

**INSPER  
LLC – DIREITO EMPRESARIAL**

**LIVIA FOSSALUZA RODRIGUES ROCHA**

**ANÁLISE DO CONTRATO ASSOCIATIVO COMO UM ATO DE CONCENTRAÇÃO  
ECONOMICA E DA NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO CONSELHO  
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

**São Paulo  
2017**

**LIVIA FOSSALUZA RODRIGUES ROCHA**

**ANÁLISE DO CONTRATO ASSOCIATIVO COMO UM ATO DE CONCENTRAÇÃO  
ECONOMICA E DA NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO CONSELHO  
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação LLC –  
Direito Empresarial, necessário à obtenção do grau de pós-  
graduado; Insper; Direito Empresarial.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

**São Paulo  
2017**

**ROCHA, Livia Fossaluzza Rodrigues**  
**Análise do Contrato Associativo como um ato de concentração econômica e da necessidade de prévia notificação ao conselho administrativo de defesa econômica – CADE**

**Livia Fossaluzza Rodrigues Rocha. – São Paulo, 2017.**  
**29 fls.**

Trabalho de Conclusão de Curso em Pós-Graduação Insper, 2017.  
Orientadora: Prof<sup>a</sup> Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

1. Contratos Associativos. 2. Ato de Concentração. 3. Submissão prévia. 4. CADE 5. Direito Concorrencial. 6. Antitruste. I. Livia Fossaluzza Rodrigues Rocha II. Análise do Contrato Associativo como um ato de concentração econômica e da necessidade de prévia notificação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

**LIVIA FOSSALUZA RODRIGUES ROCHA**

**ANÁLISE DO CONTRATO ASSOCIATIVO COMO UM ATO DE CONCENTRAÇÃO  
ECONOMICA E DA NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO AO CONSELHO  
ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE**

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação LLC –  
Direito Empresarial, necessário à obtenção do grau de pós-  
graduado; Insper; Direito Empresarial.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque

**DATA DE APROVAÇÃO** \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Nome: Titulação:**  
**Instituição:**

---

**Nome: Titulação:**  
**Instituição:**

---

**Nome: Titulação:**  
**Instituição:**

## RESUMO

A Nova Lei de defesa da Concorrência nº 12.529 de 30 de outubro de 2011, por meio do seu artigo 90, IV, trouxe ao ordenamento jurídico concorrencial uma nova espécie de ato de concentração necessária de submissão prévia ao Conselho Administrativo de defesa da concorrência - CADE, quais sejam, os intitulados Contratos Associativos. Uma vez constatados de antemão pelo legislador como um ato de concentração até então desconhecido pelos operadores do direito e pela sociedade no geral, faz-se oportuno o estudo acerca das hipóteses de ocorrência dos Contratos Associativos, bem como da necessidade de submissão para aprovação do CADE. Neste sentido, o presente artigo tem a finalidade de avaliar quais contratos associativos e diferentes operações têm sido submetidos ao CADE, e em quais hipóteses foram aprovadas ou recusadas pelo órgão antitruste, sobretudo, sob quais fundamentos, a fim de delimitar, contudo, sem exaurir, o conceito desta espécie contratual que ainda não possui doutrina e jurisprudência consolidada. Para tanto, serão comparadas as alterações entre a Nova Lei e a Lei anterior nº 8.884 de 11 de junho de 1994, além de analisadas as resoluções do CADE, principalmente a atualmente vigente nº 17/2016, bem como a jurisprudência obtida desde a vigência da Nova lei em 29 de maio de 2012.

**Palavras-chave: Contratos Associativos; Ato de Concentração; Submissão prévia; CADE; Direito Concorrencial; Antitruste.**

## **ABSTRACT**

The new Brazilian law in defense of Competition n° 12.529/2011 of October, 30<sup>th</sup> 2011 by means of its article 90, IV, brought to the competition legal system a new species of Act of Concentration to be necessarily submitted to the Administrative Council of Economic Defense – CADE, the entitled Contratos Associativos. Once it was defined in advance by the legislator as an Act of Economic Concentration until then unknown by the legal operators and so by the society in its general, it becomes due the study of the chances of occurrence of the Contratos Associativos, as well as of its need of previous submission to CADE's approval. In this sense, the present article has the goal of measuring which kind of Contratos Associativos under different operations have been submitted to CADE, and in which hypothesis they have been approved or refused by the antitrust agency, above all under which arguments, in order to delimit, but without exhaust, the concept of this contractual species which does not have a consolidated doctrine and court decisions. For this purpose, it will be compared the changes between the new and previous Competition law n° 8.884 of June 11<sup>th</sup>, 1994, besides analyzing the resolutions by CADE, especially the actual valid n° 17/2016, as well as the obtained court decisions since the validation of the new Competition Brazilian legislation in May 29<sup>th</sup> of 2012.

