

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

# Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



## Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos

Anna Binotto<sup>553</sup>

**Resumo:** Este artigo pretende contribuir para a delimitação do conceito de “contrato associativo” trazido pela Lei nº. 12.529/2011. Diante, principalmente, da recém editada Resolução Cade nº. 17/2016, busca-se delinear as hipóteses em que acordos de cooperação ganham relevância para o controle preventivo (controle de estruturas) do Cade, e identificar em que medida o posicionamento da autoridade – através de sua função normativa, e de suas decisões – atendeu ao que a doutrina jurídica e econômica sugere qualificar como contratos associativos. Nesse sentido, este artigo, discute como alguns casos recentemente analisados pelo Cade podem ser relevantes para delinear o novo entendimento da autoridade sobre esta modalidade de ato de concentração, especificamente (i) os casos no mercado de transporte de cargas marítimas, que ilustram os distintos graus de cooperação entre concorrentes; (ii) o contrato de fornecimento de alumínio, que ilustra a possibilidade de contratos “verticais” configurarem contratos associativos; e (iii) os contratos de *codeshare* entre linhas aéreas, que ilustram a alteração de posicionamento do Cade após a entrada em vigor da Resolução Cade nº. 17/2016.

**Palavras-chave:** Cade; Controle de estruturas; Contratos associativos, Contratos de cooperação.

**Abstract:** This article aims at contributing to the discussion around the concept of “associative agreements” under Law no. 12,529/2011. Following the recent enactment of Resolution Cade no. 17/2016, this article intends to outline the cases in which cooperative agreements become relevant to the antitrust pre-merger control in Brazil, and to identify whether Cade’s new resolution and recent decisions have been able to meet what legal and economic scholarship suggest qualifies as “associative agreements”. Therefore, this article discusses recent cases assessed by Cade that may be relevant to outline the authority’s view on this specific type of act of economic concentration, specifically: (i) the cases involving shipping contracts in the ocean freight market, which illustrate the different levels of cooperation among competitors; (ii) an aluminum supply agreement, which illustrates that “vertical” agreements may qualify as associative agreements; and (iii) the cases involving codeshare agreements, which illustrate the change in Cade’s decisions following the implementation of Resolution Cade no. 17/2016.

**Keywords:** Cade; Pre-merger control; Associative agreements; Cooperative agreements.

---

<sup>553</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada. E-mail: anna.binotto@gmail.com

## 1. Introdução.

Desde o regime instaurado pela Lei nº. 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência”) os negócios jurídicos que se enquadrem no conceito legal de “ato de concentração” devem ser apresentados à avaliação do Cade antes de sua consumação, o que constitui o elemento central do controle prévio de estruturas da autoridade brasileira de defesa da concorrência<sup>554</sup>.

Um dos pontos mais sensíveis da definição legal de “ato de concentração”, constante no Art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência, se encontra na previsão dos chamados “contratos associativos” (inciso IV). A confusão em torno do enquadramento legal de negócios jurídicos nesta categoria parece ser devida, em grande parte, a uma má-compreensão do núcleo econômico-jurídico daqueles contratos que seriam relevantes para o controle prévio de estruturas da autoridade antitruste. A recente entrada em vigor da Resolução nº. 17/2016 serviu para parcialmente enfrentar esta má-compreensão, e a jurisprudência que se constrói em torno dessa nova regulamentação tem auxiliado em seu esclarecimento.

Nesse sentido, este artigo pretende contribuir para os debates em torno da nova definição regulamentar de “contrato associativo”. Na Parte 2, procura-se delinear qual seria a função econômica por trás dessa figura jurídica. Na Parte 3, apresenta-se uma possível compatibilização entre esta função econômica e o conceito concorrencial de contrato associativo. Na Parte 4, os argumentos apresentados são ilustrados através de alguns casos recentemente apreciados pela autoridade, especificamente (i) os casos no mercado de transporte de cargas marítimas, que ilustram os distintos graus de cooperação entre concorrentes; (ii) um contrato de fornecimento de alumínio, que ilustra a possibilidade de contratos “verticais” configurarem contratos associativos; e (iii) os contratos de *codeshare* entre linhas aéreas, que ilustram a alteração de posicionamento do Cade após a entrada em vigor da Resolução Cade nº. 17/2016..

## 2. Contratos de cooperação.

Se o objeto imediato do direito da concorrência é a tutela do abuso do poder econômico<sup>555</sup>, seu desdobramento direto é a interação entre os sujeitos que exercem este

---

<sup>554</sup> As penas aplicáveis às partes que descumprirem este mandamento são (i) a anulação do negócio jurídico; (ii) a abertura de processo de processo administrativo; e (iii) a aplicação de multas de R\$60mil a R\$60 milhões, conforme Art. 88, §3º, da Lei nº. 12.529/2011.

<sup>555</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

poder, colocando na fronteira desta disciplina a compreensão das várias (e novas) formas de interação econômica.

Naturalmente, o direito antitruste volta-se à concentração empresarial. Mas, cada vez mais, a cooperação empresarial tem chamado a atenção das autoridades de defesa da concorrência. Este movimento surgiu principalmente entre as décadas de 1970 e 1980 nos Estados Unidos, diante da percepção de que as normas antitruste seriam excessivamente restritivas à cooperação entre concorrentes, e que, portanto, enfraqueceriam os relevantes efeitos econômicos da cooperação empresarial<sup>556</sup>, especialmente relacionados a iniciativas de inovação tecnológica<sup>557</sup>.

Caracterizada pela uniformização de comportamentos relevantes entre empresas para realização de uma atividade conjunta<sup>558</sup>, a cooperação empresarial se diferencia da concentração empresarial na medida em que não implica, como no caso da última, alterações à estrutura interna das empresas (via de regra, de caráter societário), mas sustenta-se em instrumentos contratuais diversos que fazem com que, na prática, agentes distintos comportem-se economicamente como um só<sup>559</sup>.

Bem verdade, a cooperação constitui um campo intermediário entre verticalização de processos dentro da estrutura hierárquica empresarial e contratação direta com terceiros no mercado<sup>560</sup>. Seria, assim, uma “terceira via de realização da atividade econômica, que conjuga

---

<sup>556</sup> Thomas Piriano Jr destaca que especialmente em setores intensivos em tecnologia, a cooperação entre agentes econômicos é indispensável para fazer frente, por exemplo, à pressão competitiva de agentes externos, e aos elevados custos de pesquisa e desenvolvimento e lançamento comercial de novos produtos (PIRIANO JR, Thomas A. Reconciling Competition and Cooperation: A New Antitrust Standard for Joint Ventures. In: William & Mary Law Review, v. 35, 1994, p. 871 e seguintes). No mesmo sentido, David Teece e Thomas Jorde afirmam que o processo de inovação e pesquisa e desenvolvimento de novos produtos é mais eficiente em “organizações menores” que a macroempresa de estrutura hierarquizada, e dentre estas organizações menores, incluem os contratos cooperativos entre empresas (JORDE, Thomas; TEECE, David. Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust, In: Journal or Reprints for Antitrust Law and Economics, v. 28, 1998, pp. 735 e seguintes). Para os autores, há uma série de desdobramentos para a análise concorrencial de operações envolvendo contratos de cooperação entre empresas. Eles destacam, por exemplo que “*market definition should be tailored to the context of innovation and should focus primarily on the market for know-how; specific product markets become relevant only when commercialization is included within the scope of the cooperative agreement. Even then, the extent of appropriability should be factored in when analyzing product market issues. The geographic market should be presumed to be worldwide, with the burden upon the challenger to demonstrate otherwise*”.

<sup>557</sup> CASAGRANDE, Paulo L. Inovação, Cooperação e Concorrência: Desafios para a Política Antitruste no Brasil. Universidade de São Paulo, Tese (Doutorado), 2014, p. 48.

<sup>558</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 297.

<sup>559</sup> Segundo Ana Frazão, a 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 (...). Um acordo de cooperação pode ser definido, nesta linha, como qualquer relação interempresarial que se localiza entre as formas extremas de contratos de curto prazo e a completa concentração empresarial entre duas ou mais empresas*” (FRAZÃO, Ana de O. Joint Ventures Contratuais. In: RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 51).

<sup>560</sup> MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 125.

a flexibilidade que o atual cenário econômico exige com padrões mínimos de estabilidade e menores custos de transação”<sup>561</sup>.

Oliver Williamson<sup>562</sup> identifica como justificativa econômica para a adoção dessa “terceira via” o enfrentamento da incerteza, dos custos de transação, e dos investimentos específicos necessários para cada transação. A identificação de cada um destes fenômenos, se traduziria em diferentes estruturas de governança das transações econômicas<sup>563</sup>, isto é, em diferentes ordenamentos privados estruturados pelos contratantes para regular suas transações econômicas de forma relativamente estável<sup>564</sup>.

Mas, a tradução da teoria econômica à uma disciplina jurídica certamente não é simples. Sobre o desafio de fazê-lo em termos de uma teoria jurídica da empresa, Cassio Cavali destaca que é necessário “demonstrar como o direito é capaz e incorporar o dado teórico econômico na tarefa de elaboração de um conceito (...) juridicamente relevante operacionalizável”<sup>565</sup>. No caso dos contratos objeto deste artigo, a tradução do dado econômico adjacente às transações será extremamente relevante para a construção do conceito de contrato organização e, mais adiante, do conceito de contrato associativo. A moderna teoria dos contratos empresariais tem buscado refletir tal tradução através da sugestão de critérios de classificação dos vínculos contratuais entre empresas<sup>566</sup>.

---

<sup>561</sup> FRAZÃO, Ana de O. Joint Ventures Contratuais. In: RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 187-211

<sup>562</sup> WILLIAMSON, Oliver E. The economic institutions of capitalism. Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261.

<sup>563</sup> Para os contratos cooperativos, típicos da terceira-via, o autor identifica uma estrutura de *governança* “*transaction specific*”, que leva em consideração a longa duração do vínculo contratual, a existência de custos específicos às transações, e a frequência das trocas entre as partes. Vale notar que Williamson preocupa-se a atribuir dimensões às transações (i.e., unidades de análise), utilizando elementos objetivos e observáveis que permitissem a identificação de comportamentos oportunistas de uma ou mais partes, e seus efeitos sobre os custos da transação e, conseqüentemente, da escolha da forma organizacional responsável pelo governo dessa transação. O principal elemento para essa análise é a especificidade de ativos – “Se uma transação implica investimentos que lhe são específicos – não podendo ser utilizados de forma alternativa sem uma perda considerável – a parte que arcou com esses investimentos fica em uma posição especialmente sujeita a uma ação oportunista”, pois gera renda excedente para a parte que não os emprega, gerando, nesses casos, aumento dos custos de contratar, e incentivo à integração vertical intra-firma. (Ver também FARINA, Elizabeth et. al. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo, Singular, 1997).

