

Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas

Deborah Batista Caixeta¹⁰⁰

RESUMO

As concentrações por cooperação assumem distintas formas legais, três delas de relevância para aplicação da Lei n. 12.529/2011: os consórcios, as joint ventures e os contratos associativos. O presente estudo centra-se na figura dos contratos associativos, procurando fixar um conteúdo típico dessa modalidade e seus critérios de notificação e enquadramento nas hipóteses elencadas no artigo 90 da Lei n. 12.529/2011. Nesta linha, a Teoria da Organização Industrial apresenta importante instrumental de análise para assimilar a função que tais contratos assumem no atual cenário econômico, enquanto estruturas que correspondem à “terceira-via” entre as formas extremas de organização da atividade empresarial. Por fim, o trabalho traz uma abordagem geral sobre a Resolução/CADE nº 10 de 2014, com o intuito final de poder contribuir para o aperfeiçoamento do controle preventivo conduzido pelo CADE no que diz respeito aos contratos associativos, que ainda não apresenta parâmetros claros e objetivos para a identificação desses contratos.

Palavras-chaves: Direito concorrencial das estruturas. Contratos associativos. Resolução/CADE nº 10 de 2014.

ABSTRACT

“Concentrations by cooperation” can take different legal forms, three of them of particular relevance to Brazilian Antitrust Law No. 12.529 / 2011 application: consortium, joint ventures and associative contracts. The object of this study focuses on the figure of associative contracts, seeking to fix a typical content of this type of contract that can serve as a practical guideline for streamlining the application of article 90 of Law No. 12.529/2011. Therefore, the study covers a dimension of industrial economy, which seems to be relevant for understanding the role that cooperation contracts take into the current economic scenario, as they can assume structures consisting on "third-ways" between the extreme forms of business activity organization. Finally, the paper provides a general approach on Resolution No. 10 of 2014, recently published by CADE, which deals with the identification and notification criteria of associative contracts to the structural control. This approach can contribute to understand and improve the preventive control that is being conducted by CADE with respect to these contracts, which is still far from offering clear and objective parameters of the law enforcement.

Key-words: Antitrust Law. Structural control of economic power. Concentration by cooperation. Associative contracts. CADE.

¹⁰⁰ Advogada. Graduada pelo Centro Universitário de Brasília-UniCEUB. Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília-UNB. Residente em San José/Costa Rica desde maio 2015.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desafios contemporâneos do antitruste - a “terceira via” entre empresa e mercado; 2.1. Contribuições da teoria da organização empresarial; 2.2. Formas de “concentração por cooperação”; 3. Contratos associativos; 3.1. Consórcios e joint ventures societárias e contratuais; 3.2. Uma tentativa de delimitação do núcleo próprio dos contratos associativos; 3.2.1. Relações contratuais e as formas de organização da atividade empresarial; 3.2.2. Contratos associativos para fins de aplicação da lei n.12.529/11; 4. As regras definidas pelo Cade para notificação de contratos associativos; 4.1. Resolução Cade nº 10 de 04 de novembro de 2014; 4.1.1. Da necessidade de exclusão do critério de *market share*; 4.1.2. Da necessidade de ampliação dos critérios estabelecidos na Resolução; 5 Conclusão; 6. Referências.

1. Introdução

O direito da concorrência tem como objeto o controle do poder econômico, o que pode ocorrer tanto pelo controle dos comportamentos, como pelo controle preventivo das estruturas.

O controle preventivo, objeto do presente estudo, procura impedir a formação de estruturas de mercado que podem alterar as relações de concorrência e favorecer a concentração ou a formação indevida de poder econômico. Ainda sobre esta perspectiva, duas são as formas de estruturação do poder econômico que estão sujeitas ao controle preventivo: as concentrações tradicionais e as concentrações por cooperação. Muitas críticas, no entanto, são endereçadas à sujeição dos acordos de cooperação ao controle preventivo, uma vez que, dentro dessa modalidade, é difícil traçar uma linha exata que distinga os atos ordinários empregados pelas empresas no curso normal do negócio, daqueles atos que de fato tem relevância para o direito da concorrência.

No caso brasileiro, referida controvérsia está atualmente presente na necessidade de notificação dos contratos associativos ao controle preventivo exercido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, conforme previsto no artigo 90 da Lei de Defesa da Concorrência brasileira – Lei n. 12.529/2011. A controvérsia existe especialmente porque não há uma definição clara no ordenamento jurídico do que seriam tais contratos e quais deles de fato possuem relevância concorrencial – um trabalho que recentemente coube ao CADE fazer por meio da edição da Resolução n. 10 de 2014. Tal conceituação, contudo, não foi acompanhada de maior reflexão sobre as especificidades dos contratos associativos que

deveriam torná-los objeto de controle preventivo do direito concorrencial. A presente pesquisa busca preencher tal lacuna.

O objetivo do presente estudo é, portanto, apresentar uma caracterização da figura dos contratos associativos, procurando fixar um conteúdo típico dessa modalidade contratual – principalmente numa lógica de compreensão geral de tipos de relações negociais – que possa servir de diretriz prática para a aplicação do direito concorrencial aos casos concretos, principalmente no que toca aos critérios de notificação destes contratos e seu enquadramento nas hipóteses elencadas no artigo 90 da Lei n. 12.529/2011.

A pesquisa está organizada da seguinte forma. O primeiro capítulo procura retratar os desafios contemporâneos do direito da concorrência em delimitar o objeto de incidência do controle preventivo de estruturas, levando em consideração as recentes contribuições da Teoria da Organização Industrial e a relevância que o conceito de ato de concentração assume na aplicação do dispositivo legal.

As formas específicas de “concentração por cooperação” serão estudadas no segundo capítulo, procurando identificar o núcleo próprio dos contratos associativos. O ponto de partida da análise é compreender os contratos associativos enquanto estruturas que correspondem à “terceira-via”, a partir de suas semelhanças com as demais formas de concentração por cooperação prevista na legislação: consórcios e *joint ventures*.

Por fim, o último capítulo traz uma abordagem geral sobre a Resolução nº 10 de 2014, recentemente editada pelo CADE, que trata dos critérios de identificação e notificação dos contratos associativos ao controle preventivo. O intuito nesse capítulo é demonstrar que a Resolução, além de não ser acompanhada de maior reflexão sobre as especificidades dos contratos associativos, está longe de trazer parâmetros claros e objetivos que permitem essa identificação. Isso significa que o CADE ainda tem um longo caminho na busca de métodos transparentes e adequados para a notificação de arranjos contratuais que envolvam estruturas cooperativas que fogem aos casos clássicos de concentração econômica.

O estudo procura definir, desta forma, o que são contratos associativos e em quais circunstâncias os referidos contratos podem ser identificados como objeto do controle concorrencial das estruturas. O intuito final do trabalho é poder contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do controle preventivo que vem sendo conduzido pelo CADE desde a edição da Lei n. 12.529/2011, principalmente em razão da recente publicação da Resolução CADE nº10 de 2014, que trata dos critérios de notificação dos contratos associativos.

2. Desafios contemporâneos do antitruste - a “terceira via” entre empresa e Mercado

2.1. Contribuições da Teoria da Organização Empresarial

O processo de crescimento tradicionalmente orientado pelos fenômenos de cooperação – caracterizado pela manutenção da individualidade própria de cada empresa – e de concentração – subjacente a perda dessa individualidade, hoje assume contornos ainda mais complexos, no que diz respeito a variedade de elementos sobre os quais se estrutura.

O estudo da organização industrial, em suas contribuições mais atuais, tem transcendido o seu antigo apego baseado em modelos “estrutura-conduta-performance”, uma vez que o processo alternativo conjuga, numa ponderação variável, elementos característicos quer da coordenação, quer da concentração empresarial, determinando a estratégia de atuação da empresa no mercado.

Isso significa que a atuação da empresa, que se dá a partir de decisões relacionadas ao processo de *make or buy*, já não está condicionada somente às transações de mercado ou transações internas na própria unidade empresarial. Neste aspecto, a Teoria da Organização Industrial apresenta um importante avanço desde a Teoria da Firma de Ronald Coase, e tem como expressão máxima as críticas desenvolvidas por Richardson. Segundo este doutrinador, as opções tradicionais de produzir bens e serviços dentro da própria organização empresarial ou adquiri-los no mercado nem sempre levará a arranjos organizacionais adequados para a performance da empresa no mercado (Richardson, 1999).

No plano econômico, a progressiva internacionalização da atividade empresarial, combinada com a crescente tecnologia da informação e com a maior complexidade técnica do processo de produção, tem levado ao advento de modalidades mais flexíveis de organização da atividade, para fazer frente às necessidades impostas por essas transformações no cenário econômico. Assim, opta-se por uma terceira alternativa entre produzir ou simplesmente comprar (*make or buy*), rompendo com a tradicional dicotomia proposta por Ronald Coase de que a organização da atividade econômica se dá somente nas formas puras de empresa ou de mercado. Isto é, de que a organização empresarial se dá somente segundo uma relação de autoridade no âmbito da empresa ou segundo transações consensuais no mercado (Hart 1999, p. 202).

Daí a crítica de Ana Frazão (2015) no sentido de que a teoria de Ronald Coase acaba menosprezando as diversas gradações e combinações entre as opções extremas relacionadas ao

processo de *make or buy*, já que parte de uma premissa reducionista de que a decisão do agente econômico é polarizada pela empresa ou pelo mercado.

É justamente nesta linha em que são desenvolvidas as críticas de Richardson (1999, p. 59) à teoria coasiana. O autor entende que a teoria ignora a existência de uma grande variedade de atividades industriais que são relevantes para compreender as formas de cooperação empresarial. Richardson (1999, p. 59) assim compreende que o mercado e a empresa não são propriamente termos contraditórios, mas sim pontos extremos de um contínuo movimento entre situações de “mercado puro” (“*pure market*”) e de “empresa pura” (“*pure firm*”), em que há vários estágios intermediários, o que o autor define como “*firm like markets*” ou “*markets like firm*”, o que define como a “terceira-via” entre as formas extremas de organização da atividade econômica.

O desenvolvimento desta “terceira-via” foi interpretado por Imai e Itami (1999, p. 293-317) como um processo de interpenetração entre empresa e mercado ou, ainda, como um processo de “quase integração vertical” (Blois 1999, p. 320-338) (Contractor e Lorange, 2002). Esse processo é normalmente caracterizado por uma constante dependência econômica entre as empresas relacionadas, podendo gerar situações de influência concorrencial de uma sobre a outra (Blois 1999, p. 320-338).

Nesse cenário, uma nova forma de relação interempresarial é projetada no sentido de busca preservar a flexibilidade das transações comerciais, reduzindo os custos, mas, ao mesmo tempo, garantir padrões mínimos de estabilidade para lidar com as incertezas do mercado, principalmente com relação ao comportamento oportunístico das partes.