**Keywords: Contratos Associaivos; Act of Concentration; previous submission; CADE; Competition legislation; Antitrust Law.**

## SUMÁRIO

<b>I. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>II. AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA Nº 12.529/2011 EM COMPARAÇÃO À LEI Nº 8.884/1994.....</b>	<b>11</b>
<b>III. AS ALTERAÇÕES LEGAIS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS .....</b>	<b>14</b>
<b>IV. OS CONTRATOS ASSOCIATIVOS.....</b>	<b>19</b>
<b>(i) Resolução nº 10/2014 .....</b>	<b>19</b>
<b>(ii) Resolução nº 17/2016.....</b>	<b>20</b>
<b>V. CONCLUSÃO.....</b>	<b>26</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>27</b>

## I. INTRODUÇÃO

O direito da concorrência é caracterizado como um subramo do Direito Empresarial, e defendido pela Constituição Federal por meio de seu princípio da livre iniciativa o qual é considerado como um dos pilares da ordem econômica. Assim, conforme elucidado pelos doutrinadores Calixto Salomão Filho e Fabiano Del Masso<sup>1</sup>, referido ramo do direito estuda e regulamenta o exercício da atividade privada econômica a fim de que seus entes participantes, quais sejam, empresas privadas, exerçam suas atividades de acordo com os preceitos da ordem econômica, não impedindo a livre competição no mercado.

Neste sentido, a nova Lei de Defesa da Concorrência nº 12.539, de 30 de novembro de 2011 (“Lei nº 12.539/2011”), em vigor desde março de 2012, revogou grande parte da anteriormente vigente Lei nº 8.884, de 11 de Junho de 1.994 (“Lei nº 8.884/94”) e trouxe significativas alterações sobre a prevenção e repressão de atos que configurem abuso de poder econômico em proteção à ordem econômica.

O órgão responsável pelo zelo, investigação e repressão da livre concorrência, visando, sobretudo, uma competição justa de mercado é o Conselho de Administração de Defesa Econômica – CADE, o qual possui a função de instruir a sociedade sobre as condutas que violem a justa competição e a livre concorrência, e conseqüentemente, possui o poder-dever de regulamentar, por meio de suas resoluções, a análise prévia de atos de concentração econômica.

Desta maneira, a nova lei supramencionada determina critérios taxativos que devem ser respeitados pelas empresas, para que, ao se associarem, não estabeleçam o controle de um mercado relevante e não ajam de maneira contrária aos princípios da livre concorrência. Portanto, a nova lei e o CADE atuam em conjunto a fim de reprimir condutas que extrapolem os limites da livre concorrência.

Ao mesmo tempo, as empresas, ao se associarem, têm o desafio de enxergar se determinada associação representa um ato de concentração que possivelmente configure abuso de poder econômico e em caso positivo, impedir a sua continuidade, a fim de evitar atitudes contrárias aos princípios da ordem econômica, bem como evitar as possíveis penalidades impostas pelo CADE.

---

<sup>1</sup> MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico**: esquematizado. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p.15. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, p.21



Por esta razão, os contratos resultantes das referidas associações por empresas concorrentes no mesmo mercado relevante devem ser submetidos à aprovação do CADE, o que já era obrigatório pela lei nº 8.884/94.

A fim de restringir ainda mais as hipóteses de abuso de concentração econômica, a nova lei de defesa da Concorrência nº 12.529/2011 trouxe ao ordenamento antitruste os intitulados Contratos Associativos, caracterizados como um novo ato de concentração que deve ser previamente submetido à avaliação do CADE.

Os Contratos Associativos não possuem definição consolidada no ordenamento jurídico de direito concorrencial, tampouco possuem jurisprudência pacificada, seja administrativa ou judicial, já que, correspondem a assunto relativamente novo, causando, desta maneira, insegurança jurídica às empresas quanto à percepção de uma operação ser caracterizada como abusiva e desta maneira, um ato de concentração econômica e da sua necessidade de submissão ao CADE, uma vez que existe vasta quantidade de operações que podem vir a ser caracterizadas como Contratos Associativos.

No mais, os critérios imputados por lei para caracterizar o contrato associativo não são restritos a uma única atividade econômica empresarial, o que possibilita que muitas operações atreladas a diferentes ramos empresariais virem a ser caracterizadas como tal. O que permite o maior alcance do CADE aos atos que prejudicam a livre concorrência. Seja com fundamento na lei antitruste ou por meio de suas resoluções, o poder-dever do CADE é amplo e essencial para proteger a manutenção da ordem econômica.

Devido às dúvidas que surgem em relação ao que são os Contratos Associativos, em quais hipóteses configuram ato de concentração econômica a ser previamente submetido à aprovação do CADE, e ao mesmo tempo não existir definição normativa consolidada deste tipo contratual, buscase, por meio deste trabalho, depois de analisar decisões do CADE e estudar diferentes visões de doutrinadores do direito concorrencial antes e durante a vigência da Lei 12.529/2011, analisar e delimitar, todavia, sem exaurir, os critérios para a formação dos Contratos Associativos, visto que se trata de uma espécie de atos de concentração já em vigência por 05 (cinco) anos.

Para tanto, este trabalho será dividido em 05 (cinco) capítulos durante os quais serão comparadas e analisadas as alterações trazidas pela Nova Lei de defesa da Concorrência, bem como aquelas propostas pelas resoluções do CADE, revogadas e atuais, com critérios mais e menos objetivos atribuindo consequências diferentes a cada um deles, propondo o a continuidade do

debate a fim de entender com mais propriedade quando um Contrato Associativo representa concentração econômica de maneira abusiva, sendo necessária sua submissão prévio ao crivo do CADE.