<sup>564</sup> WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. The American economic review, Vol. 92, No. 2, 2012, pp. 438-443.

<sup>565</sup> CAVALI, Cassio Machado. Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico.

<sup>566</sup> Trata-se de tradução jurídica do instrumental teórico oferecido pela Economia dos Custos de Transação, inaugurada por Ronald Coase em seu *The nature of the firm* de 1937, e posteriormente desenvolvida de forma a colocar a transação no centro da análise econômica. Para Williamson (The economic institutions of capitalism... ,p. 68 e seguintes), as transações variam de acordo com o grau de incerteza, frequência e especificidade dos ativos que ela emprega. Partindo dos pressupostos econômicos de oportunismo e racionalidade limitada, Williamson sugere que diferentes tipos de transações implicam diferentes estruturas de governança: mercado (marcado por baixos custos de transação e baixo oportunismo, diante da baixa especificidade dos ativos transacionados), hierarquias (marcados por alta especificidade de ativos, e altos custos de transação, o que aumenta a incerteza das transações e leva as empresas a internalizarem determinados processos como forma de controlar tal incerteza), e por fim, os contratos ou formar híbridas.

Entre tantas classificações possíveis, merecem destaque aquelas que distinguem os contratos por (i) o grau de vinculação ou integração entre as partes contratantes; e (ii) o seu interesse principal na contratação. Em relação à primeira classificação, Paula Forgioni<sup>567</sup> distingue contratos com maior ou menor grau de vinculação futura e controle sobre a atividade da contraparte. De um lado, estariam os contratos tipicamente societários, de outro os contratos imediatos (*spot*), e, entre eles, os contratos híbridos ou de cooperação.

Em relação à segunda, a mesma autora divide os contratos entre aqueles cujo objetivo principal é estabelecer termos para prestações, e aqueles que visam a estruturar uma relação entre as partes. Os contratos híbridos<sup>568</sup> (e os societários) se enquadrariam nesta segunda categoria, em que a cooperação futura das partes serviria “não apenas para o cumprimento do que foi firmado, mas também para o planejamento extensivo de atividades substantivas da relação”<sup>569</sup>, enquanto à primeira categoria se enquadrariam os contratos de troca ou permuta.

Pode-se ver, portanto, que uma das principais formas de classificar contratos empresariais é identificar se existe entre eles algum grau de cooperação. Segundo Galgano é a presença do fenômeno associativo que distingue contratos com comunhão de escopo dos contratos de troca ou permuta, pois “nos últimos, as partes perseguem escopos contrapostos e a prestação de cada uma vai exclusivamente e diretamente de encontro à vantagem da outra, enquanto que nos contratos associativos a prestação de cada uma é preordenada para a obtenção do escopo comum a todas elas”<sup>570</sup>.

Em algumas hipóteses, entretanto, a cooperação e/ou estruturação de um vínculo relacional não é suficiente para explicar a função econômica por trás da celebração do contrato. Ao mesmo tempo, nem sempre contratos de permuta ou troca típicos (como o

---

<sup>567</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

<sup>568</sup> A categoria de “contratos híbridos” é ampla e engloba contratos de cooperação *lato sensu* e os contratos associativos, em que as partes têm como função econômica adjacente a estruturação de uma atividade econômica ulterior. Segundo Ana Frazão “*nos contratos híbridos lato sensu, a cooperação é intensa e típica dos contratos relacionais, mas não chega necessariamente ao ponto de se traduzir em empresa comum com identidade de propósito entre os contratantes. Já nos contratos associativos, a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum*” (FRAZÃO, Ana. *Joint ventures contratuais*. Revista de informação legislativa. Brasília. Ano 52, n. 207, 2015, p. 195).

<sup>569</sup> PORTO MACEDO JR, Ronaldo. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 155. A estabilidade dos contratos costuma ser indicada como característica dos contratos relacionais: “*First, the exchange relationships extend over time. It is not a ‘spot’ market deal. (...) Second, because of the extended duration parts of the exchange cannot be easily measured or precisely defined at the time of contracting*” (SPIEDEL, R. *The characteristics and challenges of Relational contracts*. Northwestern University Law Review, v. 94, n. 3, 2000, p. 823).

<sup>570</sup> GALGANO, F. *Il Negozio giridico*, 2ª ed, Milano, Guiffirè, 2002, pp. 89-90, *apud*, DUARTE MAIELLO, A. L., *Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo*, Universidade de São Paulo: Tese (Doutorado), 2012, p. 110

contrato de compra e venda, e todas as suas variantes) corresponderão à intenção de realizar prestação obrigacional “*spot*”, podendo, também, estruturar uma relação contínua e estável de cooperação, sem que sua função econômica deixe de ser a regulação de uma verdadeira permuta entre as partes.

Nesse sentido, a sugestão de Tulio Ascarelli<sup>571</sup> é de que a função instrumental de alguns contratos não se esgota na execução das prestações definidas, pois a sua execução constitui premissa para a realização de uma atividade econômica ulterior. Estes corresponderiam a contratos de organização: neles o fim último partilhado por todas as partes é estruturar o desenvolvimento dessa atividade<sup>572</sup>. É importante notar que não basta o escopo comum (diferente de escopos contrapostos) para identificar o contrato organização: seria necessário que a função econômica desse escopo comum visasse à estruturação de uma específica atividade econômica, a ser realizada conjuntamente pelas partes contratantes.

Apesar de relevante, a temática é demasiadamente ampla, e, sem dúvidas, mereceria investigação específica. Nesta Parte 2, este artigo buscar apenas delinear a discussão da teoria dos contratos empresariais relevante para a identificação do conceito concorrencial de “contrato associativo”. A grande dificuldade encontrada é de traduzir para conceitos objetivos relações contratuais complexas e variadas em grau de cooperação.

Os contratos de cooperação embora visem, de maneira geral, a estruturar uma relação comercial contínua e estável (inerente à ideia de cooperação), podem, por vezes, visar a organizar e estruturar o desenvolvimento de uma atividade econômica independente, em que as partes contratantes atuam de forma conjunta. Mas, eles podem também, traduzir transações econômicas que não ultrapassam a simples permuta (como a compra e venda, a distribuição, o licenciamento, etc.), em que as partes têm, apesar do ímpeto cooperativo, escopos contrapostos.

O primeiro tipo de contrato de cooperação é aqui designado como Contrato de Cooperação (1), o segundo, como Contrato de Cooperação (2). A Tabela 1, abaixo, sumariza estas distinções, sendo importante a ressalva de que essas categorias não são de qualquer forma estanques.

---

<sup>571</sup> ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. In: Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva, 1945.

<sup>572</sup> Estes contrapõem-se, portanto, aos contratos de permuta, cuja função econômica se exaure na execução das obrigações/prestações pactuadas.

**Tabela 1 – Contratos Empresariais**

<u>Intenção das partes</u>	Estruturar Relação	Estruturar execução de Prestações/Obrigações
<u>Função econômica</u>		
<b>Organização</b>	Contrato de Sociedade Contrato de Cooperação (1)	n/a
<b>Permuta</b>	Contrato de Cooperação (2)	Contrato Imediato ( <i>spot</i> )

Fonte:

Elaboração própria.

Conforme será detalhado na Parte 3, abaixo, o controle de estruturas do direito antitruste brasileiro deverá preocupar-se, principalmente, com os Contratos de Cooperação (1). Nos parece que estes contratos, que se incluem no que Ascarelli designou como contrato organização, e, portanto, cuja função econômica principal é estruturar o desenvolvimento de uma atividade econômica, correspondem ao que a Resolução Cade nº. 16/2017 regulamentou como contratos associativos.

### 3. A relevância para o direito antitruste.

A cooperação entre agentes de mercado tem, em maior ou menor grau, relevância concorrencial. Segundo o documento *Antitrust Guidelines for Collaboraton Among Competitors*<sup>573</sup>, a despeito de seus potenciais efeitos positivos, quando estruturada entre concorrentes, a cooperação pode levar ao compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis para além do escopo e objeto do contrato, e pode também criar incentivos para a adoção de conduta colusiva e discriminatória a terceiros<sup>574</sup>. Estes indicativos

<sup>573</sup> Estados Unidos, Federal Trade Commission/Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000.

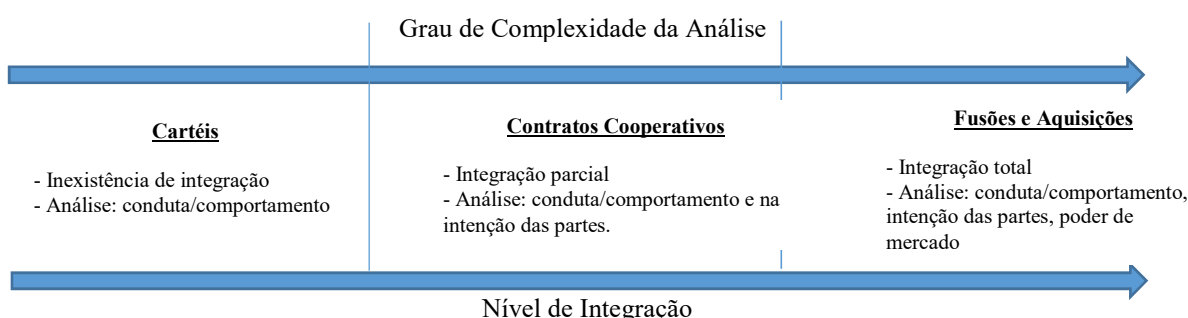
<sup>574</sup> Estas questões foram expressamente suscitadas pelo Cons. João Paulo Resende no voto proferido por ocasião da Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar). Em relação à primeira preocupação, o Conselheiro destaca que “em um contexto em que na fosse permitida a prestação do referido serviço a terceiros ou não se garantisse as mesmas condições contratuais, as Consulentes poderiam impor barreiras à replicação do modelo de contratação, por meio, por exemplo, de preços exorbitantes”. Ademais, o Conselheiro destacou que a identificação



colocam a cooperação entre agentes no centro do controle repressivo das agências antitruste, isto é, no controle de condutas<sup>575</sup>.

