

# OS CONTRATOS ASSOCIATIVOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

*Angelo Gamba Prata de Carvalho*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Os contratos associativos no Direito da Concorrência brasileiro. 3. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

As formas jurídicas tradicionais não são capazes de “conter e abarcar toda a realidade econômica da empresa moderna”<sup>1</sup>. Daí a necessidade de se estudar a concentração econômica para além das operações de compenetração societária, uma vez que, em grande medida, os atos de concentração se realizam por intermédio de instrumentos contratuais. Tal fenômeno é constatado por Fernando Araújo<sup>2</sup> ao referir-se à “explosão da contratualização dos processos produtivos”, posicionando tais mecanismos no centro da reflexão sobre a governança do poder econômico na atualidade. Por isso José Engrácia Antunes<sup>3</sup> aponta para “uma multiplicidade insistemizável de figuras contratuais que podem servir a cooperação entre empresas”.

Os contratos associativos são negócios jurídicos nos quais as partes se inserem em situação de interdependência recíproca na qual manterão interesses comuns e, mais especificamente, manterão comunhão de escopo<sup>4</sup>. Em sentido

---

1 Tavares Guerreiro, 1990: 50-56.

2 Araújo, 2007: 244-245.

3 Engrácia Antunes, 2011: 390.

4 Ferro-Luzzi, 2001: 2-25.

semelhante, assevera Ana Frazão<sup>5</sup> que os contratos associativos são contratos de fim comum. Tais definições, porém, não são suficientes para qualificar os negócios capazes de produzir concentração econômica e tampouco para diferenciá-los de negócios como os contratos híbridos, que comportam relações cooperativas de longo prazo nas quais, porém, conservam-se interesses contrapostos<sup>6</sup>. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica brasileiro tem desenvolvido alguns critérios jurisprudenciais para compreender quais negócios poderão ser considerados contratos associativos para os fins da Lei Antitruste, como se pretende mostrar brevemente.

## 2. OS CONTRATOS ASSOCIATIVOS NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRO

Os contratos associativos, por criarem empreendimento comum, podem constituir atos de concentração para os fins da Lei nº 12.529/2011. Basta notar que o diploma, ao descrever a noção de ato de concentração, refere-se expressamente à hipótese de duas ou mais empresas celebrarem “contrato associativo, consórcio ou joint venture” (art. 90, IV). Deve-se observar, por conseguinte, os requisitos do art. 88 – de um lado da relação contratual, faturamento bruto anual de no mínimo quatrocentos milhões de reais e, de outro, faturamento bruto anual de pelo menos trinta milhões de reais – para verificar se a celebração de contrato associativo produzirá a obrigação de notificação prévia obrigatória ao CADE para a conclusão da operação.

O controle prévio de contratos associativos foi regulamentado pela autoridade da concorrência por meio da Resolução 17/2016, que estabelece que “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 constitui o seu objeto”; e (ii) “as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”. Importa notar que, para os fins da Resolução, podem ser consideradas atividades econômicas inclusive aquelas que não tenham propósito lucrativo, sendo necessário apenas que sejam potencialmente lucrativas. Além disso, ao menos aparentemente, excluem-se as operações de integração vertical.

---

5 Frazão, 2017: 210-211.

6 Prata de Carvalho, 2017.

A Resolução 17/2016 veio substituir a revogada Resolução 10/2014, que de maneira problemática e controversa estabelecia critérios objetivos para a definição da obrigatoriedade de notificação prévia de contratos de “cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco” que acarretassem relação de interdependência. O critério da antiga norma era baseado na participação das partes contratantes no mercado relevante em que se realizaria a operação, sendo o patamar mínimo de 20% do *market share* para relações horizontais e de 30% para relações verticais, desde que houvesse relação de exclusividade ou compartilhamento de receitas e prejuízos.

Por mais que a Resolução mais recente tenha abolido o critério de *market share*, a norma ainda não traz definição satisfatória do que a autoridade da concorrência entenderá por contrato associativo, sendo o único critério para sua constatação o compartilhamento de riscos, gerando alto grau de imprevisibilidade e insegurança jurídica entre os *players* do mercado. Recentemente, contudo, o CADE tem se pronunciado, por meio do instituto da consulta, acerca do alcance da previsão de notificação prévia de contratos associativos.

A primeira ocasião na qual o CADE se pronunciou sobre a Resolução 17/2016 se deu no âmbito de Consulta<sup>7</sup>, referente a contrato denominado *Slot Charter Agreement*, cujo objeto era a cessão onerosa de espaços em navios para o transporte internacional de contêineres. Entendeu o Relator que a avença não consistia em compartilhamento de riscos e resultados e sequer em empreendimento comum, na medida em que as partes contratantes mantinham separadas as suas atividades de prestação de serviço de transporte marítimo internacional de cargas, sem interferência de uma nas atividades da outra. Não haveria, no caso, sequer a troca de informações concorrencialmente sensíveis, na medida em que o negócio consistia tão somente no aluguel de espaços para cargas em navios.