Os desenvolvimentos recentes no campo da economia industrial – se por um lado ampliaram o conhecimento acerca dos possíveis efeitos econômicos de várias práticas empresariais, demonstrando a existência de efeitos tanto pró como anticompetitivos que eram ignorados – por outro, construíram um modelo de mercado muito mais complexo e confuso do que aqueles até então prevalentes na prática antitruste (Hovenkamp 2002, p. 5).

O contexto econômico é, então, marcado por uma verdadeira “contratualização” dos processos produtivos, por meio da multiplicação de alianças externas e novas formas de governo contratual, recobrando uma posição dos contratos a um ponto intermediário entre a via do mercado e a via da integração empresarial (Williamson, 1999). Nesse cenário, vem se verificando a importância cada vez maior da desverticalização da atividade empresarial e da formação de sociedades em redes, a exemplo do que ocorre principalmente no setor de alta tecnologia.

Neste aspecto, é importante lembrar a advertência de Manuel Castells (2002, pp. 217-232), ao afirmar que uma das características da atual economia e sociedade de rede é precisamente a formação de novos modelos de estruturas empresariais a partir de redes multidirecionais e alianças estratégicas entre empresas de pequeno e médio porte que são controladas ou conformadas por grandes empresas de tecnologia, a partir do modelo de licenciamento e subcontratação da produção.

Segundo Richardson (1999, p. 62), esses acordos são baseados na licença ou *pooling* de patentes, mas de modo geral dispõem sobre troca de *know-how* por meio de transferência de informações, concessão de ferramentas e pessoal especializado. Frequentemente, esses acordos são mais permanentes do que uma simples transferência de licença e tendem a resultar na sujeição das partes à uma variedade de restrições sobre sua liberdade comercial (Mariti e Smiley 1999, p. 279).

Transferência de tecnologia requer estruturas específicas de governança em razão dos requisitos especiais desse tipo de transação, em que a identidade das partes e a frequência da relação são aspectos claramente destacáveis (Williamson 1999, p. 180), razão pela qual alguns autores entendem que nestes casos, de uma forma ou de outra, parece provável que a concorrência será, em algum grau, reduzida (Richardson 1999, p. 70) (Mariti e Smiley 1999, p. 291).

É possível observar, portanto, que de um modo geral, essa reorganização do processo produtivo tem manifestado uma preferência marcante pela adoção do esquema reticular, em que a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária no capital, mas adota antes a forma de uma rede de contratos estáveis, o que tem alterado, inclusive, as relações de poder entre as empresas relacionadas.

Essa tendência faz acelerar processos de cooperação interempresarial de complexidade variável, podendo estes assumirem forma de verdadeira integração empresarial, desde que as empresas participantes não percam as bases mínimas da sua individualidade própria (Silva Morais 2006, p. 164), o que se conhece por uma “concentração por cooperação”. Deste modo, tais estruturas representam desafios complexos para o direito da concorrência, principalmente para identificar contratos que realmente caracterizam formas de concentração por cooperação.

2.2. Formas de “concentração por cooperação”

Acordos de cooperação podem assumir distintas formas legais¹⁰¹, mas independentemente da forma que venham assumir, uma coisa é certa, os acordos de cooperação têm capacidade de alterar a estrutura competitiva do mercado (Mariti e Smiley 1999, p. 289), tornando-o, em alguns casos, mais concentrados. Tais acordos são, portanto, objeto de preocupação do direito concorrencial, inclusive pelas disposições do inciso IV, artigo 90 da Lei n.12.529/2011, que prevê formas de cooperação que podem estar sujeitas ao controle prévio.

Como bem observa Ana Frazão (2015, p. 14), o que todos esses arranjos têm em comum é desafiar a dicotomia empresa/mercado proposta por Ronald Coase, apresentando-se como estruturas que combinam elementos e características tanto da organização típica das empresas como também da coordenação inerente ao mercado. Isso significa que tais arranjos podem apresentar em sua composição tanto elementos estruturais quanto elementos comportamentais, inclusive em decorrência de uma relação obrigacional, apresentando-se como formas híbridas entre a concorrência de mercado (onde predomina o comportamento) e a hierarquia da firma (onde predominam as estruturas). Sob essa perspectiva, a natureza concorrencial da relação existente entre as partes pode assumir formas tanto concentrativas (quando se dá pela formação de um novo centro de decisão), quanto cooperativas, muitas vezes não havendo uma distinção clara dessa natureza no caso concreto¹⁰².

“Cooperação” pressupõe que os entes participantes conservem a sua individualidade jurídico-econômica e que mantenham certa autonomia econômica e organizativa entre elas. Deste modo, na medida em que partes independentes se relacionam, “cooperação”, em seu sentido mais amplo, é qualquer acordo explícito de longa duração entre duas ou mais empresas autônomas, que pode ou não envolver alguma remuneração financeira (Mariti e Smiley 1999, p. 276).¹⁰³

Outro aspecto apontado por Mariti e Smiley é a necessidade de haver uma clara disposição das partes no sentido da cooperação¹⁰⁴. Ou seja, enquanto as partes relacionadas não

¹⁰¹ Em sua obra Mariti e Smiley citam como exemplos de contratos cooperativos os consórcios licitantes e *joint ventures*. (1999, p. 279).

¹⁰² Williamson (1999, p. 169) enfatiza que o paradigma das relações contratuais entre as empresas, tradicionalmente amparado na premissa de que essas relações são “*sharp in by clear agreement; sharp out by clear performance*”, apresenta falhas uma vez que muitas relações contratuais não se assentam em tipos bem definidos.

¹⁰³ Nesta linha, cooperação envolve, de acordo com Contractor e Lorange (2002) *several governance modalities ranging from relational contracting to licensing, to logistical supply-chain relationships, to equity joint ventures*. (Contractor e Lorange 2002, p. 486).

¹⁰⁴ Nas palavras dos autores, só porque a maioria do insumo é adquirido *ex post* [a existência um contrato] de um único fornecedor, não implica que há um acordo de cooperação em vigor entre eles, a menos que tenha havido uma compreensão explícita de ambas as partes nesse sentido antes mesmo da ocorrência do fato (Mariti e Smiley 1999). Deste modo, não haveria que se falar em cooperação de fato. Deve haver uma clara disposição das partes no sentido da cooperação. Caso contrário, estar-se-ia diante de uma coordenação de mercado.

assumem qualquer obrigação a respeito das suas futuras condutas, não haverá qualquer processo de cooperação entre elas. Na ausência de qualquer continuidade da associação para além daquela atividade específica contratada, haverá tão somente um ato isolado de comércio. Deste modo, acordos de cooperação requerem para sua configuração o estabelecimento de ligações interorganizacionais estáveis e duradouras entre as partes, direcionada a uma regulação do futuro da relação entre elas (Mariti e Smiley 1999, p. 289).

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.¹⁰⁵

Nesta linha, Ana Frazão (2015a, p. 16) 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.

Isso significa que, de modo geral, as concentrações por cooperação abarcam qualquer “ação realizada em proveito mútuo” (Lima Pinheiro 2003, p. 57), desde a constituição de contratos associativos – que são desprovidos de uma organização comum mais rígida – até as hipóteses de fusão e aquisição de empresas – que são formas de concentração pura. Ademais, essa modalidade não exige, necessariamente, a formação de uma nova organização empresarial autônoma, sendo suficiente para a sua configuração a perda relativa de autonomia das partes relacionadas, já que desta perda, subjacente a existência de um objetivo em comum, se resulta a formação de uma nova unidade econômica capaz de alterar a estrutura de concorrência do mercado.

¹⁰⁵ Contrariamente à legislação concorrencial anterior (Lei n. 8884/94), que optou por ser conceitualmente aberta, o novo diploma estabelece como requisito para incidência do controle estrutural a existência de um ato de concentração, ou seja, que da operação resulte (i) alteração na estrutura organizacional das empresas envolvidas, (ii) alteração não-transitória e (iii) formação de uma unidade de comando distinta daquela preexistente. Sendo assim, as cooperações somente serão objeto do controle de estruturas na medida em que implique a formação de um ato de concentração, isto é, que apresente elementos concentrativos de mercado.

A título exemplificativo, a figura abaixo procura localizar as modalidades de concentração por cooperação que podem existir entre as formas extremas – empresa e mercado, onde predominam, respectivamente, as formas de concentração e coordenação – de relação entre empresas:

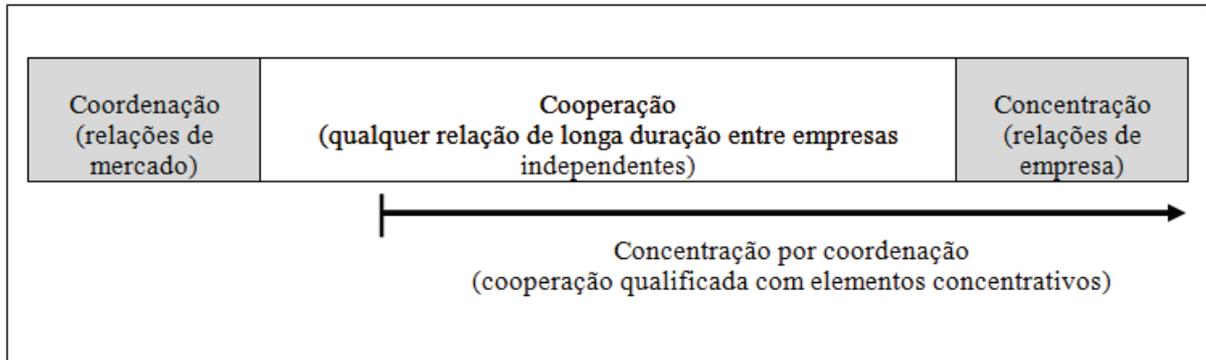


Fig.1 – Tipos de concentração por cooperação

* A figura procura retratar a cooperação empresarial compreendida em seu sentido mais amplo. Na linha do que os autores Mariti e Smilei (1999) entendem, cooperação como qualquer relação de longa duração entre as partes. Para autores como Williansom (1999), não basta que o contrato seja de longa duração, as cooperações empresariais envolvem elementos de governança projetados para disciplinar a atuação futura das partes.

Sendo assim, para os efeitos do presente estudo, entende-se o caráter concentrativo das cooperações quando dessas relações resulte na fixação de um fim comum entre as partes, resultando, conseqüentemente, na formação de uma nova unidade empresarial em razão da perda relativa de autonomia econômica subjacente a existência de um escopo em comum, tal como ocorre nas hipóteses elencadas no artigo 90, inciso IV da Lei 12.529/2011, como se verá a seguir.

3. Contratos associativos

3.1. Consórcios e *joint ventures societárias e contratuais*

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”.

Consórcios são exemplos típicos de concentração por cooperação, uma vez 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.