Para Thomas Piriano Jr, a restrição da concorrência é uma inevitável consequência econômica da cooperação entre agentes<sup>576</sup>, pelo menos no mercado imediatamente afetado pelo contrato<sup>577</sup>. Por outro lado, da cooperação podem surgir importantes eficiências econômicas, decorrentes da integração de recursos, do compartilhamento de riscos, da complementariedade e eliminação da duplicidade dos investimentos realizados. Essas eficiências, destaca, são comparáveis àquelas resultantes de operações de integração societária, muito embora o efetivo nível de integração atingido por cada uma dessas operações difira. Para o autor, isso faz com que o grau de complexidade da análise empreendida pela autoridade antitruste, em um ou outro caso, possa variar, conforme explicitado na Figura 1, abaixo.

**Figura 1**



Fonte: Elaboração própria, adaptada de PIRIANO JR (1994).

Em termos de política de defesa da concorrência, a cooperação entre agentes econômicos ocupa uma posição intermediária entre os casos tipicamente submetidos ao controle de condutas e ao controle de estruturas. É necessário entender, portanto, quando incide um ou outro, criando bases para delimitação da incidência do controle preventivo<sup>578</sup>.

e eventual punição de conduta colusiva entre as concorrentes no bojo do contrato objeto da consulta caberia à atuação repressiva do Cade.

<sup>575</sup> Para Thomas Piriano Jr, a análise antitruste tradicional considera irreconciliáveis a cooperação e a competição.

<sup>576</sup> PIRIANO JR, Thomas. *Reconciling Competition and Cooperation...*, p. 880.

<sup>577</sup> Para o autor isso pode ser especialmente preocupante quando a cooperação se dá em mercados à jusante, em que variáveis como preço e vazão afetam diretamente consumidores finais (em contraposição à mercados à montante – como pesquisa e desenvolvimento e inovação, em que os efeitos sobre os consumidores seria apenas indireto). A redução potencial da concorrência em outros eventuais mercados em que as partes atuem pode ser analisada por meio da análise dos efeitos coordenados. O Cade inseriu essa previsão no Guia de Análise de AOs de Concentração Horizontal, publicado em 2016.

<sup>578</sup> Para o Conselheiro do Cade, João Paulo Resende, “a não ser que houvesse flagrante aumento do poder de

Conforme descrito na Parte 2, acima, os contratos de organização são contratos de comunhão de fim, isto é, em que o interesse das partes contratantes não é colidente ou contraposto, mas comum. Seu representante mais característico é o contrato de sociedade, mas diante das tendências atuais de adoção da chamada “terceira via”, tem-se identificado cada vez mais contratos de cooperação dos quais também resulta essa organização. Estes caracterizariam os atos de concentração por cooperação<sup>579</sup>, que coexistiriam com os atos de concentração puros (ou de concentração societária).

A categorização dos contratos empresariais em função da intenção das partes contratantes, do grau de vinculação resultante e, sobretudo, de sua função econômica (cf., Parte 2, acima) pode representar importante caminho para responder à necessidade, de se delimitar o campo de atuação da face preventiva do direito antitruste a contratos disciplinando cooperação entre concorrentes.

### 3.1. O contrato associativo como contrato-organização.

A principal tese ora sustentada é que os contratos associativos previstos na regulação concorrencial brasileira correspondem à categoria dos contratos de cooperação em que predomina, como função econômica, caráter organizativo - isto é, correspondem a contratos-organização. Para Ana Frazão este caráter organizativo seria identificável sempre que entre as partes houvesse um objetivo comum de desenvolverem uma atividade econômica ulterior.

Em termos concorrenciais, esta organização se traduziria na coordenação da influência recíproca exercida pelas partes contratantes, uma sobre a dinâmica de competição da outra<sup>580</sup> ou, em outras palavras, na “aquisição de influência relevante do ponto de vista concorrencial”<sup>581</sup>. A identificação de uma perda relativa de autonomia entre as partes como agentes competitivos<sup>582-583</sup> importaria, pois, na medida em que compartilham de um objetivo

---

coordenação decorrente do contrato, não cabe realizar o rigoroso controle prévio de conduta”. Voto proferido por ocasião da Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar).

<sup>579</sup> CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. Revista de Direito da Concorrência, v. 4, n. 1, maio 2016, pp. 95-132, p. 103.

<sup>580</sup> CAPATANI, Marcio. F. Os Contratos Associativos. In VALLADÃO, Erasmo (org). Direito Societário Contemporâneo I. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 88-103.

<sup>581</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial...*, p. 298.

<sup>582</sup> Em linha com o documento *Antitrust Guidelines for Collaboraton Among Competitors*, “The nature of the agreement is relevant to whether it may cause anticompetitive harm. For example, by limiting independent decision making or combining control over or financial assets in production, key assets, or decisions on price, output, or other competitively sensate variables an agreement may crate or increase market power or facilitate its exercise by the collaboration, its participant or both. (...) An agreement may also increase the likelihood of an exercise or market owe by facilitating explicit or tacit collusion, either through facilitating practices such as exchange of competitively sensitive information or through increased market concentration”.

comum, as partes criam uma nova unidade capaz de concorrer no mercado e, portanto, de alterar sua dinâmica competitiva<sup>584</sup>.

Assim, por trás dessa organização residiria um verdadeiro ímpeto de concentração empresarial, razão pela qual estes contratos passam a ser objeto de controle preventivo pela autoridade antitruste. Seria, portanto, pela identificação deste propósito comum que se diferenciariam os contratos associativos dos demais contratos de cooperação e relação<sup>585</sup>.

Os breves comentários apresentados acima permitem concluir que, para fins do controle preventivo do controle de estruturas, são relevantes os contratos localizados no primeiro quadrante da Tabela 1, apresentada na Parte 2, acima, ou seja, contratos de Sociedade e Contrato de Cooperação (1). Estes são os contratos que organizam um novo agente para exercício de uma atividade econômica específica: os primeiros, através da união de centros decisórios e da criação de uma nova personalidade jurídica, e os segundos, através do alinhamento de centros decisórios e da utilização dos chamados contratos “híbridos”.

Os contratos designados como Contrato de Cooperação (1) correspondem, na verdade, ao que a Resolução Cade nº. 17/2016 regulamentou como contrato associativo. Conforme se detalhará na Parte 4, abaixo, esta nova regulamentação designa o propósito ou escopo comum como “empreendimento comum”, e a delimitação o alcance dessa expressão é o que importará para classificar, para fins do controle prévio de estruturas, um contrato de cooperação como associativo.

### 3.2. As Resoluções do Cade.

Um dos parâmetros empregados pelo Cade para identificação do elemento organizativo nos contratos associativos foi a identificação de um “empreendimento comum”<sup>586</sup> como objeto/resultado do contrato. Esta foi, inclusive, a expressão empregada nas

---

<sup>583</sup> Em outras palavras no “desenvolvimento de atividade econômica autônoma (...) com correlatos elementos de institucionalização para conferir à atividade algum grau de estabilidade ao longo do tempo” (PEREIRA NETO, Caio Mario; CASAGRANDE, Paulo L. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, São Paulo: Saraiva, 2016).

<sup>584</sup> CAIXETA, Deborah B. *Contratos associativos...*

<sup>585</sup> FRAZÃO, Ana de O. *Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas*, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017, p. 210, e seguintes.

<sup>586</sup> Nesse sentido, Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72 (Cons. Relator Alessandro Octaviani): “(...) podemos descrever os caracteres dos tipos contratuais elencados pelo inciso IV do artigo 90 da Lei n. 12.529/2011 como (i) a comunhão de interesses comerciais e (ii) o exercício de empreendimento comum por meio da (iii) coordenação de atividade empresariais, com o devido (vi) compartilhamento de riscos dessa atividade”. Em relação ao compartilhamento de riscos, ver Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (Cons. Relator João Paulo Resende): “(...) este não é um caso de compartilhamento de riscos entre as partes: como elas não se associam para construir conjuntamente os ativos (...) necessários à prestação do serviço, nenhuma das partes está obrigada a compartilhar lucros e prejuízos com a outra, caso o investimento nessa infraestrutura se torne rentável ou deficitário, respectivamente. (...) não há compartilhamento de ativos, receitas ou prejuízos entre as

duas oportunidades em que a autoridade enfrentou essa discussão no exercício de seu poder normativo, *i.e.*, na edição da Resolução nº. 10/2014<sup>587</sup> que introduziu uma primeira conceptualização dos contratos associativos, e, mais recentemente, na edição da Resolução nº. 17/2016, que a reestruturou. Na primeira, a noção de “empreendimento comum” era ofuscada por outros critérios regulamentares, o que levou o Cade a qualificar como associativos diversos contratos em que este elemento não era latente. Mas, na mais recente resolução, este critério ganhou centralidade e passou a ser discutido em maior profundidade pela autoridade em suas decisões.

Segundo a primeira norma, seriam associativos, para fins de controle concorrencial, os contratos (i) com duração superior a 2 anos; e (ii) em que houvesse (ii.1) compartilhamento de riscos que acarretassem relação de interdependência; ou (ii.2) cooperação horizontal entre partes cujo *market share* no mercado objeto do contrato somasse mais que 20%; ou (ii.3) cooperação vertical entre partes cujo *market share* no mercado objeto do contrato somasse mais que 30%, ou implicasse relações de exclusividade.

A Resolução nº. 17/2016, que entrou em vigor em 18 de outubro de 2016, alterou substancialmente estes critérios. Sua redação indica quatro requisitos que devem ser atendidos por contratos para se enquadrarem na hipótese do art. 90, IV, da Lei nº. 12.529/2011: (i) duração do contrato superior a 2 anos; (ii) as partes *concorrentes* no mercado relevante objeto do contrato; (iii) estabelecimento de *empreendimento comum* para exploração de atividade econômica; e (iv) compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica.

De fato, a previsão de patamares de *market share*, excluída na nova regulamentação, não servia para indicar a existência ou inexistência de um escopo ou *empreendimento comum* entre as partes, de forma que era inadequada para determinar seu enquadramento como contrato associativo e, conseqüentemente, como ato de concentração<sup>588-589</sup>. Este critério dava

---

*partes na medida em que o interesse de cada uma das consulentes, em cada contrato, é oposto (...). Da mesma forma, as receitas advindas das atividades fim das consulentes, bem como aquelas oriundas das remunerações pecuniárias previstas nos contratos são percebidas e apropriadas exclusivamente por cada parte”.*

<sup>587</sup> Em março de 2014, o Cade submeteu a proposta de Resolução à consulta pública. As contribuições apresentadas à época foram unânimes ao indicar que a expressão “contrato associativo” prevista no inciso IV, do art. 90, da Lei nº. 12.529/2011 seriam demasiadamente amplas, sugerindo a necessidade de se adotar critérios qualitativos que indicassem a necessidade de submissão ao controle prévio da autoridade antitruste (Caixeta, 2016, p. 116).