## **II. AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA Nº 12.529/2011 EM COMPARAÇÃO À LEI Nº 8.884/1994.**

Conforme previa a Lei 8.884/1994, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência era constituído por três instâncias: a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE; a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, sendo que, os dois últimos órgãos eram submetidos ao Ministério da Justiça, enquanto que, o primeiro, ao Ministério da Fazenda.

Porém, a nova Lei nº 12.529/2011 trouxe a união do CADE com a SDE, transformando-os em um único órgão, deixando a SEAE exclusivamente no papel da advocacia da concorrência, sendo que as decisões do Sistema Brasileiro de Defesa da concorrência permanecem passíveis de recurso no âmbito judicial.

Tem-se, a partir de então, a nova estrutura do CADE composta por três órgãos: (i) Tribunal Administrativo da Defesa Econômica, o qual tem a função de julgar os processos administrativos dispostos pela Lei 11.529/2011; (ii) Superintendência Geral, órgão este que tem o dever de zelar pelo cumprimento da lei na Proteção e Defesa econômica, acompanhando práticas do mercado e (iii) Departamento de estudos econômicos, com a premissa de elaborar estudos e parecer de ofício ou a requerimento do Plenário, Presidente e outras pessoas responsáveis pelo funcionamento do CADE.

Tal reestruturação no sistema permitiu, conforme introduzido pelo ex-presidente do CADE, Vinicius Marques de Carvalho<sup>2</sup>, o aperfeiçoamento das funções do CADE: (a) De prevenção, possibilitando maior eficiência advinda do desenho de gestão de Superintendencia, onde seriam previamente notificados e instruídos os atos de concentração supostamente abusivos. Este procedimento de análise foi aperfeiçoado pelo Regimento Interno do CADE, por meio de resoluções administrativas.

Assim, o CADE editou a Resolução 2-2012 que visava tornar mais objetivas as regras de notificação dos atos de concentração, criando, para tanto, dois procedimentos de análise: o sumário e o ordinário, de modo que, para aquele método corresponderiam as análises imediatas, sem

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p.Introdução.

necessidade de maiores informações, separando-os, portanto, dos ordinários, o que trouxe maior eficiência e celeridade para gestão dos atos de concentração.

Outro benefício que a nova lei trouxe refere-se à repressão aos Cartéis, cujo instrumento de auxílio corresponde ao Acordo de Leniência.

Este acordo permite que empresas ou pessoas físicas envolvidas em um cartel ou em outra prática anticoncorrencial obtenham benefícios por meio da celebração de um acordo (Acordo de Leniência) com o CADE, comprometendo-se a cessar conduta ilegal, bem como cooperar com as investigações a fim de desvendar as referidas práticas contrárias à ordem econômica, apresentando, para tanto, informações e documentos relevantes às investigações, e em contrapartida, recebendo benefícios que possam configurar, até mesmo, na esfera administrativa, à extinção da ação punitiva ou redução da penalidade, enquanto que, na esfera criminal, a suspensão da prescrição e impedimento do oferecimento da denúncia, bem como, após cumprida a leniência, a extinção da punibilidade dos crimes cometidos, vide artigo 87 da nova lei.

Além disso, a nova Lei repete grande parte das infrações à ordem econômica exemplificadas pela lei anterior, ratificando, portanto, seu papel repressor, e por outro lado, trazendo maiores atribuições advindas de uma nova reestruturação, quanto à prevenção dos atos de concentração abusivos, corroborando sua finalidade em reprimir as condutas contrárias à ordem econômica, propiciando o desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência por meio de um julgamento célere e eficiente, configurando em uma nova estrutura concorrencial advinda de um difícil trabalho desde a submissão do projeto de lei ao Congresso Nacional e a atualidade.

Nesse sentido, concluiu, em 2012, Ana Paula Martinez<sup>3</sup> que o Brasil encontrava-se no momento de instituir um sistema de controle prévio de atos de concentração com a consequente necessidade de refinamento dos filtros de notificação, bem como o estabelecimento de prazos curtos para análise de Atos de Concentração, além de maior quantidade de agentes técnicos em número suficiente para atender a demanda de operações notificadas, e que possibilitasse, assim, uma economia brasileira inovadora, eficiente e competitiva. O que supostamente aconteceria a partir da Nova Lei de Defesa da Concorrência.

---

<sup>3</sup> MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012, p67.

Hoje, cinco anos depois da promulgação da Lei 12.529/2011, enquanto o país enfrenta tamanha crise político-econômica marcada pela maior taxa de desemprego dos últimos tempos<sup>4</sup>, além de escândalos de corrupção e lavagem de dinheiro, é possível perceber que o Brasil ainda precisa de uma economia “inovadora, eficiente e competitiva”, mas, que, em contrapartida, também está concorrencialmente mais assegurado porque existem interpretações mais claras propiciadas pelo CADE, por meio de sua jurisprudência e resoluções, quanto ao entendimento dos Contratos Associativos que serão discutidas mais adiante.