Trata-se de uma modalidade de cooperação limitada a um projeto específico, a partir do qual as empresas poderão extrair benefícios mútuos. A disciplina legal constante do artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas deixa clara a existência de um “empreendimento comum” entre os contratantes, que, no entanto, por se tratar de um contrato, dispensa a criação de nova pessoa jurídica. Os consórcios apresentam, nesta linha, uma cooperação qualificada pelo fim em comum, inclusive com estrutura organizativa própria e determinada legalmente, em que alguns autores os aproximam de verdadeiros contratos de sociedade (Frazão 2015). 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 AS.

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, no entanto, podem ser destacadas dessa modalidade, possibilitando o reconhecimento dessas estruturas pela autoridade concorrencial, são 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 empresarial (Frazão 2015).

O “fim comum” é o objetivo, expressa ou tacitamente, convencionado no contrato, que apresenta eficácia funcional entre as contratantes, isto é, constitui um critério que orienta a política da empresa em comum, que se traduz na concretização dos direitos e obrigações das partes. A determinação do “fim comum” é preponderante para o dever de lealdade entre os contratantes (Lima Pinheiro 2003, p. 138), uma vez que estabelece entre as partes uma solidariedade de interesses, em que as vantagens de um são as vantagens do outro (Silva Moraes 2006, p. 178-182).

Como desdobramento imediato do “fim comum”, o segundo elemento distintivo das *joint ventures* diz respeito à assunção comum do risco empresarial, tendo em vista que tal circunstância é inerente à própria ideia de empresa comum. A consecução de um escopo em comum requer, necessariamente, uma manifestação de vontade das partes em cooperar ativamente para um resultado específico, sempre numa situação de igualdade de participação

nestes resultados. Daí porque a disposição das contratantes em arcar com lucros e prejuízos decorrentes da atividade desenvolvida conjuntamente é uma consequência direta da existência de um escopo em comum entre elas.

O terceiro aspecto característico de uma *joint venture* é o elemento organizacional da relação, isto é, a existência de uma estrutura estável de organização de fatores produtivos, normalmente desenvolvida no plano jurídico através de uma universalidade de bens ou direitos. Sem tal dimensão, a durabilidade dos projetos estaria comprometida.

Esclarece Luis Domingos Silva Morais (2006, p. 175) que é justamente esse elemento jurídico que separa as *joint ventures* das múltiplas modalidades de acordos de cooperação, uma vez que consiste na individualização de uma organização jurídica, criada *ex novo*, com verdadeiras características empresariais, mesmo que o seu grau de autonomia em relação às empresas fundadoras possa ser relativamente variável.

Independentemente da forma que a *joint venture* assumir, uma coisa, no entanto, é certa: a *joint venture* sempre resulta na formação de um novo ente empresarial (Mariti e Smiley 1999, p. 282). Tal característica, inclusive, justificou a definição de *joint ventures* pela doutrina portuguesa como a realização de uma “empresa comum” (Silva Morais 2006).

Isso significa que até mesmo nos casos das *joint venture* contratuais não basta apenas uma mera governança obrigacional da relação interempresarial. A formação de uma *joint venture* requer necessariamente um contrato organizativo entre as partes, isto é, uma estrutura minimamente estável entre as contratantes (Silva Morais 2006, p. 176), que procura disciplinar a utilização dos bens a que se refere, bem como disciplinar o movimento paralelo de pessoas e recursos investidos para a realização de um resultado prático (Lima Pinheiro 2003, p. 132), a exemplo da criação de um centro de receitas e despesas relacionado à atividade desenvolvida em conjunto (Lima Pinheiro 2003, p. 60-83). Deste modo, a *joint venture* requer uma “cooperação organizada” que se diferencia de uma mera “cooperação obrigacional” (Lima Pinheiro 2003, p. 83-162).

A criação de uma *joint venture*, ainda que contratual, requer portanto a instituição de elementos integrativos de empresa que compatíveis com a necessidade de execução, acompanhamento e prestação de contas inerentes ao exercício de uma empresa comum (Silva Morais 2006, p. 297). A integração empresarial é, portanto, um aspecto inerente às *joint ventures*, uma vez que a solidariedade de interesses e a simetria de participação no resultado da atividade são características também presentes nessa modalidade de relação (Silva Morais 2006, p. 178).

Por fim, o último aspecto característico das *joint ventures* diz respeito à criação de um novo centro de gestão da empresa em comum, o qual pode se dar tanto pelo controle comum ou compartilhado ou ainda quando apenas uma das contratantes assume a direção da atividade empresarial desenvolvida em conjunto. Quanto a este último aspecto, Buckley e Casson (1999, p. 411) demonstram que, ao analisar casos reais de *joint ventures*, é possível observar que em muitos deles apenas uma das contratantes assume a direção da empresa comum, enquanto o outro assume um papel passivo (*sleeping role*).

Isso significa que, por meio do contrato de *joint venture*, os participantes mantêm sua independência econômica e financeira, porém, estabelecem uma estrutura organizativa própria que possibilite o compartilhamento dos riscos da atividade desenvolvida em conjunto. Conseqüentemente, em razão da estrutura organizativa criada, podem decorrer novas formas de controle das atividades das partes contratantes, resultando alterações nas estruturas do mercado onde atuam. Isto é, as *joint ventures*, ainda que se deem sob a forma de cooperação empresarial, devem ser consideradas alternativas às operações de compenetração societária, como a fusão e a incorporação, uma vez que, na medida em que sempre resultam na criação de um novo centro de decisões – seja ele compartilhado entre as partes ou exercido por uma delas sobre a outra –, anulam as relações de concorrência entre os contratantes no que diz respeito à atividade conjunta, interferindo, assim, na estrutura do mercado onde atuam.

Como visto no capítulo anterior, o atual substrato econômico deflagrou um processo de desagregação da empresa hierarquizada e a conseqüente importância de soluções contratuais intermediárias entre esta e o mercado, conhecidas como “terceira via”. Neste cenário, a *joint venture* assume especial relevância, principalmente na modalidade contratual, uma vez que a criação de uma nova pessoa jurídica tem alcance limitado diante das novas circunstâncias econômicas.

Todavia, é certo que, em razão da multiplicidade dos arranjos contratuais que se encontram no meio empresarial, nem sempre será fácil fazer a distinção entre a universalidade de contratos que se encontram na terceira via daqueles que realmente são relevantes para o direito concorrencial das estruturas, ou seja, daqueles que ensejam formas de concentração por cooperação, tais como os contratos de *joint venture*.

Muitos contratos, além de adotarem nomes e estruturas atípicas, combinam, de forma relativamente equilibrada, elementos associativos e de troca, de forma que ficariam em uma espécie de zona fronteira (Frazão 2015) entre os contratos de *joint venture* e os demais contratos que não são objeto de incidência do controle preventivo, mas que, no entanto, são

capazes de alterar as estruturas do mercado onde se inserem. É justamente nestes casos onde se encontram os maiores desafios do direito concorrencial brasileiro com relação aos contratos associativos, que ainda carecem de delimitação material mais consistente, principalmente no que diz respeito a sua sujeição ao controle preventivo estabelecido pela Lei n. 12.529/2011.

3.2. Uma tentativa de delimitação do núcleo próprio dos contratos associativos

3.2.1. Relações contratuais e as formas de organização da atividade empresarial

Como vem sendo ressaltado ao longo do trabalho, a vinculação entre as unidades empresariais já não se faz em termos de participação societária de capital, mas adota antes a forma de contratos estáveis, fenômeno este conhecido como um processo de contratualização da atividade empresarial. O mercado identifica-se, assim, como um emaranhado de contratos mercantis tecidos pelos agentes econômicos (Forgioni 2011, p. 25). Neste cenário, é preciso introduzir os contratos associativos à categoria dos contratos mercantis, procurando situar e justificar a sua existência nos quadrantes do direito privado, para então compreender as suas características e relevância para o direito da concorrência.

Segundo Paula Forgioni (2011, p. 183), a zona intermediária existente entre as formas “puras” de organização da atividade econômica é marcada por uma ampla variedade de contratos que envolvem um grau de colaboração maior do que aquele que normalmente existe nas relações de mercado, porém menor que os contratos de sociedade.

As formas extremas de organização da atividade econômica se traduzem, por um lado, nos “contratos comutativos”, “bilaterais (sinalagmáticos)”, “troca/permuta” ou “intercâmbio”, e, por outro, nos “contratos de sociedade”. Por sua vez, os contratos situados na zona intermediária recebem as seguintes denominações: “contratos híbridos”, termo empregado pela autora Paula Forgioni (2011, p. 183) ou “contratos relacionais”, segundo a definição do economista Williamson (1985;1999).

Os contratos bilaterais, comutativos, de troca ou intercâmbio representam o extremo onde predominam as relações de mercado. Todos eles exprimem juridicamente uma troca, em que cada uma das partes realiza prestações dirigidas no essencial à outra parte e tem natureza de contrapartida (Silva Morais 2006, p. 273), isto é, traduz-se na troca de uma prestação. Cumprida uma prestação torna-se exigível a contraprestação, e uma vez extintas – prestação e contraprestação – encerra-se o contrato em razão do seu cumprimento total.

Ademais, tais contratos estão condicionados a uma atuação egoística de cada uma das partes. São contratos que pressupõem interesses divergentes e contrapostos entre as contratantes, em que os interesses estão direcionados à maximização do seu próprio benefício, já que nestas relações o incremento da vantagem econômica de uma parte leva à diminuição do proveito da outra (Forgioni 2011, p. 155). São contratos que servem, portanto, à composição da contraposição de interesses existente entre as partes.

Já no extremo oposto, o contrato de sociedade empresária distingue-se fundamentalmente dos primeiros pela existência de interesses convergentes entre as contratantes, em prol de um objetivo comum. Os contratos característicos das relações de mercado pressupõem vontades antagônicas e divergentes entre as partes relacionadas, o que não ocorre numa sociedade. São também elementos fundamentais à efetivação de uma sociedade, além da existência de um fim comum, a necessária contribuição dos sócios em esforços e recursos e a relação de um poder hierárquico.

O escopo em comum é o elemento decisivo nos contratos de sociedade, o qual impõe às partes contratantes a aceitação da alea comum do negócio. Em termos objetivos, o fim comum traduz-se na partilha obrigatória dos lucros e perdas geradas pela atividade. Especialmente no que concerne a este último, Fabio Konder Comparato (1990, p. 153) entende que é justamente na participação dos sócios nos resultados deficitários do negócio em que reside a característica própria das sociedades empresárias.¹⁰⁶ Tanto é assim que o Código Civil Brasileiro, no que diz respeito aos contratos de sociedade, estabelece que “é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas” (artigo 1008) resultantes do exercício da atividade.

Outro elemento característico dos contratos de sociedade é a existência de comando hierárquico, o que poderia ser comparado a uma relação existente entre mestre/servo ou empregado/empregador (Coase 1999, p. 53). Isto significa que os contratos de sociedade possibilitam a organização do poder de forma institucional (Comparato e Salomão Filho 2014, p. XIII), por meio de um centro de decisões do qual emanará a vontade da empresa.