<sup>588</sup> CAIXETA, Deborah B. *Contratos associativos...* Importante notar que esta previsão aproximava-se do sistema de isenções legais previsto na regulamentação da Comissão Europeia, através principalmente do Regulamento nº. 330/2010.

<sup>589</sup> Foram diversas as sugestões, no âmbito da Consulta Pública nº. 01/2016 que teve como objeto a redação da Resolução 17/2016. Nesse sentido, a contribuição do CECORE/OAB “[O critério] gera insegurança jurídica e tem o potencial de criar dificuldades para a alocação de responsabilidades em caso de descumprimento do dever de notificar o contrato ao Cade. (...) na prática não funciona e não deve voltar a ser adotado”.

mais relevo à existência ou inexistência de potenciais riscos concorrenciais, que à definição dos contratos associativos em termos de sua função econômica<sup>590</sup>.

Assim, hoje, diante do novo comando regulamentar, abandona-se a indicação antes existente de que era a sobreposição efetiva entre as atividades das partes que delimitava os contratos relevantes para análise antitruste, passando-se a olhar para a natureza do contrato. Este posicionamento pode ser encontrado, inclusive, em caso julgado recentemente, em que restou claro que a caracterização de um empreendimento comum não exige a existência de sobreposições horizontais entre as partes do contrato no mercado objeto<sup>591</sup>.

Além disso, com a nova resolução, abre-se espaço para o entendimento de que contratos cuja função econômica não seja a de organizar uma atividade econômica (como, genericamente, contratos de permuta), não seriam mais objeto de controle preventivo pelo Cade.

#### 4. O “empreendimento comum” como unidade de análise concorrencial.

Os casos decididos após a entrada em vigor da Resolução nº. 17/2016 reforçam a percepção de que, para decidir sobre o enquadramento ou não de alguma figura como contrato associativo, o foco atual da autoridade não recai sobre (i) a relação de concorrência entre as partes (*i.e.*, não é suficiente que elas concorram no mercado objeto do contrato)<sup>592</sup>; (ii) a mera

---

<sup>590</sup> FRAZÃO, Ana de O. *Direito da Concorrência...*, p. 225.

<sup>591</sup> Isso foi expressamente reconhecido no Ato de Concentração entre Ares e Pfizer (AC nº 08700.003575/2017-55) em que as partes pugnaram pelo não-conhecimento da operação em decorrência do caráter *greenfield* do contrato firmado entre elas. Na ocasião a SG determinou que “além de gerar um empreendimento comum entre as partes, na acepção da palavra (pois produzirão e comercializarão um novo produto juntas), a operação estabelece o compartilhamento de riscos e resultados”, permitindo interpretação no sentido de que a formação um aspecto não é condição *sine qua non* para a existência de outra.

<sup>592</sup> Ver, por exemplo, Ato de Concentração nº. 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo), em que houve decisão de não-conhecimento de um contrato de distribuição firmado entre concorrentes que não configurava empreendimento comum na medida em que “*estipula apenas obrigações comuns a um contrato de revenda de produtos, no caso medicamentos genéricos. As atividades das partes permanecem independentes, (...) sem importar em exclusividade (...), não implica ingerência de uma parte sob a outra ou mesmo de atuação conjunta das partes para comercialização dos produtos, ou seja, não ultrapassa uma relação de fornecimento. Outrossim, as partes não irão coordenar suas atividades (seja total, seja parcialmente) para a exploração de atividade econômica em decorrência do Contrato em análise*”. Ver também, Consulta nº. 08700.006858/2016-78 (HSDG), em que se afastou a qualificação do contrato como associativo, pois as partes “*continuarão a manter separadas as atividades de comercialização do serviço de transporte marítimo internacional regular de cargas em contêineres, sem interferência de uma nas atividades da outra, (...) continuarão operando separadamente seus canais de venda, política de precificação, comercialização, (...). Ademais, destaca-se que o Contrato não envolve troca de informações concorrencialmente sensíveis*”. No caso do Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista), as requerentes também eram concorrentes, mas a SG decidiu pelo não conhecimento da operação, descaracterizando o caráter associativo do contrato notificado diante da constatação de que “*as atividades das partes permanecem formalmente independentes, que a operação não resultará em alterações na estrutura societária ou de controle da Boa Vista e Serasa Experian e que o Contrato não implica ingerência de uma parte sob a outra ou mesmo de atuação conjunta das partes para oferta de serviços, o que reforça um caráter de uma relação de fornecimento. Outrossim, as partes não irão coordenar suas atividades (seja total, seja parcialmente) para a exploração de atividade econômica em decorrência do*

existência de cooperação entre as partes (*i.e.*, não é suficiente que do contrato decorra interdependência ou exclusividade)<sup>593</sup>; ou (*iii*) o compartilhamento de infraestrutura para realização de atividade econômica<sup>594</sup> (*i.e.*, não é suficiente que as partes desenvolvam sua atividade econômica utilizando os mesmos fatores de produção).

O foco da autoridade parece ser, de fato, a identificação do caráter organizativo do contrato, verificável na estruturação de um novo “agente” (mesmo que despersonalizado) para concorrência no mercado, ou seja, a organização dos fatores de produção na busca de um objetivo comum<sup>595</sup>, para o exercício conjunto de uma empresa (*i.e.*, de uma atividade econômica específica)<sup>596</sup>. Este foco se traduz da delimitação do conceito de “empreendimento comum”.

Em algumas oportunidades recentes o Cade enfrentou a definição dessa expressão, e indicou alguns parâmetros para sua identificação. Alguns deles são (*i*) a impossibilidade de criação do resultado econômico pretendido pelas partes fora do âmbito do contrato<sup>597</sup>; (*ii*) a maior complexidade jurídica do contrato, gerando maior interdependência entre as partes<sup>598</sup>; (*iii*) o alinhamento suficiente para definir conjuntamente “toda a oferta” do produto ou serviço

---

*Contrato em análise, mas tão somente prevê o compartilhamento de custo de certos insumos das atividades desenvolvidas pelas partes, com previsão de contraprestação decorrente da aquisição desse insumo”.*

<sup>593</sup> Ver, por exemplo, a Consulta nº. 08700.008419/2016-08 (Warner Bros/EA), cujo objeto era a qualificação de um contrato de licenciamento de exclusivo para manufaturar *videogames*, em que o Cade decidiu pela não configuração de contrato associativo, na medida em que “*as Consulentes não partilham as decisões qualitativas e quantitativas da oferta sobre o mercado de jogos (...) as atividades de marketing e propaganda permanecem segregadas*”.

<sup>594</sup> Nos Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista) e nº. 08700.002276/2018-84 (Tim/Oi), o Cade decidiu pelo não-conhecimento das operações, pois os contratos objeto previam apenas o compartilhamento de infraestrutura para prestação de serviços de *forma independente*. No primeiro, as empresas compartilhariam registros públicos de inadimplência mantidos por cartórios de protestos de títulos e registros empresariais mantidos por juntas comerciais. No segundo, as empresas realizariam cessão recíproca de meios de rede de telecomunicações (*ran-sharing*). Em ambos os casos, as empresas contratantes continuariam a explorar suas respectivas atividades econômicas de forma independente. No segundo caso, o Tribunal Administrativo do Cade avocou o processo, diante da relevância do tema, e porque poderia configurar um *leading case* sobre a configuração de contratos associativos (Despacho Decisório nº. 3/2018/GAB5/CADE).

<sup>595</sup> Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Instituto Jorge Limpo), Parecer da Superintendência-Geral.

<sup>596</sup> Segundo a Superintendência-Geral, os contratos associativos permitem a “*seus signatários se organizarem para, conjuntamente, explorar uma atividade econômica. Trata-se, como escrito na norma, de um empreendimento comum, semelhante ao exercício conjunto de uma “empresa” (na correta conceituação do direito societário, em que “empresa” é a atividade e não a pessoa física ou jurídica que a exerce, que é o “empresário”), só que por uma via contratual e não por laços societários*”. Parecer nº. 4/2017/CGA4/SGA1/SG, Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39.

<sup>597</sup> Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto-vogal Cons. Paulo Burnier da Silveira. Ver também Ato de Concentração nº. 08700.003575/2017-55 (Ares/Pfizer): “além de gerar um empreendimento comum entre as Partes, na acepção da palavra (pois produzirão e comercialização em conjunto um novo produto), a Operação estabelece o compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica”.

<sup>598</sup> Idem. Segundo trecho do Voto-vogal, o contrato em análise “possui uma complexidade jurídica maior (...) decorrente de uma relação de certa interdependência entre as partes contratantes, o que corrobora a existência de um empreendimento comum”

em questão<sup>599</sup>; e, especificamente em relação ao compartilhamento de riscos e resultados, (iv) a existência de efetiva finalidade lucrativa decorrente da operação<sup>600</sup>; e (v) a possibilidade de, dentro do bojo do contrato, as partes compensarem seus riscos comerciais<sup>601</sup>.

O movimento de abandono do conceito vago de “contrato associativo” e dos critérios previstos da Resolução nº. 10/2014, pela construção interpretativa da nova Resolução nº. 17/2016 (*i.e.*, da alteração do comando regulamentar de “cooperação ou compartilhamento de riscos que acarretam relação de interdependência” para “empreendimento comum para exploração de atividade econômica”), pode ser ilustrado por alguns casos recentemente apreciados pela autoridade concorrencial. Abaixo destaca-se três deles, que podem ser relevantes para delinear o núcleo do tipo “contrato associativo”.

#### 4.1. O caso dos contratos transporte de cargas marítimas.

Duas consultas apresentadas ao Cade ainda em 2016, tendo como objeto contratos firmados em um mesmo mercado relevante (o mercado de transporte regular de cargas marítimas<sup>602</sup>), e tendo em comum uma das partes, a *Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts Gesellschaft KG* (“HSDG”), foram importantes para que a autoridade

---

<sup>599</sup> Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto Cons. Relator João Paulo Resende: “as signatárias do VSA estarão definindo, em conjunto, a quantidade (se não toda, parte relevante) e a qualidade da oferta nesse mercado. Definem a frequência da rota, os portos e os terminais de parada, o número, a capacidade e a qualidade dos navios. Ou seja, definem conjuntamente todo o lado da oferta do mercado”.

<sup>600</sup> Ato de Concentração nº 08700.006989/2017-36 (Instituto Jorge Limpo), Parecer da Superintendência-Geral. No caso, o Ato de Concentração tinha como objeto a ampliação do escopo de atuação do Instituto Jorge Limpo, uma associação sem fins lucrativos atuante na gestão de resíduos sólidos, para incluir a atividade de gestão da logística reversa de óleos lubrificantes contaminados. A Superintendência-Geral emitiu parecer pelo não-conhecimento do ato de concentração, por não satisfação do requisito presente no art. 2º, I, da Resolução Cade nº. 17/2016, pela ausência do compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica, justamente pela natureza jurídica do Instituto ser de associação sem fins lucrativos.