---

<sup>4</sup> SALES, Robson. Desemprego no Brasil atinge a maior taxa desde 2012. **Valor Econômico**. São Paulo. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4853298/desemprego-no-brasil-atinge-maior-taxa-desde-2012>>. Acesso em 02.11.2017

### III. AS ALTERAÇÕES LEGAIS NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E A REGULAMENTAÇÃO DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS

Diante do que fora acima exposto, e assim como entende Ana Paula Martinez (2012, p.62)<sup>5</sup>, a Lei nº 12.529/2011 alterou o controle de estruturas de operações, sendo esta a área de mudanças mais significativas, para, além de um controle repressivo de atos de abuso de concentração, também um regime prévio de notificação e análise, reconfigurando, pois, o conceito do que é um ato de concentração e quando sua notificação é obrigatória.

Ao especificar os atos de concentração, a Lei anterior nº 8.884/1994 em seu artigo 54, parágrafo 3º<sup>6</sup>, empregava critérios amplos diante dos quais deveriam ser notificados atos que tivessem a possibilidade de limitar ou de outra forma prejudicar a livre concorrência que resultavam na concentração abusiva de mercados relevantes de bens ou serviços.

Tal especificação exigia esforços interpretativos das partes em julgar se determinada operação se enquadrava ou não no impreciso requisito estabelecido, enquanto que determinava, também, o critério de percentual de mercado obtido na operação e o de faturamento que tentavam conferir maior clareza às hipóteses de notificação obrigatória.

A nova Lei nº 12.529/2011, por sua vez, como forma de aperfeiçoar o controle das estruturas, por meio de seu artigo 88 e 90<sup>7</sup>, buscou reduzir as incertezas aos critérios da lei

---

<sup>5</sup> MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012, p62.

<sup>6</sup> parágrafo 3º do artigo 54 da Lei 8.884 de 94: “Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).”

<sup>7</sup> Lei. 12.429/2011- Art. 88. “Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).”

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

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

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

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

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

anterior, se preocupou em: (i) elencar categorias de atos de concentração; (ii) alçar o faturamento das partes à condição de critério determinante de quais dentre esses atos são de notificação obrigatória; (iii) extinguir o critério de notificação de operações fundamentado no domínio da parcela de mercado, o qual, por exigir análise complexa, era considerado também como fonte de insegurança jurídica.

Assim, pela visão de Vinicius Marques de Carvalho<sup>8</sup>:

Pode-se dizer que a nova arquitetura legal, ao prever novos critérios para a definição e notificação de Atos de Concentração, foi relativamente bem-sucedida em seu objetivo. Por outro lado, em seu esforço em conferir maior objetividade aos referidos aspectos do controle de estruturas, a Lei 12.529 de 2011 acabou também por criar uma nova fonte de insegurança jurídica. Isso por que, ao elencar as hipóteses em que atos de concentração são realizados, ela inseriu um conceito, até então, **absolutamente alheio ao direito concorrencial**: o conceito de contrato associativo.

Contudo, cabe aqui uma ressalva: é fato que a Nova Lei de Defesa da Concorrência trouxe ao ordenamento antitruste um novo título para espécies de acordos e relações entre empresas que configurem ato de concentração e devam ser previamente aprovadas pelo CADE antes de sua consumação, porém, dizer que os Contratos Associativos correspondem a um assunto “absolutamente alheio ao direito concorrencial” seria generalizar uma matéria que já vem sendo bastante discutida antes mesmo da Lei 12.529/2011.

A título exemplificativo, em 2004, Amadeu Carvalhes Ribeiro escreveu para a Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência Consumo e Comércio Internacional – IBRAC<sup>9</sup> sobre os atos que poderiam limitar a livre concorrência, referenciando, ainda, o entendimento do doutrinador Calixto Salomão Filho<sup>10</sup> ao explicar as diferenças entre atos de cooperação e concentração econômica:

A primeira importante constatação é que somente o acordo que resultar em concentração econômica é que deve ser obrigatoriamente apresentado. Quanto aos demais, cumpre aos particulares avaliar seus efeitos e apresentá-los voluntariamente sempre que, em seu entender, houver possibilidade de prejuízo à livre concorrência. Daí porque é essencial distinguir entre os atos de concentração econômica e outros tipos de acordo. [...]. As dúvidas começam a surgir quando se trata de estabelecer o conceito de concentração econômica, por oposição ao conceito de cooperação econômica. **Isso porque o CADE até hoje não definiu o conceito de concentração, seja por meio de**

---

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

<sup>8</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p.407. [grifo nosso]

<sup>9</sup> RIBEIRO Carvalhes Amadeu, Critérios para a apresentação de transações internacionais ao CADE – Revista do IBRAC, p.163.

<sup>10</sup> Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial - As Estruturas*, Malheiros, São Paulo, 2002, 2ª edição, p. 279.