No que diz respeito à zona intermediária, as associações empresariais se dão por meio de “contratos híbridos”, contratos de entremeio situados entre a empresa e o mercado, em que

¹⁰⁶ Paula Forgioni cita, por exemplo, os contratos de distribuição em que pode haver uma interdependência do sucesso empresarial entre fornecedor e distribuidor, mas isso não significa que haverá uma assunção do eventual prejuízo entre eles. Daí porque o contrato de distribuição não seria propriamente um contrato de sociedade (Forgini 2008, p. 100).

“o grau de autonomia das partes é mais acentuado do que nos modelos hierárquicos, porém inferior ao da solução de mercado” (Forgioni 2011, p. 183).

Quanto a essa modalidade, explica a autora a dificuldade enfrentada em lidar com essas novas formas de organização da atividade econômica:

“O entendimento desses dois polos [referindo-se às sociedades comerciais e aos contratos de intercâmbio] é também importante para que se tenha a real dimensão dos problemas dos contratos "de entremeio" e que derivam, principalmente, da ausência de respostas jurídicas a vários impasses que surgem durante a sua execução. Se, no que toca ao intercâmbio e às sociedades, essas soluções foram sendo construídas com o passar do tempo e hoje são conhecidas dos juristas, o mesmo não ocorreu com os "híbridos" - até porque a disseminação de seu uso é fenômeno recente”. (Forgioni 2011, p.154)

São, portanto, contratos específicos de longa duração em que as partes, mais do que estabelecer as obrigações recíprocas, precisam estruturar, minimamente, um sistema de governança que possibilite, manter a continuidade e adaptabilidade em face das modificações futuras do mercado (Williamson 1999). Tais contratos não resultam necessariamente na integração entre os contratantes, pois, apesar de haver certa interdependência entre as partes, elas mantêm autonomia com relação ao patrimônio, às atividades, aos lucros e aos prejuízos de cada uma (Forgioni 2011, p. 173).

Alguns tipos contratuais que assumem forma híbrida são: contratos de mera colaboração¹⁰⁷, contratos de execução continuada ou contratos comutativos de longa duração, tais como contratos de distribuição, contratos de fornecimento, contratos de licenciamento, contratos de franquia. Nesses contratos, é possível identificar algum elemento cooperativo entre as partes, que não chega, entretanto, a traduzir-se em uma identidade de propósitos entre os contratantes (Frazão 2014, p. 12) (Forgioni 2008, p. 77).

Os contratos híbridos ou relacionais são, portanto, contratos de cooperação empresarial, porque, longe de constituírem transações pontuais de bens e serviços, criam laços estáveis ou duradouros entre os contratantes. Estes contratos dependem de uma cooperação direcionada para o futuro, não apenas para garantir o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo das atividades substantivas da relação (Forgini 2008, p. 73). Deste modo, sempre haverá uma dificuldade por parte da autoridade de apurar categorias de

¹⁰⁷ São contratos em que as partes vinculam-se a uma certa coordenação das suas atividades, mas não se obrigam a colaborar na prossecução de um resultado econômico unitário (Lima Pinheiro 2003, p. 209).

contratação em que, ora o elemento comutativo, ora o aspecto cooperativo, sejam mais prevaletentes.

A exemplificar, os contratos puros de fornecimento apresentam, a priori, um caráter comutativo mais evidente. As joint ventures, contrariamente, são contratos relacionais em que o aspecto cooperativo é mais predominante. Como visto anteriormente, são formas de cooperação qualificadas, na medida em que dispõem de organização própria e instituída para alcançar um fim comum entre as partes contratantes, como a criação de uma estrutura organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da atividade em comum.

A figura abaixo procura demonstrar a localização dos contratos relacionais ou híbridos entre as formas extremas de organização da atividade empresarial:

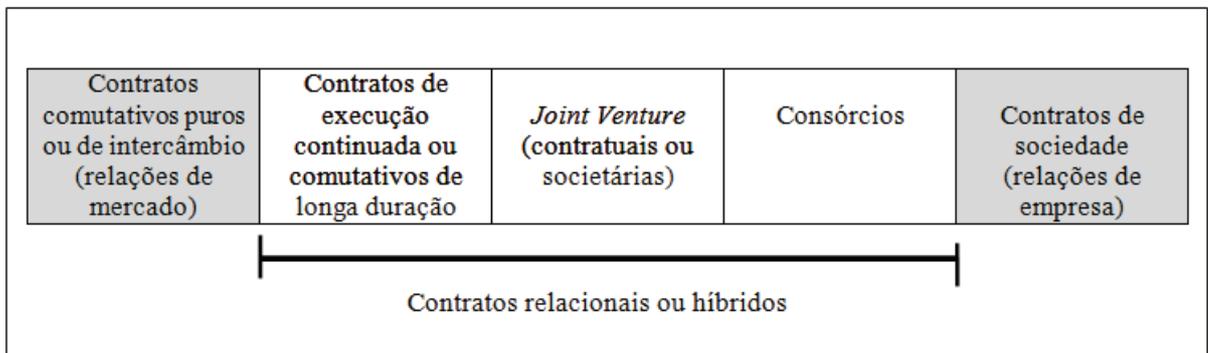


Fig.2. – Contratos relacionais ou híbridos

Neste contexto, diante da multiplicidade de contratos relacionais e híbridos normalmente pactuados entre os agentes econômicos, é preciso encontrar critérios para distinguir entre eles o que seriam os contratos associativos para fins de aplicação do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011.

3.2.2. Contratos associativos para fins de aplicação da Lei n.12.529/11

A expressão “contrato associativo” não encontra manifestação consistente no direito brasileiro, mas no direito e na doutrina italiana é um termo bastante comum. Segundo o entendimento difundido na Itália, “contratos associativos” é espécie do gênero dos contratos plurilaterais, em razão do aspecto funcional e causal da comunhão de escopo (Sabetta 2009,

p.14)¹⁰⁸. A comunhão de propósitos é a própria razão de ser do contrato e pode ser perceptível em todos os seus elementos: na origem, no desenvolvimento e nos resultados da relação, mantendo sempre a paridade ente os participantes no concurso pela participação nos resultados. A identidade de escopo é, desta forma, uma exigência funcionalística do contrato que chega a se confundir com a sua própria causa.

No direito brasileiro, o conceito de contratos plurilaterais teve sua maior expressão para designar o caráter contratual do ato constitutivo da sociedade empresária, em que a comunhão de fim é essencial para a consecução do escopo contratual. Nos contratos plurilaterais, o escopo constitui o interesse comum e unificador das várias partes contratantes e concorre para determinar o alcance dos direitos e dos deveres de cada uma delas.

Daí o entendimento de estudiosos italianos de que o significado do contrato associativo é a generalização do tipo de contrato de sociedade (Sabetta 2009, p. 14).¹⁰⁹ Contrato associativo é, portanto, contrato de comunhão de fim, que tem, primordialmente, por intuito, disciplinar a utilização dos bens a que se refere, coordenando as diversas partes contratantes em torno desse fim (Frazão 2015). Tal como nos contratos plurilaterais, o escopo contratual dos contratos associativos é juridicamente relevante e determinante para às atividades posteriores a que se destina. Com efeito, diversamente do que ocorre nos contratos comutativos/bilaterais, em que o fim prende-se a execução da própria contraprestação, nos contratos associativos há uma preocupação de coordenação dos contratantes para possíveis fatos ou atos posteriores relacionados ao alcance do objetivo contratual (Frazão 2015).

Importante destacar que a mera referência à cooperação ou colaboração não é suficiente para definir os contratos associativos¹¹⁰, uma vez que, até mesmo por influência da cláusula geral da boa-fé objetiva contratual¹¹¹, pode-se considerar que a cooperação é um aspecto comum a todos os contratos. O aspecto distintivo dos contratos associativos não reside,

¹⁰⁸ Quanto ao aspecto diferencial, esclarece Sabetta que: “*Se la necessaria e inderogabile pluralità delle parti contrassegna, sotto l’aspetto strutturale, il contratto plurilaterale, è facile avvertire che, con la nozione di contratto associativo, non è affatto incompatibile la dualità delle parti; anzi in certe sue desuete applicazioni (contratti agrari) il contratto associativo poteva avere soltanto due parti. A parte ciò, esso può indifferentemente avere due parti o più di due, laddove il contratto plurilaterale non può avere meno di tre parti senza contraddire l’art. 1420. Dove invece contratto plurilaterale e associativo collimano in toto è nel dato funzionale, o causale, della comunione dello scopo*” (Sabetta 2009, p. 14).

¹⁰⁹ Nesta linha também é o entendimento de doutrinadores portugueses como Luis Lima Pinheiro (2003, p. 129).

¹¹⁰ Voto-vogal da Conselheira Ana Frazão no AC Monsanto julgado em 2013, p. 15.

¹¹¹ A cláusula geral de boa-fé traz aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes: de comportarem-se com a mais estrita lealdade, de agirem com probidade, de informarem o outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio. Nesse tom, a colaboração está presente de forma inequívoca. Sob esse prisma, o enunciado número 24 do Conselho Superior da Justiça Federal, aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2002, prevê que o desrespeito desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato, espécie de inadimplemento a imputar responsabilidade contratual objetiva àquele que viola um desses direitos anexos.

portanto, na existência ou não de cooperação, mas sim no grau e na forma como ela é exercida entre as partes relacionadas (Frazão 2015).

As formas de cooperação abarcam uma multiplicidade de contratos relacionais e híbridos normalmente pactuados entre os agentes econômicos, que variam desde a constituição de *joint ventures* societárias até contratos comutativos de longa duração. Deve haver, portanto, um critério que permita separar os casos de mera cooperação dos casos que envolvem efetivamente a realização de um contrato associativo. O critério que se observa para o caso é a existência de um escopo em comum entre as partes. Isso explica porque os contratos de longa duração não são, por esta única característica, contratos associativos, já que podem não traduzir a existência de um objetivo em comum entre as partes relacionadas.

É justamente neste aspecto onde reside a principal dificuldade da autoridade antitruste. Isso porque a expressão “contratos associativos” encerra uma irremediável ambiguidade: ela evoca associação, mas tende a abranger relações contratuais de cooperação sem organização formal, isto é, contratos de eficácia meramente obrigatória (Pinheiro 2003, p. 162), sem qualquer elemento organizacional próprio entre as empresas, o que dificulta a identificação de critérios que possam apontar a existência de escopo comum entre as partes relacionadas¹¹².

As cooperações meramente obrigacionais abarcam justamente aquelas situações jurídicas-econômicas em que há uma conjugação de atividades estabelecida entre as partes, mas que não chega a materializar um suporte organizacional próprio¹¹³. Deste modo, neste tipo de relação, a atividade das partes se dará por meio de prestações individualizadas de cada uma, sem a mediação de um suporte institucionalizado para tanto.