Meses depois, o CADE apreciou a Consulta<sup>8</sup> submetida pelas mesmas consultentes da anterior, porém agora tratando de outro negócio: o *Vessel Sharing Agreement*, que consistiria não no aluguel de espaços, mas na operação conjunta de navios, no âmbito da qual as partes tomariam em concerto uma série de decisões estratégicas, a exemplo da frequência das rotas, os portos e terminais

---

7 CADE, Consulta 08700.006858/2016-78, Rel. Cons. Paulo Burnier da Silveira, Data de Julgamento: 23.11.2016, Data de Publicação: DOU 30.11.2016.

8 CADE, Consulta 08700.008081/2016-86, Rel. Cons. João Paulo de Resende, Data de Julgamento: 18.01.2017, Data de Publicação: DOU 25.01.2017.

de parada, o número, a capacidade e a qualidade dos navios. Portanto, constatou-se que as empresas definiriam conjuntamente todo o lado da oferta do mercado. Assim, embora não compartilhassem propriamente todos os riscos comerciais do negócio, verificou-se a existência de total compartilhamento dos riscos operacionais, razão pela qual o CADE declarou ser obrigatória a notificação prévia de avença como essa.

Por fim, pode-se mencionar a Consulta<sup>9</sup> que versou sobre contrato de licenciamento de *videogames* no qual uma produtora de jogos eletrônicos licenciava seus títulos a uma editora para réplica e manufatura, enquadrando-se a prestação do serviço como relação vertical. Ainda que as consulentes do caso em questão se tratassem de concorrentes no mercado de desenvolvimento e edição de jogos eletrônicos, o contrato analisado na consulta se referia tão somente ao mercado de manufatura e distribuição de jogos no formato físico, de modo que a independência entre as empresas ficava claramente mantida. Assim, por se entender que não havia compartilhamento de riscos e resultados, entendeu o CADE que o contrato em questão não se sujeitaria à notificação obrigatória, tendo em vista que não era contrato associativo.

A breve descrição dos casos apreciados pelo CADE em sua competência consultiva serve para demonstrar que, diante da pouca clareza da regulamentação expedida por aquela autarquia, os conceitos abertos da Resolução 17/2016 têm sido paulatinamente densificados na análise de casos concretos. Contudo, na ausência de definição geral persiste alguma insegurança, na medida em que a casuística apreciada pela autoridade da concorrência não é suficiente para conferir critérios mínimos de previsibilidade ao mercado, bastando mencionar a dúvida sobre a compreensão ou não da integração vertical no controle. Vale, aqui, repisar que a interpretação da legislação concorrencial, tendo em vista seu considerável impacto sobre a economia, deverá ser *pro negotio*, e não *pro autoritate*<sup>10</sup>, de sorte que seria indesejável a expansão do controle prévio de concentrações, nesse sentido, sobretudo quando se tratam de negócios situados no limite entre associativos e híbridos, quando a atuação da autoridade da concorrência deveria estar mais concentrada no controle de condutas do que no de estruturas.

---

9 CADE, Consulta 08700.008419/2016-08, Rel. Cons. Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, Data de Julgamento: 22.02.2017, Data de Publicação: 24.02.2017.

10 Franceschini & Bagnoli, 2016: 790.

### 3. CONCLUSÃO

As dificuldades advindas do controle dos contratos associativos se agravam quando não é tão clara a qualificação do contrato, sendo pouco significativo o título que se lhe atribui quando seu conteúdo oculta, na verdade, aspectos e cláusulas que podem revestir-lhe de sentido diverso. Muitas vezes tais contratos se situam em zona de penumbra, podendo se aproximar mais do intercâmbio – quando não haverá grandes problemas concorrenciais –, ora se aproximarão mais da empresa comum e, portanto, dos contratos associativos, suscitando a intervenção do Direito da Concorrência. Entretanto, ocupar zona de penumbra da regulação não necessariamente constitui vício. Pelo contrário, a inventividade negocial estará sempre à frente do que poderá cogitar a regulação jurídica, frequentemente descobrindo espaços ainda não desbravados pelo direito. Contudo, esses agentes econômicos sempre estarão sujeitos às normas imperativas como as trabalhistas e consumeristas, aplicáveis de imediato e independentemente da inventividade dos arranjos das partes, pois têm por objetivo salvaguardar interesses econômicos, políticos e sociais que transcendem a autonomia privada<sup>11</sup>.

---

11 Frazão, 2017: 317-318.

## REFERÊNCIAS

- TAVARES GUERREIRO, José Alexandre  
1990 “Sociologia do poder na sociedade anônima”, in *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. 29, 77, p. 50-56.
- ARAÚJO, Fernando  
2007 *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José  
2011 *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina.
- FERRO-LUZZI, Pablo  
2001 *I contratti associativi*. Milão: Giuffrè.
- FRAZÃO, Ana  
2017 *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva.
- PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba  
2017 *Os contratos híbridos como formas de organização jurídica do poder econômico*. Brasília: Universidade de Brasília.
- FRANCHESCHINI, José Inácio Gonzaga & BAGNOLI, Vicente  
2016 “Direito concorrencial”, in Modesto Carvalhosa, *Tratado de direito empresarial*, São Paulo, Revista dos Tribunais.