**resolução, seja por meio de decisões em casos específicos.** Ao contrário, a jurisprudência sempre se pautou por afirmar que cabe à autoridade, e não ao particular, definir se uma determinada transação deve ou não ser apresentada. Disso resulta que as empresas acabam se sentindo obrigadas a submeter toda e qualquer transação à apreciação do CADE, ainda que ela claramente não constitua hipótese de concentração.[gn]

[...]. **A cooperação resume-se, pois, à coordenação de determinadas ações entre concorrentes, sem que isso implique a unificação de todas as suas atividades em caráter estável e duradouro.** No passado não era aceitável falar em cooperação entre concorrentes, porque a doutrina antitruste a considerava ilegal per se<sup>6</sup>. **Com a evolução doutrinária e a decorrente aplicação da regra da razão aos casos de coordenação de ações entre concorrentes, ficou claro que nem todas as cooperações econômicas implicam limitação injustificada da concorrência.** Em alguns casos, certas limitações são necessárias para a obtenção de resultados economicamente positivos, como o progresso tecnológico ou mesmo a eficiência das empresas<sup>7</sup>.

**Para que ocorra uma concentração, ao contrário, é fundamental que as empresas possam ser consideradas como um único agente do ponto de vista econômico.** Não ocorre simples uniformização de certos comportamentos de mercado ou realização de certas atividades conjuntamente. Para que se possa caracterizar a concentração, tanto o comportamento no mercado quanto a forma interna de produção e comercialização devem estar sujeitos a um único centro decisório, permitindo considerar as empresas como um único agente do ponto de vista econômico em todas as operações por elas realizadas<sup>8</sup>.

Ora, na visão do legislador, ao inserir os Contratos Associativos como uma espécie de Ato de Concentração necessário de submissão prévia ao CADE, não estaria ele pressupondo a representação de um acordo, por meio do qual as partes cooperam mutuamente transformando-se em uma unidade que implica alterações significativas de maneira abusiva no seu mercado relevante?

A partir daí entende-se que ao trazer o Contrato Associativo ao direito Concorrencial, o legislador não tratou de um assunto absolutamente novo, mas sim, deu uma nomenclatura a esta espécie de associações já estudada há muitos anos.

Neste sentido, a fim de requerer mais objetividade quanto à hipótese de os contratos associativos representarem um ato de concentração a ser submetido previamente à aprovação do CADE, a Nova Lei proporcionou requisitos com maior exatidão. Assim entendeu o então Presidente do CADE conforme Voto no Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08<sup>11</sup>:

No novo regime o debate sobre enquadramento ou não de uma dada operação na definição de ato de concentração não pode ser feito com base na discussão em torno dos seus potenciais feitos anticompetitivos (como a sistemática adotada na lei 8.884/1994 não podia ensejar), mas sim, com base na verificação do enquadramento ou não da operação nas hipóteses às quais a lei 12.529/2011 se refere.

---

<sup>11</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08. Brasília, DF. 2017. – Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?g3XpuoWYp7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvmCOs-I\\_A9ahfVXQxeMaYUJhd-cdg6dbxV-BD3XK1gVg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvmCOs-I_A9ahfVXQxeMaYUJhd-cdg6dbxV-BD3XK1gVg)>. Acesso em 19.09.2017.



Não obstante, o Novo diploma legal concorrencial estabeleceu, ainda, alta multa na hipótese de ocorrência de um ato de concentração consumado sem a prévia concordância do CADE, o qual, além de ser considerado sem efeitos jurídicos, estaria, ainda, submetido ao pagamento de multa no valor a ser determinado entre R\$60.000 (sessenta mil reais) e R\$60.000.000 (sessenta milhões de reais), sendo qualificado como prática de *gun jumping* sem prejuízo de abertura de processo administrativo para futura análise do ato de concentração.<sup>12</sup>

No mesmo raciocínio, segue jurisprudência do CADE no Ato de Concentração nº 08012.011058/2005-74<sup>13</sup>, por meio da qual revela-se a necessidade do juízo de mérito do Tribunal do CADE prévio à consumação do Ato notificado:

[...]. o aplicador do direito emita um juízo sobre a potencial lesividade da operação previamente a seu conhecimento. Esse juízo é necessariamente casuístico, formulado caso a caso de acordo com as características do ato notificado, já que é impossível estabelecer uma tipologia cerrada de todos os atos que não possam a priori limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Mais: esse juízo é prévio, mas não é apriorístico, pois não se baseia em categorias abstratas, mas ao revés, nas peculiaridades do caso. Ou seja, implica uma análise de mérito, ainda que simplificada.

Contudo, cabe ainda ressaltar a licitude da concorrência quando esta não prejudica a ordem econômica, conforme explicam Paula A. Forgioni e Eros Roberto Grau<sup>14</sup>:

Retornamos ao problema que muito já foi referido: a concorrência, é cediço, prejudica os concorrentes, mas esses prejuízos podem ser licitamente causados, desde que resultantes “de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores (art.36, parág 1º, da Lei 12.529/2011). Ou seja, desde que uma empresa seja mais capacitada do que seu concorrente, poderá licitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, com a eliminação de seus competidores. Nada há de mais esperado senão a busca do domínio de mercado, uma vez que o objetivo do agente econômico é o seu crescimento no setor em que atua.

[...]. Entretanto, a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal, por vezes, é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada, atuais e potenciais.