Contratos associativos apresentam, nesta linha, características semelhantes, se não iguais, das *joint ventures* contratuais nos termos propostos por Luís de Lima Pinheiro (2003), para quem a *joint venture* caracteriza-se como um contrato de empreendimento comum e, como tal, corresponde a uma denominação jurídica precisa de atividades econômicas prosseguidas em comum e que não pressupõe necessariamente a constituição de uma organização comum,

¹¹² O conceito de contrato associativo se aproxima com o amplo conceito de *joint ventures* contratuais desenvolvido por Friedmann-Béguin (apud Lima Pinheiro 2003, p. 80), segundo o qual *contractual joint venture* seria qualquer empreendimento em que havendo a assunção comum do risco econômico, não se forma uma empresa comum com personalidade jurídica distinta. Com efeito, seria *joint venture* contratual quer se trate de uma mera relação obrigacional ou disponha de uma organização sem personalidade jurídica.

¹¹³ Veja que isso não passou despercebido pelo legislador brasileiro. Isso porque, nas disposições do art. 90, ao fazer uma distinção entre (i) contratos associativos, (ii) *Joint ventures* (societárias ou contratuais) e (iii) consórcios, parece que o legislador reservar aos contratos associativos todas aquelas hipóteses remanescentes que não se encaixam propriamente no conceito apresentado de *joint venture* e consórcio. Deste modo, uma das distinções entre elas seria o elemento organizacional, que nos contratos associativos pode ser mais flexível ou até mesmo inexistente entre as partes relacionadas

podendo, pelo contrário, assentar em meras relações obrigacionais. Assim, tal como nos contratos de *joint venture*, os contratos associativos correspondem a um conjunto encadeado de relações obrigacionais entre as empresas participantes, conformando um processo permanente de cooperação, dirigido à realização de uma atividade empresarial conjunta, o qual poderá ou não assumir a forma de uma plataforma organizacional devidamente institucionalizada (Lima Pinheiro 2003, p. 197).

Como bem explica Luis Domingos Silva Morais (2006, p. 173), as alternativas a configuração dos contratos associativos, que se da em base de compromissos contratuais, são muito variadas. Observa ele que a cooperação obrigacional pode abarcar desde práticas concertadas que não atendem aos requisitos de validade do negócio jurídico até acordos desprovidos no todo ou em parte de vinculatividade jurídica, a partir de conteúdos de natureza genérica dos quais decorram mera influência de comportamento, sem verdadeiro caráter cogente¹¹⁴.

É por tal razão que esta modalidade jurídica em muito se confunde com os contratos comutativos de longa duração, já que aparentam envolver um conjunto de situações esporádicas de convergência dos interesses empresariais próprios de cada participante (Silva Morais 2006, p. 306). Necessário, portanto, fazer uma distinção das relações de cooperação obrigacional mais difusas e assentes em meros contratos comutativos daquelas relações mais estáveis, de tipo associativo, conquanto sem uma verdadeira componente organizacional (Silva Morais 2006, p. 307). Com efeito, contratos aparentemente comutativos perdem essa natureza por estabelecer uma forma de cooperação qualificada pela existência de um escopo em comum entre as partes relacionadas, dando, assim, ensejo aos contratos associativos. A identificação do escopo comum nestes casos não é uma tarefa trivial, mas poderia se dar a partir de elementos contratuais que possam afastar o caráter puramente comutativo do acordo, a exemplo, de como será visto adiante, de cláusulas que permitem a influência de uma empresa sobre aspectos relevantes da outra, principalmente no que diz respeito ao tratamento de terceiros, ou ainda, cláusulas que estabelecem compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as contratantes.

A figura 3 abaixo procura situar os contratos associativos em relação aos contratos relacionais estudados no item anterior, e sua conseqüente localização entre as formas extremas de organização da atividade empresarial:

¹¹⁴ Esse aspecto foi identificado no caso Monsanto recentemente julgado pelo CADE, como ser verá no último capítulo dessa dissertação.

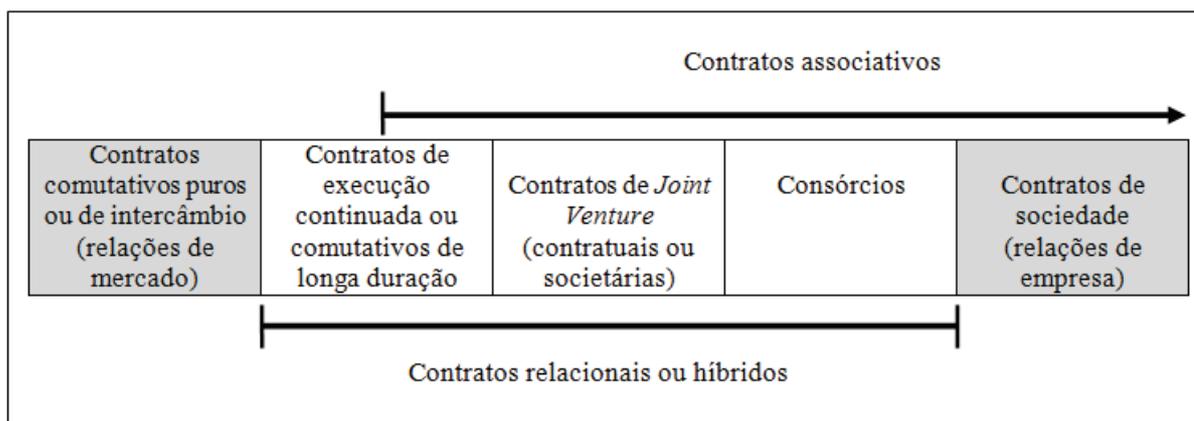


Fig.3. – Contratos associativos

Nota-se, pela figura, que contratos associativos podem envolver relações contratuais que não se amoldam perfeitamente nos conceitos de *joint venture* e consórcio. Esse entendimento se justifica uma vez que os contratos empresariais cada vez mais se mostram longos, confusos e complexos, muitas vezes ocultando a existência de uma estrutura organizativa mais definida justamente para se furar a incidência dos dispositivos legais, ou ainda, quando apresentam nomes e títulos que não refletem adequadamente seu verdadeiro conteúdo, exigindo do intérprete um esforço adicional para identificar a real natureza do contrato.

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

Considerando o conceito proposto, os contratos associativos são, portanto, objeto de controle concorrencial de estruturas na medida em que resultam formas de concentração por cooperação, já que resultam na formação de uma nova unidade empresarial, em razão da perda da autonomia econômica preexistente entre as partes relacionadas em função do objetivo fixado entre elas.

Ocorre que a identificação do escopo comum nestes casos não é uma tarefa trivial e é justamente nesta dificuldade onde a autoridade antitruste encontra seus maiores desafios na execução do controle preventivo. Explica Luís Domingos Silva Morais (2006, p. 328) que, para

efeitos de incidência do direito da concorrência, é necessário identificar uma área na qual, a partir de certo limiar qualitativo, ocorra uma interpenetração de elementos de integração e cooperação empresarial que possa levar a formação de uma nova unidade econômica, dando assim, ensejo a formas de concentração por cooperação.

Como se verá no próximo capítulo, um ponto de partida para esta análise seria compreender os contratos associativos a partir de elementos contratuais que possam afastar o caráter puramente comutativo do contrato, procurando estabelecer, nestes casos, uma combinação de critérios jurídicos de apreciação de formas de coordenação de comportamentos empresariais, que podem levar à efeito de concentração de mercado (Silva Morais 2006, p. 42), a partir dos quais seja possível presumir que as partes estejam atuando como uma unidade empresarial distinta daquela preexistente a operação.

4. As regras definidas pelo CADE para notificação de contratos associativos

É evidente que as dificuldades na definição e identificação de contratos associativos exigem a incorporação de uma série de considerações dinâmicas, que podem tornar a interpretação dos dispositivos da legislação concorrencial uma tarefa de complexidade intimidadora (Kaplow e Shapiro 2007, 113), em razão dos entraves que normalmente se encontram na identificação dessas situações de forma *a priori*. Diante dessas dificuldades, as impressões resultantes da experiência na apreciação de certas transações comerciais têm influenciado diretamente as autoridades no processo de formação de parâmetros jurídico-econômicos de análise.

Ocorre que esta metodologia já não encontra o mesmo apoio legal com o advento da Lei 12.529/2011, que, contrariamente a antiga Lei 8884/94, afastou o potencial anticompetitivo das operações como critério único de definição de ato de concentração.

Isso não significa, contudo, que este potencial seja completamente indiferente para o novo regime. Na verdade, o que muda é o papel que tais considerações assumem atualmente como fundamento lógico dos critérios objetivos a serem ditados pelo CADE na identificação dos casos previstos no artigo 90, sendo utilizados como parâmetros a partir dos quais seja possível presumir a existência de uma concentração empresarial¹¹⁵.

¹¹⁵ Voto-Vogal proferido pelo Presidente do CADE, Vinícius de Carvalho, no julgamento dos Atos de Concentração Monsanto em 2013.

Não obstante, ao analisar a Resolução nº 10/2014, recentemente editada pelo CADE, o risco concorrencial, que deveria ser critério secundário na metodologia empregada pelo CADE, ainda se apresenta como elemento principal e determinante para identificar operações sujeitas ao controle de estruturas. Ademais, tal como disposta, impossibilita a formatação de padrões objetivos e estáveis de investigação e aplicação da legislação de defesa da concorrência, principalmente no que concerne à preservação do conteúdo próprio daquilo que se entende por “contratos associativos” e “ato de concentração”, afastando-se, assim, dos critérios já estabelecidos pela Lei 12.529/2011.

4.1. Resolução CADE nº 10 de 04 de novembro de 2014

Em março de 2014, o CADE submeteu à consulta pública proposta de Resolução que regulamenta o art. 90, inciso IV da Lei n. 12.529/2011.

Das vinte e três contribuições recebidas na Consulta Pública nº 03/2014, todas foram unânimes no sentido de que o conceito proposto para contratos associativos se apresentava muito abrangente e inadequado aos propósitos da Lei. As contribuições pugnavam pela necessidade de outros critérios qualitativos sob pena de gerar a notificação compulsória de contratos ordinariamente realizados na condução dos negócios, insegurança jurídica com relação aos critérios de notificação, engessamento desnecessário da atividade econômica e a ineficiência do serviço público em razão da sobrecarga de processos notificados.

Encerrado o procedimento de consulta pública, a versão final da resolução foi publicada em 04 de novembro de 2014. Segundo os termos da Resolução, os seguintes critérios deverão ser observados cumulativamente para a configuração dos contratos associativos:

Art. 1º Esta Resolução disciplina as hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo, de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei 12.529, de 2011. 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 procurou, por um lado, solucionar as dúvidas jurídicas com relação aos termos da Lei, mas, por outro, acabou criando outras tantas. Isso porque, ao procurar trazer uma nova distinção conceptual no propósito de delimitar as regras materiais aplicáveis aos contratos associativos, contraditoriamente, gerou maior indefinição e imprevisibilidade jurídica.