<sup>601</sup> Consulta nº. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG). Para o Conselheiro Resende “a prática revela que é possível que empresas operem assumindo apenas os riscos operacionais, e não os riscos comerciais do transporte de cargas. (...) o contrato traz claras provisões (...) para a redistribuição de espaço entre as signatárias caso uma tenha maior demanda que a outra. Essa sistemática envolve claramente um compartilhamento de riscos e resultados, pois a perda de demanda de uma pode ser suprida naturalmente pela outra, e os custos se compensam”.

<sup>602</sup> Os contratos de cooperação estratégica e consórcios em geral são bastante comuns no setor de transporte marítimo de cargas. Segundo a OCDE há diversos fatores indutores de cooperação no setor. Entre os indutores de eficiência (*efficiency drivers*), incluem-se a redução geral dos riscos econômicos e comerciais e da pressão financeira sobre as empresas, além da redução do risco de excedentes, do aproveitamento de economias de escala, e do aumento do poder de barganha dos armadores com os terminais portuários. Entre os indutores de mercado (*market drivers*), incluem-se a majoração da cobertura geográfica de cada empresa e o aumento da frequência de prestação dos serviços de carga. Entre os indutores de know-how (*knowledge drivers*) incluem-se melhor conhecimento das estratégias econômicas, financeiras e comerciais dos parceiros contratuais (Ver OCDE. Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Competition Issues In Liner Shipping -- Note by the Secretariat -- 19 June 2015. DAF/COMP/WP2(2015)3. Disponível em [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2015\)3&docLangu age=En, p. 26\),](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2015)3&docLangu age=En, p. 26),)

começasse a delinear os elementos centrais à identificação de um contrato associativo sob a vigência da Resolução nº. 17/2016.

A primeira questionava o Cade acerca da obrigatoriedade de notificação de contratos de cessão onerosa de espaço de navios para colocação de contêineres para transporte marítimo internacional, conhecidos como *Slot Charter Agreements* (“SCA”)<sup>603</sup>. Segundo a OCDE, estes contratos são os mais recorrentemente celebrados entre empresas do setor, porquanto representam níveis mínimos de envolvimento entre os contratantes, uma vez que cada um opera seus navios de forma independente<sup>604</sup>.

Segundo a consulente, as atividades de comercialização e os canais de venda, bem como as políticas de precificação, comercialização, contratação de modais alternativos, não sofreriam qualquer ingerência da sua contraparte. Ainda, as partes continuariam a utilizar seus próprios contêineres para cargas de seus respectivos clientes, e ficariam responsáveis pelo procedimento de carga e descarga, bem como pelo pagamento de quaisquer taxas portuárias exigíveis<sup>605</sup>.

O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, relator do caso, entendeu que o contrato não satisfazia os requisitos trazidos pela Resolução nº. 17/2016, sobretudo no que se relaciona à existência de um empreendimento comum entre as partes, uma vez que estas manteriam suas atividades completamente separadas. De fato, as atividades acima descritas, não englobadas pelo escopo do contrato, constituem etapas essenciais do serviço de transporte marítimo interacional de cargas em contêineres. O objeto do SCA compreenderia, portanto, apenas uma das etapas desse serviço.

Algumas semanas após a decisão da primeira consulta, a HSDG voltou a questionar o Cade a respeito da obrigatoriedade de notificação prévia de mais um contrato, em sede da Consulta nº 08700.008081/2016-86 (HSDG/CMA CGM). Neste caso, o objeto da consulta era um contrato de compartilhamento de navios e a operação conjunta de uma linha regular de navios porta-contêineres, denominado *Vessel Sharing Agreement* (“VSA”).

A OCDE qualifica estes contratos como “a forma mais intensa de acordo”<sup>606</sup> no setor. Segundo os termos do contrato notificado, as partes definiriam em conjunto diversas variáveis

---

<sup>603</sup> O contrato foi celebrado e notificado ainda sob os últimos dias da vigência da precedente Resolução nº. 10/2014, no entanto, o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, relator do caso, decidiu pela aplicação da Resolução nº. 17/2016 porquanto “os contratos, mesmo se celebrados antes da entrada em vigor da Resolução, devem ser notificados se forem considerados contratos associativos pelos termos da nova Resolução, caso ainda não tenham atingido ou ultrapassado 2 (dois) anos. Ou seja, aplica-se a nova norma para examinar se este contrato se enquadra no conceito de contrato associativo notificável”.

<sup>604</sup> OCDE, *Competition Issues In Liner Shipping*..., p. 27.

<sup>605</sup> Informações retiradas da Petição inicial apresentada pela Consulente.

<sup>606</sup> OCDE, *Competition Issues In Liner Shipping*..., p. 27.



relevantes para a operação da linha regular que ligava a Costa Leste da América do Sul e o Oeste e Sul da África, tais como os portos e terminais atendidos e a programação das viagens, os requerimentos exigidos dos navios utilizados, bem como o número de navios ofertados por cada parte, e o espaço alocado pelos contêineres de cada uma nos terminais<sup>607</sup>.

Na petição formulada, as partes defendiam que, por se tratar de um contrato de “característica notadamente operacional”, o VSA não preveria cláusulas dispendo sobre compartilhamento de riscos e resultados, e tampouco representaria um empreendimento comum para exploração de atividade econômica. Destacavam que as frentes efetivamente comerciais da atividade, tais como a negociação com clientes, o recebimento e acomodação das cargas, a contratação de serviços logísticos e do terminal portuário, bem como o pagamento de todos os custos associados à operação dos navios, e ao embarque e desembarque dos contêineres próprios seriam realizados de forma independente entre as partes. O contrato tampouco envolveria a troca de informações concorrencialmente sensíveis<sup>608</sup>.

Por outro lado, as partes destacam que as empresas habilitadas para operar embarcações e promover transporte marítimo regular de contêineres teriam liberdade para definir as características das linhas, tais como as rotas, a programação e os tipos de navios utilizados. Percebe-se que o contrato disciplinava múltiplas etapas da prestação do serviço de transporte marítimo de cargas, incluindo aquela de definição de variáveis estrategicamente relevantes para a consecução da atividade econômica final das empresas. Em última análise, portanto, e conforme reconheceu o Conselheiro João Paulo Resende, relator do caso, a partir do contrato celebrado, HSGD e CMA CGM passariam a poder definir “conjuntamente todo o lado da oferta do mercado”<sup>609</sup>, comportando-se, pelo menos na definição de parcelas relevantes de sua estratégia operacional, como um só agente para fins de concorrência.

---

<sup>607</sup> O VSA traria previsões sobre portos atendidos, duração da viagem e eventuais, requerimentos mínimos dos navios utilizados e o número de navios utilizados por cada parte, regras para a retirada temporária de navios para manutenção e reparos, critérios para avaliação da qualidade do serviço prestado, terminais a serem utilizados em cada porto, custos comuns a serem compartilhados pelas partes, coordenação dos calendários, e padronização de procedimentos.

<sup>608</sup> Informações retiradas da Petição inicial apresentada pelas partes.

<sup>609</sup> Segundo Voto do Relator, Conselheiro João Paulo Resende. Para o Conselheiro, a expressão “atividade econômica” prevista na Resolução nº 17/2016 corresponderia à “oferta de serviço no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que seja a atividade possa, mesmo que **em tese**, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro” e que, portanto, mesmo que o contrato trouxesse previsões de caráter essencialmente operacionais, não seria “desarrazoado supor que é possível, em tese, que uma empresa apenas realize a travessia, com sua embarcação e tripulação, e cobre um valor fixo de terceiros, mais exatamente negociadores de transporte de carga, para realizar esse serviço, sem que essa própria empresa hipotética venha a negociar com os clientes finais”, o que em tese implicaria exploração conjunta da atividade econômica.

Diferentemente do SCA, o VSA estabelecerá uma “cooperação reforçada” entre as contratantes, advinda da “criação de um resultado final novo que não seria possível sem essa atuação conjunta”<sup>610</sup>. Este resultado econômico final seria verificável, justamente pela operação conjunta pelas partes da linha objeto (o que não ocorreria em um contrato do tipo SCA).

Em 2018, a Superintendência-Geral voltou a debruçar-se sobre o mercado de transporte regular de cargas marítimas, analisando mais um contrato típico. Dessa vez o objeto de análise era o *Sailing Frequency Agreement* (“SFA”), cujo objeto principal era o compartilhamento eventual de embarcações entre as contratantes, voltado a assegurar que sempre uma das empresas operaria na rota objeto do contrato, podendo embarcar a carga dos clientes da outra empresa mediante afretamento oneroso do espaço utilizado<sup>611</sup>. Neste acordo, haveria apenas a definição da frequência mínima e do tipo de navio a ser operado, o que racionalizaria a utilização da capacidade de volume transportado pelas contratantes. Diferentemente do SCA, não haveria a necessidade de pré determinação de espaço interno dos navios de uma empresa para utilização pela outra, ou seja, o nível de cooperação seria ainda menos intenso.

Segundo a Superintendência-Geral, o SFA representa grau menos intenso de cooperação entre os concorrentes, não sendo suficiente para configurar um empreendimento comum entre as partes. O SCA representaria cooperação em grau intermediário e o VSA em alto grau. Apenas o VSA, portanto, traria grau suficiente de cooperação para configurar um contrato associativo. Na ocasião do Ato de Concentração nº 08700.001565/2018-66 (que analisou o SFA), a Superintendência-Geral produziu o seguinte quadro comparativo dos contratos de cooperação entre empresas do setor de transporte marítimo internacional:

---

<sup>610</sup> Segundo o Conselheiro Paulo Burnier da Silveira: “a criação da linha, em especial a determinação da sua frequência, é resultado de uma cooperação entre as partes para a criação de um resultado final novo que não seria possível sem essa atuação conjunta das partes”.

<sup>611</sup> Segundo o Parecer da Superintendência-Geral o SFA “*prevê tão somente a obrigação das signatárias disponibilizarem ao menos um navio para percorrer a rota por elas pré-determinada ao longo dos meses do ano. Os custos são de responsabilidade do operador do navio e não há marketing ou oferta conjunta do serviço de transporte entre as partes, permanecendo individualizada e independente a atuação das partes. Ou seja, o Contrato busca garantir tão somente que haverá ao menos um navio na rota todos os meses, operado por alguma das partes da forma como lhes convier acordado*”. Não haveria “*alocação pré-determinada de espaço interno em navios garantida à outra parte, tampouco definição precisa do número ou capacidade dos navios a serem operados (...) [ou] obrigação de disponibilização de capacidade ociosa em navios de uma parte para a outra*” mediante “*o pagamento de contraprestação pecuniária*”.