---

<sup>12</sup> Lei 12.529/2011 - Art. 88. Serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

**§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.**

<sup>13</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.011058/2005-74. Brasília, DF. 2017. disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?tzuOpynClZls\\_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi\\_C139hTTRzdBe\\_1rNARUXnQky0VtCpZEt9KcsrSO1-Z9gXzcNg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuOpynClZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTTRzdBe_1rNARUXnQky0VtCpZEt9KcsrSO1-Z9gXzcNg) Acesso em: 21.10.2017.

<sup>14</sup> FORGIONI, Paula A; GRAU, Roberto Eros. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014, p139.

Ainda no entendimento dos referidos autores, o abuso de poder dominante deve ser avaliado do parâmetro constitucional defendido à livre concorrência, à livre iniciativa e ao aumento arbitrário dos lucros:

[...]. Só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se sua atuação prejudicou a livre concorrência ou a livre iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há que ser sancionado pela Lei Antitruste.

Portanto, não é toda restrição à concorrência que implica em domínio ilícito de mercado, todavia, aquela prática que for considerada abusiva e prejudicial à ordem econômica será punida pelo CADE, e por isso, deve ser previamente submetida à aprovação.

#### IV. OS CONTRATOS ASSOCIATIVOS

Sendo o objeto principal do presente artigo, a figura do Contrato Associativo foi uma das alterações trazidas ao Direito Concorrencial pela nova lei 12.529/2011, em vigor desde 29 de maio de 2012 pelo inciso IV do artigo 90.

Inserção esta, em um primeiro momento avaliada como fonte de insegurança jurídica até mesmo segundo o entendimento do Órgão antitruste, conforme elucidado por seu ex-presidente Vinicius Marques de Carvalho<sup>15</sup>, devido ao fato de se tratar de uma espécie de contrato novo para o ordenamento jurídico antitruste, ainda são poucas as referências consolidadas quanto aos Contratos Associativos.

Daí o que deveria supostamente trazer explicações, serviu ao contrário, como motivos de questionamentos, por exemplo, quanto ao que são os Contratos Associativos; em quais circunstâncias o CADE considera a configuração de um Contrato deste tipo; e quais as hipóteses em que esses contratos devem ser notificados à autoridade como atos de concentração; dentre outros.

A Nova lei de Defesa da Concorrência, portanto, trouxe ao CADE o desafio de regulamentar o conceito do novo tipo contratual, e mais do que isso, por ter sido inserido em um rol de exemplos de atos de concentração, trouxe, também, a dificuldade de conceituar o que é um Ato de Concentração e quais são seus critérios de notificação.

Neste contexto, a autoridade antitruste vem elaborando resoluções na tentativa de aclarar os mencionados conceitos.

##### (i) **Resolução nº 10/2014**

Em 2014, o CADE elaborou a Resolução nº10<sup>16</sup>, por meio da qual eram considerados associativos quaisquer contratos que propunham relação de interdependência, entre concorrentes

---

<sup>15</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p.408.

<sup>16</sup> Resolução nº 10/2014(**Revogada pela vigente resolução nº 17 de Outubro de 2016**): 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

ou entre agentes econômicos que atuassem em um mercado relacionado, com duração igual ou superior a 02 (dois) anos, consideradas eventuais renovações ou prorrogações.

Ainda, determinava uma sobreposição horizontal no tocante ao objeto do contrato somando a participação das partes no mercado relevante em 20%, enquanto que, uma participação igual ou superior a 30% quando da relação vertical.

Outrossim, devido ao alto valor da multa atrelada à hipótese de um Contrato Associativo supostamente qualificado como um Ato de Concentração, necessário, portanto de prévia notificação ao CADE, estar atrelado aos ditames vagos e confusos da Resolução nº 10, conforme assim traduzido por muitos doutrinadores e juristas<sup>17</sup>, o CADE passou a ser notificado referente a Contratos que não impactavam negativamente o mercado, tampouco traziam aflições à concorrência, já que não configuravam abuso de poder. Tal premissa fez com que o volume de notificações ao CADE aumentasse vultuosamente.

Da alta quantidade de notificações recebidas, bem como após receber muitos questionamentos solicitando melhor explanação quanto a esta nova espécie contratual, o CADE se viu na necessidade de elaborar uma nova Resolução, qual seja, a Resolução nº 17. que revogou a de 2014, sendo publicada em 18 de outubro de 2016.

## (ii) **Resolução nº 17/2016**

Conforme exposto, a Resolução nº 17<sup>18</sup> foi formalizada com a intenção de simplificar a resolução anterior, de modo que excluiu as exigências quanto aos valores taxativos de participação

---

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.

<sup>17</sup>ANDERS, Eduardo Caminati; SILVA, Leda Batista; MISSALI, Guilherme Teno Castilho Artigo respectivamente, presidente e membros associados do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Contratos Associativos e Novas Regras do CADE. **Valor Econômico**. São Paulo, 25 nov. 2017. Disponível em: <<http://fcbnet.com.br/contratos-associativos-e-novas-regras-do-cade/>>. Acesso em: 26.11.2017.

<sup>18</sup>CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 17/2016. Brasília, DF. 2017. Disponível em:

[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?ssjK4QTNM7ViqHpNE\\_48iLwuy\\_Zi8GbS8y0qA8QG4hgSOtYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6YqZEwffSBQA](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ssjK4QTNM7ViqHpNE_48iLwuy_Zi8GbS8y0qA8QG4hgSOtYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6YqZEwffSBQA). Acesso em: 02.10.2017. O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, no uso das atribuições conferidas pelo artigo 9º, XV, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, RESOLVE:

Art. 1º Esta Resolução disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, respeitados os critérios estabelecidos no artigo 88.