4.1.1. Da necessidade de exclusão do critério de *market share*

O principal aspecto a ser criticado na Resolução é a utilização do *market share* como elemento, que associado ao tempo de 2 anos, foi utilizado para definir contratos associativos.

Neste ponto observa-se, primeiramente, uma tentativa por parte da autoridade concorrencial de transposição imprópria de critérios de isenção estabelecidos no direito comparado para a realidade brasileira. Vê-se que os critérios que dizem respeito à delimitação de mercado relevante e *market share*, especialmente no que diz respeito às práticas verticais, muito se assemelham às disposições do Regulamento nº 330/2010 da Comissão Europeia¹¹⁶.

O Regulamento estabelece isenções por categoria, a partir da presunção de que certos pactos celebrados entre empresas não são capazes de alterar as relações concorrenciais do mercado, mas que, pelo contrário, trazem eficiências econômicas. Como regra geral, estão isentos de controle prévio pela autoridade antitruste, os acordos verticais desprovidos de restrições graves à concorrência celebrados entre empresas que não detenham 30% de *market share* em seus respectivos mercados relevantes. Já com respeito às relações horizontais, presumir-se-ia a existência de um contrato associativo (escopo em comum) entre as partes quando algumas delas, ou em conjunto, pudessem alcançar participação de 20% do mercado relevante afetado pelo objeto do contrato.

¹¹⁶ Regulamento nº 330/2010 da Comissão Europeia: Artigo 3º Limiar da quota de mercado 1. A isenção prevista no artigo 2º é aplicável na condição de a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais.

A reintrodução dos critérios de participação de mercado nas análises a serem empreendidas pelo CADE deve ser vista com muito ceticismo, mesmo que tais critérios decorram de uma “importação” de melhores práticas do direito comparado. Esse entendimento se justifica porque a transposição de critérios e requisitos do direito comparado deve guardar uma consonância estrita com a realidade econômica e, principalmente, jurídica do país ¹¹⁷.

O critério de participação de mercado, como muito se sabe, é uma *proxy* a partir da qual busca-se investigar o poder de mercado detido pelas empresas e, conseqüentemente, os riscos potenciais à concorrência em razão da existência de posição dominante. É certo que a celebração de contratos entre concorrentes pode gerar preocupações concorrenciais, seja pelo eventual incentivo à colusão, seja por abrir a possibilidade de acesso a informações estratégicas de rivais. Ocorre que tal critério consequencialista já não pode ser utilizado como critério único de identificação das operações sujeitas ao controle de estruturas já que a Lei n. 12.529/2011, a contrario do antigo diploma, expressamente exclui o critério de *market share* como elemento de definição de ato de concentração.

Não se pretende defender aqui que o risco concorrencial não possa ser usado pelo CADE como ponto de partida para se traçar critérios objetivos de presunção de concentração econômica, tal como salientado pelo Conselheiro Vinicius de Carvalho em seu voto no AC Monsanto diante das dificuldades relacionadas a identificação dos contratos associativos. Nada mais, defende-se que tal metodologia deve estar restrita à manutenção da autonomia conceitual dos contratos associativos, e por conseguinte, de atos de concentração, e que devem apresentar maior objetividade possível, o que a simples averiguação de *market share* não apresenta.

A exemplo do que se nota no caso das relações horizontais, o critério proposto pela Resolução apresenta-se muito abrangente e acaba por afastar a própria autonomia conceitual de contratos associativos, uma vez que não traz elementos mínimos de definição da existência de um escopo em comum entre as partes. Isso significa que os critérios, ainda que cumulativos, de contrato por prazo de dois anos e *market share* de 20%, não são suficientes para alcançar a delimitação própria de contratos associativos, tão pouco de ato de concentração.

Como salienta Luis Lima Pinheiro (2003, p. 63) não basta a consideração da função econômica do negócio, somente mediante uma análise do conteúdo jurídico das relações em causa será possível delimitar claramente a cooperação interempresarial. Deste modo, é o

¹¹⁷ Neste sentido também foi o pronunciamento do Presidente do CADE, Vinicius de Carvalho, no julgamento dos Atos de Concentração Monsanto em 2013. Segundo o Presidente, “a definição de filtros adequados tem sido reconhecida como um dos maiores desafios para a estruturação de uma política de defesa da concorrência adequada à realidade de cada país”.

conteúdo contratual que poderá apontar a existência ou não de uma cooperação qualificada pelo fim em comum entre as contratantes, e não propriamente o risco concorrencial gerado por uma relação negocial entre empresas concorrentes de considerável participação no mercado.

Deste modo, nota-se um manifesto excesso por parte da autoridade antitruste brasileira ao reintroduzir o índice de participação de mercado como critério de notificação de atos de concentração, inclusive porque a Resolução dá margem à interpretação no sentido de que o critério de *market share* (estabelecido pela Resolução) e faturamento (estabelecido pela Lei) devam ser cumulativos, e não alternativos, para obrigar a notificação da operação.

A Resolução cria, portanto, um novo critério que é capaz até mesmo de afastar do controle preventivo aquelas hipóteses que seriam claramente de incidência da lei. O legislador, ainda que mal orientado, designadamente inovou, não fixando como critério de notificação a participação de mercado dos figurantes do ato de concentração. Logo, não pode o CADE substituí-lo fixando em resolução tal índice¹¹⁸ como um critério cumulativo de notificação, o qual, como visto, não traz em seu seio qualquer elemento que possa apontar a existência de um escopo em comum entre as partes.

Como visto no capítulo anterior, talvez uma das razões que tenha levado o legislador a utilizar a expressão “contratos associativos”, é o propósito de alcançar algumas operações que, muito embora não utilizem a nomenclatura *joint venture* – mas sim “parceria comercial”, “aliança estratégica”, etc. – apresentam em sua essência características próprias dessa forma de organização empresarial.

Um exemplo real desta hipótese se verifica no caso da Consulta nº 08700.006564/2014-85 apresentada ao CADE em 11.08.2014. A Castrolanda – Cooperativa Agroindustrial Ltda. apresentou a referida consulta, requerendo que o CADE se manifestasse sobre a obrigatoriedade de notificação de um contrato de parceria firmado entre cooperativas agroindustriais para a operação conjunta de uma unidade industrial, no caso, uma unidade de processamento de industrializados de carne.

Consoante os termos da Consulta, a Castrolanda, em conjunto com a Batavo Cooperativa Agroindustrial (Batavo) e a Capal Cooperativa Agroindustrial (Capal) possuem interesse em investir e participar de Unidades Estratégicas de Negócios (UENs) industriais sob o modelo no qual cada cooperativa assume o papel de líder de determinado projeto, com a

¹¹⁸ No mesmo sentido foi a contribuição do escritório de advocacia Pedro Dutra à Consulta Pública nº 03 de 2014.

integração natural das demais, de modo que a intercooperação dilua os riscos do empreendimento entre os participantes.

Trata-se, claramente, da configuração de um ato de concentração pela formação de uma típica *joint venture*, que ao se utilizar de outros termos contratuais, leva o administrado a acreditar que referido contrato estaria sujeito aos requisitos da nova Resolução, e não da Lei, a qual requer tão somente o critério do faturamento para ensejar a notificação. A Resolução abre, portanto, uma grande lacuna na lei ao criar novos critérios de notificação de *joint ventures*, usurpando, dessa forma, a vontade do legislador, que definiu para estes casos, tão somente o critério do faturamento como requisito de notificação.

Ademais, ainda que não se entenda que tais critérios usurpam a competência legislativa, são critérios que igualmente estão longe de estabelecer segurança e objetividade aos requisitos de notificação dos contratos associativos.

Como muito se sabe, um dos maiores riscos que se verifica nas mutações de metodologia jurídico-econômica de análise do quadro do ordenamento da concorrência – tradicionalmente marcado por processos de análise econômica – corresponde a uma excessiva utilização de modelos econômicos, recebidos de forma abstrata e sem o necessário crivo de verificação empírica através de estudos de mercado, ou mesmo através de situações já analisadas *in concreto* pela autoridade. Na *práxis* brasileira, tal característica é ainda mais relevante, a uma, porque o corpo técnico do órgão antitruste é limitado e pouco ou nenhum estudo tem sido empreendido para estudar e tecer características estruturais sobre determinados mercados relevantes; a duas, porque a jurisprudência do CADE no que tange aos critérios de definição do mercado relevante não é sistematizada, de modo que tal definição é feita sempre a partir de critérios subjetivos de cada julgador.

Outra característica que torna a imprecisão dos critérios de mercado relevante e, principalmente, de *market share*, mais acentuada, é a inevitável limitação informacional existente nas investigações antitruste (Pitofsky, 1979, 12). Vários dos dados de mercado que compõem o substrato básico da análise antitruste muitas vezes não estão disponíveis ou são de difícil identificação. Além disso, muitas dessas informações relevantes para a aplicação do direito concorrencial estão geralmente em posse das próprias empresas, o que dificulta, além do acesso, também aferir a veracidade desses dados.

Sabe-se que significativa parte do processo de análise antitruste é feita a partir de ferramentas cuja aplicação ao caso concreto requer uma série de estimativas econômicas, cujos resultados são incertos ou podem variar sensivelmente conforme as premissas e métodos

utilizados. Esse exercício analítico aplicado aos casos concretos é geralmente cercado por alta dose de incerteza (Bergh 2002, p. 47). Com efeito, diante da inconsistência e imprecisão dos tradicionais métodos de aferição do mercado relevante, doutrinadores como Kaplow questionam a necessidade de realização desse exercício para a aplicação da lei antitruste (Kaplow, 2010).

Essa tentativa de ruptura metodológica em relação a certos processos de construção jurídica se justifica em razão da possibilidade das distorções que podem gerar, em especial no momento ao qual se destina a Resolução CADE nº 10 de 2014. Se a ferramenta de análise já apresenta controvérsias na análise de mérito, no momento da notificação ela está ainda mais longe de conferir transparência e coerência ao discurso de fundamentação da autoridade. Isso demonstra que a aferição do *market share* além de não ser uma ferramenta objetiva, não é propriamente um fator adequado para verificar as hipóteses de notificação, isso porque se trata de uma ferramenta utilizada para auferir o poder de mercado, que muitas vezes demanda um esforço de instrução por parte da autoridade, além de poder ser auferido por outras inúmeras formas que não propriamente essa.

Neste cenário, de acesso a evidências limitadas e imperfeitas, é justamente onde a autoridade antitruste encontra o seu maior desafio, que é construir regras que possam ser aplicadas objetivamente, sem se valer de informações ou ferramentas que apresentam tantas falhas, ou cuja obtenção se encontra, muitas vezes, sob poder das partes.