**Tabela 2 – Cooperação no Transporte Marítimo Internacional**

Tipo de Cooperação	VSA	SCA	SFA
Frequência	Decisão Conjunta	Decisão Individual	Decisão Conjunta
Disponibilização de <i>Slots</i>	√	√	X
Operação conjunta de linha/serviços	√	X	X
Seleção de portos atendimentos	Decisão Conjunta	Decisão Individual ou Operador do Navio	Decisão Individual ou Operador do Navio
Seleção de terminais e negociação de contratos de serviços	Decisão Conjunta	Decisão Individual ou Operador do Navio	Decisão Individual ou Operador do Navio

Fonte: Parecer nº. 09/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE

A Tabela 2 ilustra como os diferentes tipos contratuais traduzem funções econômicas distintas, apesar de o elemento cooperação ser comum a todos eles. Assim, retomando-se a Tabela 1, da Parte 2 deste artigo, o SCA e o SFA poderiam ser enquadrados como Contrato de Cooperação (2), com função econômica de estruturar uma permuta entre as partes, enquanto o VSA ilustraria o Contrato de Cooperação (1), com função econômica de estruturar o desenvolvimento de uma específica atividade econômica (correspondendo, portanto, a um contrato associativo)<sup>612</sup>.

#### 4.2. O caso do contrato de fornecimento.

Outro ponto interessante na disciplina dos contratos associativos reside na suposta dispensa de controle também para os contratos ditos “verticais”<sup>613</sup>, na medida em que a Resolução nº. 17/2016 exige que as partes contratantes sejam *concorrentes*. É bem verdade que os contratos tipicamente verticais, como de fornecimento, licenciamento ou distribuição são clássicos contratos de permuta. Mas, por outro lado, nada impede que variações destes

<sup>612</sup> Seguindo esta decisão, o Cade conheceu e aprovou o Ato de Concentração nº 08700.005266/2017-10, destacando que “[u]m VSA, ao contrário do que ocorre em uma fusão, não resulta na integração das atividades comerciais das partes envolvidas. Ainda assim, com a operação conjunta de uma linha do mercado de transporte marítimo regular de contêineres, surgem preocupações concorrenciais principalmente no que diz respeito à possibilidade de suavização da rivalidade entre os concorrentes que passam a atuar de forma cooperativa”. Também conheceu e aprovou o Ato de Concentração nº 08700.006750/2017-66, cujo objeto era a renovação de um VSA, de forma que seu prazo superaria os 2 anos exigidos pela Resolução Cade nº. 17/2016.

<sup>613</sup> Nesse sentido, para alguns a Resolução 17/2016 “explicitamente exclui da definição de contrato associativo os acordos tipicamente verticais. (...) encerra (ou se propõe a encerrar) discussão de mais duas décadas sobre se e em que circunstâncias os contratos verticais deveriam ser obrigatoriamente comunicados ao Cade. De agora em diante, os contratos verticais estarão sujeitos ao crivo do Cade apenas sob a perspectiva do controle comportamental (ou repressivo), como conduta anticompetitiva, quando eventualmente tiverem o potencial de restringir significativa e injustificadamente a concorrência”. BOTELHO, R., SANTOS, A. A Nova Resolução do Cade sobre Contratos Associativos. Artigos Jota. Disponível em: <https://jota.info/artigos/nova-resolucao-cade-sobre-contratos-associativos-20102016>.

contratos estabeleçam relações de cooperação suficientes para organizar o desenvolvimento de uma atividade econômica, e portanto, a criação de um empreendimento comum<sup>614</sup>.

Assim, se de um lado, poderia ser apontada a inadequação de prever apenas contratos celebrados entre *concorrentes* como associativos<sup>615</sup>, de outro, mais inadequado seria indicar que essa previsão excluiria do controle de condutas os contratos de caráter vertical<sup>616-617</sup>, pois, para a nova resolução essa distinção entre contratos verticais ou horizontais parece, inclusive, irrelevante<sup>618</sup>.

Um caso recentemente apreciado pelo Cade permite identificar a existência de contornos do “empreendimento comum” exigido pela autoridade em um contrato que disciplinava uma relação jurídica de caráter essencialmente vertical. No Ato de Concentração nº. 08700.005948/2017-22 entre a Nexans Brasil e a Companhia Brasileira de Alumínio – CBA, o contrato notificado estabelecia que a CBA forneceria alumínio líquido para a Nexans Brasil que, fabricaria, a partir desse insumo (e na fábrica da CBA), vergalhões de alumínio<sup>619</sup>.

Se em outras oportunidades, já sob a vigência da Resolução nº. 17/2016, o Cade reconheceu que contratos de fornecimento típicos estariam, a princípio, excluídos do conceito legal e regulamentar de contrato associativo<sup>620</sup>, nesse caso isso não se verificou.

---

<sup>614</sup> FRAZÃO, Ana de O. *Direito da Concorrência...*, p. 225.

<sup>615</sup> Vale notar que o texto original da resolução submetido à consulta pública ainda previa a distinção entre contratos celebrados entre partes atuantes em mercados vertical ou horizontalmente relacionados, mas a redação final aprovada restringiu a definição de “contrato associativo” àqueles contratos cujas partes fossem “concorrentes no mercado objeto”). Dentre as contribuições à Consulta Pública 01/2016, destaca-se aquela trazida pela ABA sobre a exclusão desse item “*Sections also recommend that vertical agreements with a purely economic relationship, even if they involve some type of exclusivity, should not fall within the scope of notifiable associative agreements unless the agreement involves a transfer or change in control in a business with a current presence in the marketplace, such as a long-term exclusive license that involves the transfer of a revenue-generating business*”.

<sup>616</sup> Exemplifica-se: se o contrato entre Ambev e PepsiCo em que “*Pepsico vende concentrado de certas bebidas não alcoólicas (i.e. bebidas carbonatadas e isotônicos) para a Ambev, que realiza, com exclusividade, o engarrafamento, distribuição, marketing e venda desses produtos que fazem parte do portfólio do Grupo Pepsico*” fosse notificado no contexto atual, ele deveria ser conhecido? Acredito que sim, na medida em que estabelece termos e condições para *organizar* a oferta de produtos em um mercado específico, no qual as partes atuam em torno de um *objetivo* comum (i.e., não atuam separadamente). Parecer emitido no Ato de Concentração nº. 08700.000540/2015-01 (Ambev/Pepsicola).

<sup>617</sup> Esse entendimento está em linha com aquele externado pela Conselheira Christiane Junqueira em seu voto proferido em sede da Consulta n. 08700.008419/2016-08: “*meu ver, o inciso II do art. 2º da referida Resolução [nº. 17/2016] não se limita somente aos casos de concentração horizontal, abrangendo, também, os casos de concentração vertical*”.

<sup>618</sup> Segundo o entendimento do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira externado no Voto da Consulta n. 08700.006858/2016-78 (HSDG), “*Resolução nº 17/2016 é aplicável ao Contrato objeto desta Consulta. Nesse sentido, a questão acerca da existência de relação econômica vertical entre as partes de um Slot Charter Agreement não é mais relevante para examinar a obrigatoriedade de notificação do Contrato*”

<sup>619</sup> Informações retiradas do Formulário de Notificação apresentado pelas partes. Ressalta-se que parte substancial das previsões contratual foi apresentada apenas na versão de acesso restrito ao Cade e às requerentes, de modo que qualquer conclusão aqui apresentada sobre o contrato é necessariamente incompleta.

<sup>620</sup> É o caso, por exemplo, do Ato de Concentração nº. 08700.005637-2015-00 (Klabin/Fibria) identificado como contrato associativo mesmo diante da assertiva de que “*o ato de concentração em apreço se constitui em um*

Especificidades do contrato em questão permitiam identificar a estruturação de uma específica forma de produção de insumos, cuja destinação também era disciplinada pelo contrato. Essa produção se baseava na utilização de capacidade ociosa e matéria-prima de uma empresa, e da força produtiva de outra, estruturando, por fim uma relação de fornecimento. Não se tratava, portanto, da execução de prestações ou obrigações, seja de forma instantânea e imediata, seja de forma cooperativa e estável. Ao se identificar a existência de empreendimento comum entre as partes, acertou o Cade em conhecer o ato concentração, apesar da natureza essencialmente vertical da relação contratual.

A justificativa econômica apresentada pelas requerentes também foi interessante. Elas atribuíam à elevação do custo dos insumos do setor de alumínio um movimento de verticalização e ampliação da capacidade fabril interna para produção de vergalhões de alumínio pelas empresas produtoras de cabos, que antes adquiriam estes produtos em mercado. As requerentes informaram ainda que a Nexans já fabricava vergalhões para seu consumo próprio, e pretendia, através do negócio avençado, expandir sua capacidade produtiva<sup>621</sup>.

Ou seja, a decisão estratégica da Nexans e da CBA surgiu justamente como uma alternativa intermediária entre a verticalização e internalização do processo produtivo de insumos, e da sua aquisição direta em mercado. Trata-se, portanto, de uma verdadeira ilustração da sugestão de Williamson, que delinea os principais traços dos contratos cooperativos, conforme sugerido na Parte 2, acima. Nesse caso, ainda, a regulação da produção e destinação específica dos insumos, permitia afirmar que as partes se comportavam, conjuntamente, como uma “empresa”<sup>622</sup> criando, portanto, um contrato organização. O exemplo é interessante justamente por ilustrar a criação de um

---

*contrato de fornecimento, não havendo nenhum tipo de sociedade ou de atividade conjunta. O Contrato firmado pelas partes prevê que as Requerentes mantenham atuação independente uma da outra, com gestão e controle independentes”.*

<sup>621</sup> Segundo informações apresentadas no Formulário de Notificação: “ a Parceria resultará na criação de sinergias resultantes da maximização do uso da capacidade de produção da linha de laminação de vergalhões da CBA que, como mencionado, tem capacidade ociosa. Especificamente, pelo lado da Nexans Brasil, a implementação da Parceria Proposta assegurará um preço competitivo de alumínio primário (alumínio líquido) e uma redução no custo de energia por operar uma instalação cujo processo se inicia com alumínio líquido evitando a necessidade de refundir os lingotes e, pelo lado da CBA, a implementação da Parceria Proposta aumentará e assegurará os volumes de venda de alumínio, mantendo a comercialização de vergalhões de alumínio e se beneficiando de uma melhor rentabilidade pela absorção de custos fixos em decorrência de maiores cargas de produção resultantes da soma dos volumes de vergalhões de ambas as empresas. Por fim, a Parceria Proposta, quando implementada, representará uma redução no consumo de energia e emissão de poluentes gerando impactos positivos do ponto de vista socioambiental por evitar a necessidade de refundição de lingotes pela Nexans Brasil”