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

mínima de mercado, retirando, desta maneira, o filtro relacionado aos contratos verticais, alterando, assim, o foco da análise para mais conceitual levando em consideração o nível de cooperação entre as partes entre empresas concorrentes no mesmo mercado relevante. Além disso, manteve também o requisito quanto ao prazo do Contrato de 02 (dois) anos.

Assim, compilando os critérios estabelecidos pela Nova Lei 12.529/2011 aos determinados nesta Resolução, atualmente vigente, deverão ser objetos de notificação prévia à sua consumação, os contratos associativos, consórcios e *joint ventures*, que configuram ato de concentração, conforme a seguir relacionados:

(i) Dos critérios gerais previstos na legislação da Nova Lei de Defesa da Concorrência 12.529/2011, alterados pela Portaria Interministerial nº994 de 30 de Maio de 2012, a qual, impõe, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, os valores constantes do art.88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passaram a ser de<sup>19</sup>:

Pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e

Pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

(ii) Quanto aos critérios específicos dispostos pela Resolução nº 17/2016: (a) Prazo de duração igual ou superior a 2 (dois) anos; (b) Se dar entre concorrentes; (c) Envolver

---

I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

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

Art. 3º Os contratos com duração inferior a 2 (dois) anos ou por prazo indeterminado devem ser notificados, nos termos desta Resolução, caso o período de 2 (dois) anos, a contar da sua assinatura, venha a ser atingido ou ultrapassado.

Parágrafo único. Os contratos previstos no caput devem ser notificados previamente à sua renovação, e a continuidade da sua vigência por prazo igual ou superior a 2 (dois) anos dependerá da aprovação prévia do Cade.

Art. 4º Para fins desta Resolução, considera-se partes contratantes as diretamente envolvidas no negócio jurídico notificado e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012.

Art. 5º Os contratos celebrados antes da entrada em vigor desta Resolução, cujo prazo de duração atinja ou ultrapasse 2 (dois) anos, nos termos do §3º do artigo 2º da Resolução nº 10, de 29 de outubro de 2014, devem ser submetidos à análise do Cade se forem considerados contratos associativos pelos termos da presente Resolução.

Art. 6º Esta Resolução entra em vigor após decorridos 30 (trinta) dias de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário, especialmente a Resolução nº 10, de 29 de outubro de 2014.

<sup>19</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Portaria nº 994/2012. Brasília, DF. 2017. <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>. Acesso em: 02.10.2017.

empreendimento comum para exploração de atividade econômica e (d) Compartilhar riscos e resultados.

Assim, em 18 de Janeiro de 2017, entendeu o Tribunal do CADE no Ato de Concentração nº 08700.008081/2016-86<sup>20</sup>, que o contrato para compartilhamento de navios e operação conjunta de uma linha regular de embarcações porta-contêineres entre a Costa Leste da América do Sul e África do Sul entre a Hamburg Südamerikanische Dampschiffahrts-Gesellschaft KG (“HSDG”) e a CMA CGM S.A. (“CMA CGM”) mais a sociedade empresária Nile Dutch África Line BV (“NDAL”) se tratava de um Contrato Associativo, uma vez que as partes se tratavam de empresas concorrentes: transportadores de cargas por vias marítimas de longa distância; o contrato era superior a dois anos, e sobretudo, a sistemática presente no contrato envolvia compartilhamento de riscos e resultados já pré-estabelecidos no qual as partes compartilhariam decisão sobre a oferta do produto por meio de empreendimento comum para exploração da atividade econômica.

Ou seja, o CADE especificou que a forma com a qual as empresas se associariam no presente caso as transformariam em uma unidade econômica abusiva, configurando, assim, um ato de concentração intitulado um Contrato Associativo. Mais do que isso, por se tratar de uma associação que prejudicaria a ordem econômica, o órgão antitruste entendeu por bem impedir o seu prosseguimento.

De outro modo, em fevereiro de 2017, ao analisar o Ato de Concentração 08700.008484/2016-25<sup>21</sup>, o CADE entendeu como não Associativo o Contrato de distribuição, licença e fornecimento celebrado entre Aurobindo e Medley, por meio do qual a Aurobindo pretendia distribuir, licenciar e fornecer à Medley medicamentos genéricos, não havendo entre elas compartilhamento de riscos e resultados. Segue a ementa e termos do julgamento a seguir:

Ementa: Ato de Concentração. Lei nº 12.529/2011. Procedimento Sumário. Requerentes: Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Mercados afetados: cefalosporinas orais, antidepressivos e antiepiléticos. Natureza da Operação: contrato associativo. Art. 2º, da Resolução CADE nº 17/2016. Ausência de empreendimento comum. Não conhecimento.

---

<sup>20</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração 08700.008081/2016-86. Brasília, DF. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?tzuOpynCIZls\\_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi\\_C139hTnvqLLMDfjLMgdMdqOURpBACejwaLG4-IDryTN0EKmiQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuOpynCIZls_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTnvqLLMDfjLMgdMdqOURpBACejwaLG4-IDryTN0EKmiQ)>. Acesso em 20.10.2017.