Isso demonstra que os critérios de *market share* e mercado relevante não são critérios adequados a serem adotados nesse momento da análise: de conhecimento ou não da operação, já que são ferramentas que usualmente requerem uma instrução complementar. Se o instrumental econômico é muito precário para fazer prognoses seguras e afastar por completo os riscos anticoncorrenciais de concentrações que já se encontram sob análise da autoridade, esse ceticismo deve ser ainda mais sensível se o instrumental é utilizado para definir os critérios de notificação.

4.1.2. Da necessidade de ampliação dos critérios estabelecidos na Resolução

O requisito tempo não foi inicialmente considerado na proposta submetida pelo CADE à Consulta Pública, tampouco foi objeto arguido nas contribuições apresentadas pelo público externo à consulta pública realizada. Não obstante, o critério foi posteriormente inserido na versão final da Resolução publicada em novembro de 2014.

Os contratos associativos, enquanto espécie dos contratos relacionais, procuram estabelecer uma continuidade da relação entre as partes, uma vez que a interrupção da relação rompe as condições de segurança e confiança inerentes a estas modalidades contratuais.

Nesta linha, o tempo é um elemento que necessariamente integra os contratos de execução continuada, uma vez que, em face desta característica, as obrigações das partes são renovadas sucessivamente sem que seja modificado o conteúdo das obrigações, porquanto a longa duração contratual é interessante para ambos.

Ademais, para a configuração de um ato de concentração, é necessário que ocorram alterações minimamente permanentes na estrutura do mercado, razão pela qual o prazo contratual é o primeiro elemento de distinção entre os meros contratos comutativos e os contratos associativos.

Nesta linha, foi acertado o entendimento do CADE no sentido de estabelecer o elemento temporal como o primeiro critério a ser verificado a fim de traçar uma linha distintiva entre os contratos comutativos, realizados no curso normal dos negócios empresariais, e aqueles que podem configurar contratos associativos, modalidade de cooperação mais estável e duradoura estabelecida entre empresas para a consecução de um fim comum.

Segundo os termos da resolução, contrato de longa duração é qualquer contrato que estabeleça prazo superior a dois anos, considerados, neste requisito, inclusive os contratos com duração inferior, mas que, mediante sua renovação, o período de dois anos for atingido ou ultrapassado.

Importante destacar que não há um prazo pré-estabelecido a partir do qual seja possível afirmar que há um contrato de longa duração. Não obstante, como dito na parte introdutória deste capítulo, a experiência da autoridade concorrencial pode apontar uma *proxy* razoável a este respeito para delimitar um parâmetro objetivo que vise capturar aquelas operações que de fato possuem relevância concorrencial. Daí as considerações acerca de possíveis restrições à concorrência servirem de fio condutor para o processo de definição de filtros para a configuração dos contratos associativos.

Nesta linha, o prazo de dois anos previsto na Resolução apresenta-se razoável para dispensar a notificação de contratos que apresentam baixo potencial ofensivo. Isso porque a experiência do Conselho tem demonstrado que, ainda que contratos inferiores a dois anos possam em tese ser considerados contratos de longa duração, tais contratos, raramente, terão o objetivo, a potencialidade ou mesmo a possibilidade de estabelecer uma estrutura econômica

distinta daquela pré-existente e, portanto, capaz de alterar as relações de concorrência do mercado.

É importante ressaltar, contudo, que os contratos de longa duração não configuram por si sós contratos associativos. Como dito no capítulo anterior, os contratos associativos se caracterizam pela existência de um fim comum entre as partes relacionadas, a partir do qual elas reúnem esforços no desenvolvimento de uma atividade que a ambos beneficia. Com efeito, é necessária a conjugação de outros fatores a partir dos quais seja possível ao menos induzir a existência de um escopo em comum existente entre as partes.

Neste particular, tal como acertadamente delimitado pelo voto do Presidente do CADE, Vinícius de Carvalho, no AC Monsanto, a caracterização dos contratos associativos ultrapassa a mera constatação de cooperação e passa por considerações mais detalhadas sobre a independência das partes contratantes a partir da análise de cláusulas contratuais que têm, presumivelmente, capacidade de resultar na formação de uma nova unidade econômica, seja pela possibilidade de ingerência nas decisões comercialmente relevantes de uma das contratantes, pela condução mútua ou pelo compartilhamento conjunto dos riscos do empreendimento.

A Resolução nº 10/2014 identificou nas seguintes cláusulas contratuais a possibilidade de existência de um escopo comum entre as partes: (i) cláusulas de exclusividade; ou (ii) cláusulas que estabeleçam o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes. Quanto à esta disposição, cabem algumas considerações.

Não há como negar que a existência de cláusulas contratuais que estabeleçam compartilhamento de lucros ou prejuízos constituem fortes indícios da existência de um fim comum entre as partes relacionadas. Isso porque, qualquer previsão de participação nos benefícios constitui um resultado funcional para a realização de uma atividade programada, configurando, assim, um meio com respeito a um fim. Isso significa que a participação no resultado assume importância enquanto constitui instrumento para o exercício da atividade relacionada ao fim comum. A tal respeito, a característica do fenômeno associativo consiste, assim, na expressão de uma ação com valor metaindividual, em que é subentendido um interesse pertencente a uma coletividade e cuja realização constitui o fim da ação conjunta.

Nesta linha, é de se esperar que da existência de um fim comum decorra necessariamente a participação de ambas as partes nos resultados obtidos. Não existindo propriamente uma repartição de lucros, verifica-se uma especificidade na obtenção de vantagens patrimoniais nos contratos associativos, que resultam da realização de sucessivos atos de troca entre concedente

e concessionário e entre este e terceiros (Lima Pinheiro 2003, p. 185). A mera possibilidade de participação conjunta nos benefícios da atividade de uma das contratantes com terceiros sugere, portanto, a existência de um escopo comum entre os contratantes.

Já com respeito a cláusula de exclusividade, é evidente que esta, por si só, não implica a existência de um ato de concentração, tampouco a existência de um objetivo comum perseguido pelas partes. Muitas vezes, a cláusula de exclusividade é utilizada como uma mera restrição vertical, sequer necessária à consecução do objeto contratual.

Não obstante, é possível presumir a partir dessa cláusula a possibilidade de formação de uma concentração empresarial a depender do tempo que persista entre as partes. Ou ainda, trata-se de um critério objetivo identificado pela autoridade a partir de sua experiência de que tais disposições podem levar a situações de controle externo, objetivamente apreensível pelas cláusulas contratuais.

Como afirma Forgioni, a cláusula de exclusividade potencializa a influência que uma parte contratante exerce sobre a outra (Forgioni 2008, p. 253). Igualmente, encontra-se associada a uma “prisão econômica”, em que os efeitos afrontam diretamente o individualismo de cada uma das contratantes.

A exclusividade igualmente altera a estrutura de concorrência do mercado, tornando-o mais concentrado uma vez que os “remanescentes” enfrentam uma concorrência menor com a saída daquele verticalmente integrado (Forgioni 2008, p. 257). Deste modo, a exclusividade tem efeito direto sobre a estrutura de mercado, principalmente porque resulta no aumento de poder unilateral da empresa que impõe a restrição, por meio do fechamento do mercado ou do aumento de barreiras à entrada no segmento *downstream*, atuando, portanto, sobre a independência econômica das partes.

Ainda que a cláusula de exclusividade seja um critério mais relacionado aos riscos concorrenciais de uma determinada relação interempresarial, é possível, todavia, presumir a existência de um escopo em comum entre as partes a partir de disposições contratuais nesse sentido. Isso porque, como explica Paula Forgioni (2008), a exclusividade implica ganhos (ou possibilidade de ganhos) para ambos, o fornecedor e o distribuidor, pois, se assim não fosse, não a teriam contratado.

Por tal razão, alguns autores consideram a cláusula de exclusividade uma modalidade de integração vertical (Hovenkamp 2014, p. 1) normalmente associada ao comportamento unilateral do agente, que, no entanto, provoca efeitos no mercado semelhantes ao ato de

concentração, principalmente no que diz respeito à agregação de poder econômico por parte da empresa que impõe a restrição.

São também exemplos de cláusulas cujos efeitos são equivalentes a cláusulas de exclusividade as cláusulas que i) contenham restrições referentes ao volume, estrutura de produção, ii) proíbam o uso de tecnologias competidoras, iii) estabeleçam opção de compra total ou parcial em favor do provedor de tecnologia, iv) obriguem ao comprador de tecnologia transferir ao supridor os aperfeiçoamentos ou melhoramentos que se obtenham como o uso da dita tecnologia, v) obriguem a pagar "royalties" a titulares de patentes por patentes não utilizadas (Barbosa 2005, p. 168).

Sendo assim, poderão ser considerados contratos associativos aqueles contratos que estabeleçam cláusulas que levam a efeitos semelhantes às concentrações econômicas, no que diz respeito à agregação de poder econômico por parte das contratantes, tais como: características contratuais que envolvam exclusividade no uso da capacidade produtiva da empresa, ou envolvam restrições ou incentivos que interfiram nas decisões comerciais de alguma das contratantes, principalmente escolhas relacionadas à contratação de produtos ou serviços concorrentes¹¹⁹.

Nesta linha, a autoridade antitruste deve ser sensível a cláusulas contratuais que, extrapolando o objeto usual de um contrato comutativo, possibilitam uma cooperação diferenciada entre as contratantes e, quando analisadas sob uma perspectiva macro, são capazes de criar uma verdadeira unidade empresarial com inúmeras repercussões no ambiente concorrencial.

As alternativas à configuração da cooperação na base de compromissos contratuais são muito variadas (Luis Domingos Silva Morais 2006, p. 173). A cooperação obrigacional pode abarcar desde práticas concertadas que não atendem aos requisitos de validade do negócio jurídico até acordos desprovidos no todo ou em parte de vinculatividade jurídica, a partir de conteúdos de natureza genérica dos quais decorram mera influência de comportamento, sem verdadeiro caráter cogente, mas que, no entanto, são capazes de provocar verdadeira integração econômica, uma vez que possibilitam a agregação de poder empresarial de direção da atividade de uma empresa sobre a outra, ou conjuntamente por todas as empresas relacionadas.

Existe um vasto campo de problematização jurídica dos acordos desprovidos de vinculatividade, mas sabe-se que mesmo conteúdos de natureza genérica dos quais decorram

¹¹⁹ Neste mesmo sentido foi o voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual no AC Monsanto julgado em 2013.

mera influência de comportamento podem dar corpo a diferentes tipos de cooperação entre empresas (Silva Morais 2006, p. 174).

