n. 08012.002870/2012-38, *in* https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnuDRSQzyOXk5fVvhxHrAsNX676JEGqqZi5sjlBzi5WZA (12 set. 2018)

Acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 24.06.2015, Ato de Concentração n. 08700.000137/2015-73, *in*

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUggOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxqorwzKZCN-AZBgqpIM8JgEBwKtP3zgfFvetg227whm (12.09.2018)

Acórdão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 01.09.2017 (Burnier da Silveira), Ato de Concentração n. 08700.002699/2017-13, *in*

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcRIEotOhV9pExRdtoZeuOuR0LjRpJT_ZfUe-Tqw4kA4p (07.09.2018)

Consulta Pública do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nº 08700.006858/2016-78. Disponível *em:*

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?RaqxdDRJ0krMe4R0zXh3W0wRCppUJ6t_TNQPFygsxT8kzKibaCbgyqUJcV8OuJSSwnaKY1-MHOZUnHgETetJTA, (12.09.2018)

Consulta Pública do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nº 08700.008081/2016-86, *in*

http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?DVTB9oZY-nnZURmMFiOr4LtyN3_53MZIHzy84krJwpqxZ6p3HYX7YuAICGgXj_pwv_tplA5vBTzRavJsaV4w (13.09. 2018)

Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 22.02.2016 (João Otávio de Noronha), processo n. 1.513.259, *in* <http://www.stj.jus.br> (16.03.2017)

(texto submetido a 9.09.2020 e aceite para publicação a 30.11.2020)