<sup>622</sup> Empresa“(…) na correta conceituação do direito societário, em que “empresa” é a atividade e não a pessoa física ou jurídica que a exerce, que é o “empresário”), só que por uma via contratual e não por laços societários” (Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39)

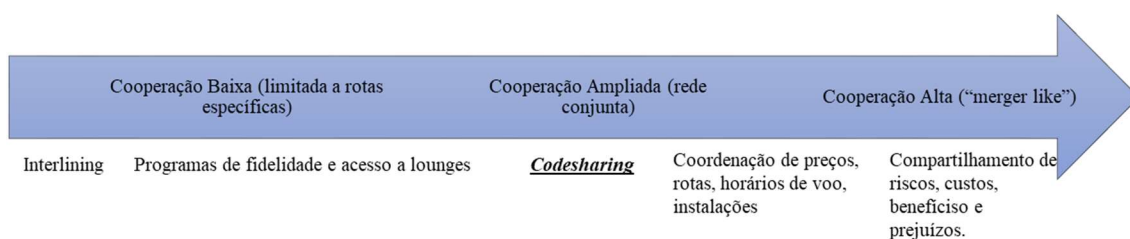
empreendimento comum e, conseqüentemente, de um contrato associativo, de caráter vertical (*i.e.*, baseado em uma relação de fornecimento).

### 4.3. O caso do *codeshare*.

Assim como no caso do transporte de cargas marítimas, os contratos de cooperação entre concorrentes são bastante comuns no mercado de transporte aéreo de passageiros. Segundo a própria Superintendência-Geral do Cade, “as empresas aéreas estabelecem acordos de cooperação por diversas razões – ampliar o alcance de sua rede, melhorar conectividade, reduzir riscos e custos de entrada em determinadas rotas, entre outras”<sup>623-624</sup>. Os termos desses acordos podem variar em grau de cooperação, englobando alianças táticas (cujo objetivo principal é aumentar a conectividade das redes de operação das companhias aéreas) e alianças estratégicas (em geral, de caráter multilateral, podendo envolver atuação conjunta e coordenação direta de instalações, rotas, preços, horários de voo, etc.).

A figura abaixo foi adaptada do Parecer nº. 108/2013/SG/Cade para ilustrar a graduação da cooperação entre empresas do setor de aviação.

**Figura 2 – Graduação da cooperação entre companhias aéreas**



Fonte: Parecer nº. 108/2013/SG/Cade

<sup>623</sup> Parecer Técnico 118/2013/SG/Cade, emitido em sede do Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Tam/American Airlines): “A literatura indica que acordos desse tipo podem ter diversos efeitos positivos para os consumidores e para as companhias: Para o consumidor, tais efeitos seriam facilidades de planejamento da viagem; eventuais aumentos na frequência de voos; maior conforto durante a viagem (por exemplo, consumidor fica livre de desembarque e embarque adicionais, manejo de bagagem, emissão de novo cartão de embarque, etc.); maior segurança nas conexões (já que as empresas assinantes do acordo se responsabilizam por efetivar a conexão do passageiro de um voo para outro, embora operado por companhias distintas); e possibilidade de redução de preço da passagem (o passageiro, por exemplo, paga apenas uma tarifa de embarque e uma de conexão, ao invés de duas tarifas de embarque, mais custosas). Para as companhias, os acordos podem elevar ganhos, pois permite racionalização de custos, elevação da densidade no uso da rede e obtenção de tráfego de ligações secundárias e terciárias (*feeder traffic*) de localidades não servidas. A título de exemplo, a empresa pode compensar a sua ausência em um determinado aeroporto oferecendo conexões com uma parceira de *codeshare* que lá opere”.

Os acordos que mais ocuparam a análise do Cade nos últimos anos são os contratos de *codeshare*. Estes são acordos através dos quais duas companhias aéreas compartilham seus códigos de voo, de forma que uma possa emitir e comercializar bilhetes da outra. Segundo o documento *Competition impact of airline code-share agreements*, a principal motivação econômica das companhias ao assinar estes acordos estaria relacionada à possibilidade de ampliar sua oferta de rotas e de diminuir os custos envolvidos em conexões pontuais com outras companhias<sup>625</sup>.

Durante alguns anos, tornou-se entendimento praticamente sedimentado que os contratos de *codeshare* seriam de notificação obrigatória ao Cade, porque configuravam uma cooperação horizontal<sup>626</sup>, e porque implicariam o compartilhamento de algumas informações operacionais das companhias aéreas (como marcação de assentos, refeições, bagagens, horários de atendimento nos balcões, franquia de bagagem)<sup>627</sup>.

No Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines), entretanto, a autoridade alterou seu entendimento, indicando que acordos de *codeshare* típicos não se caracterizariam como “contratos associativos” nos termos da nova Resolução nº. 17/2016. Segundo a Superintendência-Geral, o fato de que as partes teriam “plena liberdade para descontinuar ou iniciar unilateral e isoladamente novos voos e rotas” e que não haveria “qualquer ingerência de uma parte sobre a outra”, tornaria inexistente o “compartilhamento de riscos e resultados”, e estando descaracterizado o chamado “empreendimento comum”, restaria afastado seu enquadramento aos termos da Resolução nº. 17/2016.

Esta posição foi, de certa forma, corroborada pela decisão emitida em sede do Ato de Concentração nº. 08700.003715/2017-95 (Latam/American Airlines). Neste caso, o contrato notificado ao Cade era um *Joint Business Agreement* (“JBA”), cujo objeto seria a operação conjunta da malha aérea coberta pelas duas companhias com base no princípio de *metal neutrality* (neutralidade de metais), segundo o qual as aeronaves de uma companhia poderiam ser operadas pela outra. Na ocasião, a Superintendência-Geral destacou que o grau de

---

<sup>625</sup> Ao aumentarem a “presença” da companhia aérea, estes contratos surtem efeitos positivos nas estratégias de marketing e vendas nas rotas objeto de acordo. Ademais, estes contratos fortalecem a confiança das companhias junto a seus clientes e canais de distribuição, o que indiretamente fortalece suas marcas. Cf., Ato de Concentração nº. 08700.000517/2015-16 (VRG/Aerolineas Argentina/Austral).

<sup>626</sup> A análise do poder de mercado das partes baseou-se na definição de mercados relevantes adotada para fusões e aquisições nesse setor (*i.e.*, rotas de transporte regular de passageiros. Curioso notar que a adoção desse específico critério para delimitação do mercado relevante para acordos de *codeshare* aproxima a análise concorrencial daquela realizada nas fusões (ou concentrações de ordem societária) entre companhias aéreas. Na prática, portanto, embora houvesse entendimento expresso de que os acordos de *codeshare* não implicavam unificação de centros decisórios, para os específicos mercados afetados por cada operação, a análise da SG tratava-os como se unidos fossem.

<sup>627</sup> Department of Transportation, “Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approach.

cooperação objetivado pelos JBAs, na medida em que estes contratos teriam como “premissa a coordenação de seus signatários em diversas variáveis concorrencialmente sensíveis”, era substancialmente mais profundo que aquele de *codeshares* típicos, e nos JBAs, sim, poderia ser identificado um empreendimento comum entre as partes.

De fato, em acordos de *codeshare*, o compartilhamento de riscos e resultados não é amplo, mas se resume às receitas auferidas a partir da comercialização dos bilhetes aéreos entre as companhias<sup>628</sup>. A maior parte da renda das companhias aéreas nos mercados objeto dos acordos (*i.e.*, nas rotas) advém da prestação de serviços de forma independente, e não como resultado da cooperação econômica<sup>629</sup>, o que já foi suscitado pelo Cade para afastar a existência de compartilhamento de resultados entre concorrentes<sup>630</sup> em outra oportunidade.

Além disso, no contrato de *codeshare* que suscitou a decisão de não-conhecimento não eram identificáveis (i) previsões sobre reserva conjunta de assentos; (ii) qualquer forma de ingerência de uma parte sobre a outra (incluindo em relação à estipulação de tarifas dos bilhetes, cronogramas, serviços, estratégias comerciais e matérias similares); (iii) cláusulas potencialmente restritivas da concorrência; nem (iv) troca de informações concorrencialmente sensíveis<sup>631-632</sup>.

Vale notar que na maioria dos casos anteriormente analisados pelo Cade<sup>633</sup>, a preocupação da autoridade estava mais relacionada à probabilidade de atuação coordenada das partes, pela criação de incentivos para diminuição dos ímpetus competitivos, ou para a

---

<sup>628</sup> Costumam ser objetos típicos desses contratos o compartilhamento de código de identificação de voo; a possibilidade de uma companhia vender e emitir bilhetes da outra; e a coincidência ou complementariedade de rotas, conforme parecer emitido pela SG em sede do Ato de Concentração nº. 08700.006488/2013-26 (VRG/Airitalia): “*tais operações são de notificação obrigatória, sem qualquer distinção entre acordos com rotas coincidentes e aqueles com rotas complementares, o que é matéria de mérito*”.

<sup>629</sup> Cf., trecho retirado do Formulário de Notificação do Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Tam/American Airlines): “*Apesar da relação existente entre as Partes, tais benefícios, como em todas as relações de codeshare, são limitados: para voos em codeshare em que uma das Partes atua como vendedora (mas não como operadora), essa Parte tem o direito de receber, nos termos do acordo vigente, uma mera comissão. Fora essas comissões, as Partes não auferem receita aquém e além do tráfego transportado pela aeronave da outra Parte. Como cada Parte auferir a maior parte de sua receita em serviços prestados nas suas próprias aeronaves, cada uma procura preservar e maximizar o tráfego nos voos que opera. Consequentemente, as Partes não têm incentivos para promover plenamente os voos uma da outra, ou para realizar grandes investimentos no desenvolvimento de tráfego proveniente do continente de origem da outra companhia, ou ainda para cooperar da forma mais ampla e profunda que poderiam se seus incentivos fossem alinhados para maximizar os benefícios ao consumidor*”.

<sup>630</sup> Cf., Consulta nº. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar) “*Da mesma forma, as receitas advindas das atividades fim das consulentes, bem como aquelas oriundas das remunerações pecuniárias previstas nos contratos são percebidas e apropriadas exclusivamente por cada parte*”.

<sup>631</sup> Cf., Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines).