De qualquer modo, sobre o manto da teoria dos “efeitos práticos-jurídicos” é possível presumir vinculatividade a partir da “vontade funcional” das empresas relacionadas, no sentido de buscar extrair a extensão e o modo como se devam concretizar os específicos efeitos jurídicos que melhor traduzam o fim prático perseguido pelas partes (Lima Pinheiro 2003, p. 125), na medida em que uma certa intensidade da vontade dirigida a efeitos práticos tenderá mais facilmente a atrair consequências jurídicas.

Neste aspecto, importante destaque se dá ao julgamento dos Atos de Concentração da Monsanto julgados pelos CADE em 2013, em que a questão do conhecimento de contratos de longa duração foi extensamente debatida previamente à edição da Resolução nº 10/2014 pelo órgão.

Analisando os contratos apresentados, o Conselheiro Eduardo Pontual identificou disposições que previam o pagamento de um prêmio adicional proporcional ao percentual da capacidade de produção da licenciada destinado a produção de sementes com tecnologia Monsanto. Deste modo, a cláusula contratual criava um incentivo para que as licenciadas desenvolvessem e comercializassem mais sementes com a tecnologia da Monsanto do que tecnologias concorrentes.

As disposições contratuais não eram propriamente obrigatórias, pois a licenciada poderia decidir comercializar seu cultivar livremente com outras empresas. Não obstante, a licenciada teria menor interesse em investir em pesquisa e desenvolvimento de produto concorrente da Monsanto, porque no momento da produção e comercialização do seu produto, em caso de sucesso na pesquisa, ela perderia parte da receita investida. Sendo assim, os contratos firmados com algumas das licenciadas continham um sistema de incentivos que possibilitavam certa influência da Monsanto nas decisões comerciais da licenciada além dos produtos sujeitos à licença.

Nesta linha, o Conselheiro entendeu que os contratos continham cláusulas que apontavam os esforços para um bem comum entre licenciante e licenciada, por meio do financiamento do desenvolvimento de produtos de forma conjunta (com a venda do cultivar) e com uma influência concorrencial clara nos negócios outros da licenciada que não com a Monsanto.

Com razão o Conselho resolveu que os contratos de fornecimento de longa duração deveriam ser notificados quando (i) estabelecessem algum tipo de exclusividade ou pudesse ter

efeitos similares na capacidade produtiva do adquirente; (ii) incluíssem cláusulas restritivas ou desincentivos para adquirir licenças concorrentes; (iii) introduzíssem restrições no desenvolvimento de produtos concorrentes; ou (iv) resultassem qualquer tipo de influência nas decisões comerciais da adquirente.

Tem-se consciência de que é impossível estabelecer critérios objetivos que esgotem todas as possibilidades de identificação da existência de um escopo em comum entre as partes. É preciso acumular experiência na análise de casos limítrofes de modo que os problemas enfrentados na realidade sejam devidamente abarcados pelo novo regime. Assim, acredita-se que o critérios estabelecidos pela Resolução deveriam ser ampliados para abarcar as considerações expostas no julgamento do AC Monsanto, de modo a tornar a Resolução mais clara e exemplificativa de situações que possam levar a presunção de que as partes contratantes estariam atuando como unidade econômica com respeito ao objeto contratado. O CADE tem bastante experiência neste ponto, e deixou a desejar na edição da Resolução nº 10/2014.

Por fim, tem-se em consideração que, longe de oferecer parâmetros fixos para a análise ou de ser instrumento hábil a propiciar prognoses revestidas de caráter absoluto, a Resolução tem por finalidade conferir à análise concorrencial transparência e critérios mínimos de objetividade. O papel dos filtros não é outro senão o de captar, de forma indireta e mais objetiva possível, as transações comerciais que se enquadram nos contratos associativos e, conseqüentemente, afetam de forma significativa a independência entre as partes, caracterizando assim uma alteração estrutural pertinente à definição de atos de concentração nos termos da Lei n. 12.529/2011.

5. Conclusão

O presente artigo, ao tratar da importância e das principais características e funções jurídicas e econômicas dos contratos associativos, procurou demonstrar que a reflexão jurídica em torno desse fenômeno empresarial precisa ser ampliada.

A fragmentação da empresa realçou a importância de inúmeros contratos que ensejam novas formas de cooperação e organização empresarial, uma "terceira via" entre a empresa e o mercado. Esses novos arranjos contratuais lançam desafios para sua regulação jurídica, a exemplo da regulação concorrencial e seu enquadramento para fins de sujeição ao controle estrutural pelo CADE.

A complexidade do fenômeno que se busca identificar é impressionante: contratos associativos podem se apresentar nas mais variadas e nos mais diferentes contextos de mercado, muitas vezes indistinguíveis de atos ordinários realizados por empresas no curso normal de seus negócios. É inegável a existência de limites para a incorporação da riqueza de especificidades dos contratos associativos.

Dada a imprecisão e incertezas normalmente enfrentadas na definição das relações contratuais que devem ou não ser submetidos ao controle, é natural que a preocupação com a minimização de erros desempenhe um papel central no desenvolvimento do direito concorrencial (Kaplow e Shapiro 2007, 131). Por outro lado, importante também destacar a necessidade de construção de critérios de análise passíveis de implementação prática por parte da autoridade competente, consideradas suas várias limitações (Lowe 2008, p. 1). A construção de regras administráveis, isto é, passíveis de implementação pela autoridade competente dentro dos limites da sua capacidade, é fundamental para o direito antitruste (Hovenkamp 2010, p. 19).

É preciso ter em mente que o aumento da complexidade da análise estrutural, ensejada pela modalidade dos contratos associativos, precisa ser adequadamente controlado por meio de metodologias e critérios que assegurem transparência e consistência na atuação das autoridades concorrenciais.

Ademais, há que se procurar a melhor formatação de um processo investigativo que seja racionalmente direcionado ao momento de tomada de decisão, de modo que permita a intervenção adequada da autoridade para preservar as condições de concorrência no mercado e, igualmente, garantir um ambiente normativo que assegure um mínimo de previsibilidade para a atuação dos agentes econômicos, o que, todavia, não foi alcançado com a edição da Resolução CADE n. 10/2014.

Isso significa que o controle de estruturas no que toca aos contratos associativos deve passar, mesmo após a edição da Resolução n. 10/2014, por um processo de redefinição, procurando ampliar as hipóteses contratuais que possam caracterizar uma alteração econômica pertinente ao controle de estruturas e, ademais, superar as limitações das análises de mercado relevante e *market share* considerando que, para o momento de tomada de decisão que ora se discute, da notificação das operações, elas não se apresentam como a melhor ferramenta.

6. Referências

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

BAKER, Jonathan, e TIMOTHY Bresnahan. 2006. “Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power”. SSRN Scholarly Paper ID 931225. Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 328. Rochester, NY: Social Science Research Network.

BERGH, Roger Van Den. 2002. “The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law”. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 34–59. Edward Elgar Publishing.

BLOIS, K. J. 1999. "Vertical quasi-integration". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

BUCKLEY, Peter J.; CASSON, Mark. 1999. "Joint ventures." In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

CASTELLS, Manuel. 2002. *A Sociedade em Rede*. Paz e Terra. São Paulo.

COASE, R.H. 1988. *The firm, the market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press.

COASE, Ronald H. 1999. “The nature of the firm”. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. *Firms, organizations and contracts*. New York: Oxford University Press.

COMPARATO Fábio K. 1990. *Direito Empresarial – estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva.

COMPARATO, Fábio K; SALOMÃO FILHO, Calixto. 2014. *O poder de controle na sociedade anônima*. 6 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

CONTRACTOR, Farok e LORANGE, Peter. 2002. The growth of alliances in the knowledge-based economy. *International Business Review* 11 (2002) 485–502.

CHANG, Howard, David Evans, e Richard Schmalensee. 2003. “Has the Consumer Harm Standard Lost its Teeth?” SSRN Scholarly Paper ID 332021. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=332021>.

FORGIONI, Paula. 2011. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. 2008. Contratos de Distribuição. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FRAZÃO, Ana. 2015. Joint ventures contratuais [mimeo].

_____. 2015a. Direito concorrencial das estruturas [mimeo].

GERARD, Damien. 2012. “The Effects-Based Approach Under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself?” SSRN Scholarly Paper ID 2117780. Rochester, NY: Social Science Research Network.

HART, Oliver. 1999. “An economist’s perspective on the theory of the firm”. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

HART, Oliver; TIROLE, Jean. 1990. “Vertical Integration and Market Foreclosure”. In: HART, Oliver; TIROLE, Jean; WILLIAMSON, Oliver E. Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics. Brookings Institution Press. Vol. 1990, (1990), pp. 205-286.

HOVENKAMP, Hebert. 2002. “The Reckoning of post-Chicago Antitrust”. In Post-Chicago Developments in Antitrust Law, 1–33. Edward Elgar Publishing.

_____. 2008. The Antitrust Enterprise: Principle and Execution. Harvard University Press.

_____. 2010. “The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm”. SSRN Scholarly Paper ID 1014153. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-19. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=1014153>.

_____. 2014. “Robert Bork and vertical integration: leverage, foreclosure, and efficiency”. Antitrust Law Journal No. 3 Vol. 79.

IMAI, Ken-Ichi; ITAMI, Hiroyuki. 1999. "Interpenetration of organization and market: Japan's firm and market in comparison with the US. In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

KAPLOW, Louis. 2010. "Why (Ever) Define Markets". Harvard Law Review 124: 437.

KAPLOW, Louis, e SHAPIRO, Carl. 2007. "Antitrust". SSRN Scholarly Paper ID 961264. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 575. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=961264>.

LOWE, Philip. 2008. "The design of competition policy institutions for the 21st century: The Experience of the European Commission and DG Competition". Competition policy newsletter (3): 1–11.

MARITI, P. e SMILEY, R.H. 1999. "Co-operative agreements". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

MILES, Raymond E., SNOW, Charles C. 1999. "Organizations: new concepts for new forms." In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

MORAIS, Luis Domingos Silva. 2006. Empresas Comuns – joint ventures – no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina.

PINHEIRO, Luís de Lima. 2003. Contrato de empreendimento comum – joint venture – em Direito Internacional Privado. Coimbra: Almedina.

PITOFISKY, Robert. 1979. "The Political Content of Antitrust". University of Pennsylvania Law Review 127 (4) (abril): 1051–1075.

RICHARDSON, G. B. 1999. "The Organization of Industry". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.

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

SABETTA, Gabrielle. 2009. Il contratto associativo. Facoltà di Scienze politiche. Corso di Laurea Specialistica in Scienze della politica (Classe 70/S). Tesi di laurea in Diritto privato (IUS/01)

WILLIANSO, Oliver E. 1985. The Economic Institutions Of Capitalism Firms, Markets ,Relational Contracting. China Social Sciences Publishing House Chengcheng Books Lill.. Free Press.

_____. 1999. "Transaction-cost economics: the governance of contractual relations". In: BUCKLEY, Peter; MICHIE, Jonathan. Firms, organizations and contracts. New York: Oxford University Press.