<sup>632</sup> Cf., também, Ato de Concentração nº. 08700.009104/2015-99 (Tam/Passaredo).

<sup>633</sup> Ver, por exemplo, Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Parecer da Superintendência-Geral): “*esses acordos também levantam questionamentos sobre o arrefecimento da concorrência entre as empresas instaladas, pois pode, a depender do caso, diminuir o interesse em explorar novos nichos de mercado ou potencializar ligações de baixa demanda. Além disso (...), pode levantar dúvidas sobre a possibilidade de coordenação de frequências de voos e tarifas*”.



coordenação entre suas condutas comerciais para além do objeto do contrato<sup>634</sup>, que à probabilidade de exercício abusivo de poder de mercado. Este é mais um indicativo de que o tipo de cooperação que estes contratos estabelecem não cria uma nova organização para concorrer no mercado, não devendo ser objeto do controle preventivo de estruturas.

Se analisarmos os parâmetros que vem sendo aplicados pelo Cade desde a Resolução nº. 17/2016 na identificação de “empreendimento comum”, a decisão de não-conhecimento do *codeshare* não é estranha. As partes continuam majoritariamente independentes, definem os termos de oferta de seus serviços de forma autônoma, o resultado econômico visado é apenas potencializado pelo contrato (dele não dependendo para existir), e os termos dos contratos permitem que eventuais resultados positivos ou deficitários sejam compensados ou aproveitados pelas partes individualmente, sem que os riscos comerciais sejam assumidos em conjunto.

A mudança de interpretação do Cade quanto à qualificação dos acordos de *codeshare* parece ser acertada e ilustra bem a aplicação dos novos critérios introduzidos pela Resolução nº. 17/2016. Estando ausentes elementos de organização conjunta de uma atividade econômica específica, resta afastado o empreendimento comum entre as partes, que poderia ser verificável, no entanto, no exemplo dos contratos JBA. Os contratos de *codeshare* constituiriam, então, Contratos de Cooperação (2) (cf., Tabela 1, na Parte 2, deste artigo) e são justamente exemplo dos contratos que foram excluídos do âmbito de controle preventivo do Cade após a edição da Resolução nº. 17/2016.

## 5. Conclusões.

A Lei nº. 12.529/2011, após intensos debates, introduziu entre as hipóteses de concentração econômica, os contratos associativos. Desde então o Cade vem buscando delimitar materialmente seu conteúdo diante das consequências que esse conceito traz para seu controle preventivo de estruturas.

Com a introdução da Resolução nº. 17/2016 o Cade limitou o escopo de controle de de estruturas aos contratos de cooperação do tipo “concentração por cooperação”, isto é, àqueles contratos cuja função econômica é estruturar o desenvolvimento de uma atividade econômica ulterior (indicados como Contratos de Cooperação (1), na Tabela 1, da Parte 2, acima). Restariam excluídos, portanto, os contratos de cooperação simples ou “contratos híbridos”,

---

<sup>634</sup> GAYLE, P. Airline Code-share Alliances and their Competitive Effects, 2006.

cuja função econômica seria a de estruturar uma simples permuta entre as partes contratantes (indicados como Contratos de Cooperação (2), na Tabela 1, da Parte 2, acima).

A expressão “empreendimento comum”, presente no *caput* do Art. 2º da Resolução Cade nº. 17/2016, passa a ser a unidade de análise do impacto concorrencial desses contratos. Os casos apresentados na Parte 4, acima, indicam que a jurisprudência em construção desde a entrada em vigor da nova resolução sobre contratos associativos tem corroborado a tese de que esta modalidade de ato de concentração depende da identificação, no contrato notificado, da identificação de elementos capazes de estruturar a organização de uma atividade econômica ulterior ao objeto imediato do contrato.

Estes elementos de organização exigem um grau especial de cooperação entre agentes, o que faz com que contratos de cooperação entre concorrentes não necessariamente configurem contratos associativos.

É o que parecem indicar as recentes decisões no mercado de transporte de cargas marítimas (item 4.1), e no mercado de aviação civil (item 4.3). Na verdade, a existência de maior interdependência entre as partes de um VSA, em comparação com o que se verifica em um SCA ou um SFA, no caso dos contratos de cargas marítimas, ou em um JBA ou *codeshare*, no caso dos contratos de aviação, serviria, na verdade, apenas para corroborar a existência de um empreendimento comum, pois este não se perfaz na colaboração entre empresas concorrentes, sendo, na verdade, o caráter organizacional ulterior que marca a existência ou inexistência de “empreendimento comum” entre as partes. O caso no mercado de alumínio (item 4.2) serviu para ilustrar que contratos que seriam tipicamente classificados como de permuta ou verticais, podem também, a depender do conteúdo de suas cláusulas, configurar contratos organização e, portanto, contratos associativos.

De qualquer forma, o decorrer dos meses de vigência da Resolução Cade nº. 17/2016 não diminuiu o número de decisões de não-conhecimento de atos de concentração notificados como contratos associativos. Embora a incerteza existente sob a regulamentação anterior pareça ter sido mitigada, ela certamente não foi superada. Os termos da nova resolução são mais claros e parecem refletir mais adequadamente o que a doutrina designa como contratos associativos, mas ainda há espaço para que, por meio de suas decisões, o Cade especifique e delinieie o conteúdo da regulamentação.

## **Bibliografia**

ASCARELLI, Tulio. O contrato plurilateral. In: Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado, São Paulo: Saraiva, 1945.

BOTELHO, R., SANTOS, A. A Nova Resolução do Cade sobre Contratos Associativos. Artigos Jota. Disponível em: <https://jota.info/artigos/nova-resolucao-Cade-sobre-contratos-associativos-20102016>.

CADE, Superintendência Geral, Parecer Técnico 118/2013/SG/Cade, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49 (Tam/American Airlines), 2013.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 11/2015/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.000517/2015-16 (VRG/Aerolineas Argentina/Austral), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 13/2015/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.009104/2015-99 (Tam/Passaredo), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 197/2015/CGAA5/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.000540/2015-01 (Ambev/Pepsicola), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 23/2015/CGAA1/SGA1/SG emitido no Ato de Concentração nº. 08700.005637/2015-00 (Klabin/Fibria), 2015.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 17/2017/CGAA5/SGA1/SG emitido no Ato de Concentração nº. 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo), 2017.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 180/2017/CGAA5/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº 08700.003575/2017-55 entre (Ares/Pfizer), 2017

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 4/2017/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39 (Tam/Qatar Airlines), 2017.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 342/2017/CGAA5/SGA1/SG emitido no Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76 (Serasa/Boa Vista), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer nº. 07/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitido no Ato de Concentração nº 08700.005266/2017-10 (HLAG/NYK/MSC), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer n°. 2/2018/CGAA4/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração n° 08700.006989/2017-36 (Instituto Jogue Limpo e outros), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Nota Técnica n°. 7/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitida no Ato de Concentração n° 08700.006750/2017-66 (Mercosul Line/Log-In), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer n°. 09/2018/CGAA3/SGA1/SG/CADE, emitido no Ato de Concentração n°. 08700.001565/2018-66 (MOL/NYK), 2018.

CADE, Superintendência-Geral, Parecer n°. 103/2018/CGAA5/SGA1/SG, emitido no Ato de Concentração n°. 08700.002276/2018-84 (Tim/Oi), 2018.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n°. 08700.007192/2015-94 (CGMP/Connectcar), Voto do Conselheiro Relator João Paulo Resende, 2015.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n°. 08700.007192/2015-94, Voto do Conselheiro Relator João Paulo Resende, 2015.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n°. 08700.006858/2016-78 (HSDG), Voto do Conselheiro Relator Paulo Burnier da Silveira, 2016.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n°. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto Conselheiro Relator João Paulo Resende, 2016.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n°. 08700.008081/2016-86 (CMA CGM/HSDG), Voto-vogal Cons. Paulo Burnier da Silveira, 2016.

CADE, Tribunal Administrativo, Consulta n. 08700.008419/2016-08 (EA/Warner Bros), Voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2017.

CADE, Tribunal Administrativo, Despacho Decisório n°. 3/2018/GAB5/CADE, Ato de Concentração 08700.002276/2018-84, 2018.

CAIXETA, Deborah B. Contratos associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. *Revista de Direito da Concorrência*, v. 4, n. 1, maio 2016, pp. 95-132, p. 103.

CAPATANI, Marcio. F. Os Contratos Associativos. In VALLADÃO, Erasmo (org). *Direito Societário Contemporâneo I*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 88-103.

CASAGRANDE, Paulo L. Inovação, Cooperação e Concorrência: Desafios para a Política Antitruste no Brasil. Universidade de São Paulo, Tese (Doutorado), 2014.

CAVALI, Cassio Machado. Empresa, Direito e Economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Tese (Doutorado), 2012.

DUARTE MAIELLO, A. L., Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo, Universidade de São Paulo: Tese (Doutorado), 2012.

ESTADOS UNIDOS, Department of Transportation, “Transatlantic Airline Alliances: Competitive Issues and Regulatory Approach.

ESTADOS UNIDOS, Federal Trade Commission/Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000.

FARINA, Elizabeth et. al. Competitividade: mercado, estado e organizações. São Paulo, Singular, 1997).

FORGIONI, Paula A. Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRAZÃO, Ana de O. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas, Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana de O. Joint Ventures Contratuais. In: RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015.

GAYLE, P. Airline Code-share Alliances and their Competitive Effects, 2006.

JORDE, Thomas; TEECE, David. Innovation and Cooperation: Implications for Competition and Antitrust, In: Journal or Reprints for Antitrust Law and Economics, v. 28, 1998.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Empresa Contemporânea e Direito Societário. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

OCDE. Working Party No. 2 on Competition and Regulation. Competition Issues In Liner Shipping -- Note by the Secretariat -- 19 June 2015. DAF/COMP/WP2(2015)3. Disponível em

[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2015\)3&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2015)3&docLanguage=En), p. 26),

PEREIRA NETO, Caio Mario; CASAGRANDE, Paulo L. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência, Legislação, São Paulo: Saraiva, 2016.

PIRIANO JR, Thomas A. Reconciling Competition and Cooperation: A New Antitrust Standard for Joint Ventures. In: William & Mary Law Review, v. 35, 1994.

PORTO MACEDO JR, Ronaldo. Contratos relacionais e defesa do consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

SPIEDEL, R. The characteristics and challenges of Relational contracts. Northwestern University Law Review, v. 94, n. 3, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. The economic institutions of capitalism. Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261.

WILLIAMSON, Oliver. The lens of contract: private ordering. The American economic review, Vol. 92, No. 2, 2012, pp. 438-443.