<sup>21</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.008484/2016 – 25. Brasília, DF. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?gqFkcpClitPRzJra6WhMIUwocUIQwoqKhWdoa9r3GRw0AXiMhhSHM2jsuOPsyqTUcT7TMgf\\_6-X-Pq\\_5UMFtVQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?gqFkcpClitPRzJra6WhMIUwocUIQwoqKhWdoa9r3GRw0AXiMhhSHM2jsuOPsyqTUcT7TMgf_6-X-Pq_5UMFtVQ). Acesso em: 20.10.2017

[...]. Nesse sentido, há que se notar que o Contrato da operação não apresenta qualquer disposição no sentido de gerar um empreendimento comum, assim como não estabelece o compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica, muito embora as partes envolvidas na operação possam ser consideradas concorrentes nos mercados afetados pelo contrato. O "Distribution, License and Supply Agreement" estipula apenas obrigações comuns a um contrato de revenda de produtos, no caso medicamentos genéricos. **As atividades das partes permanecem independentes, resultando, em termos práticos, no acréscimo para Aurobindo de mais um distribuidor de seus produtos, sem importar em exclusividade.**

[...]. Tal obrigação 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.

Neste caso, portanto, o CADE avalia o Contrato como uma operação nova de distribuição e fornecimento que não atrela as partes à sua transformação em uma unidade econômica de controle abusivo no mercado relevante.

Outro exemplo que segue o mesmo pressuposto do caso acima, se trata do julgamento do Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39<sup>22</sup> por meio do qual, a TAM Linhas Aéreas S.A.; e a Qatar Airways Q.C.S.C estabeleceram um acordo de *codeshare* para designar voos a serem operados em código compartilhado entre elas de forma unilateral, com a consequente disponibilização de assentos pela Latam para serem vendidos pela Qatar:

EMENTA: Ato de Concentração. Procedimento Ordinário. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A. e Qatar Airways Q.C.S.C. Natureza da Operação: contrato associativo (contrato de *codeshare* típico). Setor de transporte aéreo regular de passageiros. Art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade. Não conhecimento.

[...]. Tendo em vista que a Operação não possui qualquer obrigação que possa caracterizar compartilhamento de riscos e resultados de atividade econômica entre as Requerentes, com a formação de um empreendimento comum, conclui-se pelo não conhecimento da presente Operação, visto que a mesma não cumpre todos os requisitos dispostos no art. 2º da Resolução nº 17/2016/Cade.

O contrato foi julgado com fulcro na Resolução nº 17/10 como não associativo em razão do não compartilhamento de riscos e resultados entre as contratantes, já que o contrato não previa a possibilidade da Latam e Qatar estipular seus preços de maneira conjunta, permitindo, assim que cada parte recebesse o seu resultado. No mais, a forma de remuneração da Qatar seria a de Comissão.

Assim, ainda que não existam, até o momento, uma grande quantidade de decisões com fulcro na Resolução nº 17/2016, é possível perceber pelos entendimentos supramencionados, que

---

<sup>22</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39. Brasília, DF. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?BWBYYevX55npVkHsfpC2GddqU9RQUh-UUAzvShhmiOikw3nHvvoILePu01trk8tjIZBphJW0AEyI-PzPZ7vtEKQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?BWBYYevX55npVkHsfpC2GddqU9RQUh-UUAzvShhmiOikw3nHvvoILePu01trk8tjIZBphJW0AEyI-PzPZ7vtEKQ). Acesso em 20.10.2017.

o CADE, para julgar Atos de Concentração que especifiquem Contratos Associativos com potencial anticompetitivo, voltou seu foco à análise quanto ao compartilhamento de riscos nas operações que revelem interdependência entre as partes que, ao estabelecer funções em comum às partes contratantes, alteram os resultados de suas atividades econômicas, configurando um ato de concentração econômica abusivo que não pode ser aprovado.

Da mesma sorte, aqueles contratos que estabelecem uma parceria diante da qual seus signatários não se organizem para conjuntamente explorar uma determinada atividade econômica, e que assim, não estabeleça o compartilhamento de riscos e resultados, não são conhecidos como Associativos e sua consumação não é impedida pelo órgão antitruste.

Em exemplo diverso, agora correspondente a uma possível fusão da Estácio Participações S.A. pela líder de mercado do setor educacional privado, a Kroton Educacional S.A, que foi rejeitada por um raro veto do tribunal do CADE, do Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56<sup>23</sup> que totalizou 5 (cinco) votos a 1 (um).

O Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, bem como o da Conselheira Cristiane Alkimin, trouxeram à baila os riscos que a fusão traria, dentre eles, a concentração de diversos mercados, evidenciando, até mesmo a formação de possível monopólio, uma vez conquistada a sobreposição da taxa de ensino presencial em 138 mercados, sendo em 57 deles com uma concentração maior de 50% (cinquenta por cento).

A criação deste suposto novo player de ensino no mercado, também resultaria na concentração de 04 (quatro) vezes mais alunos, o que teria como consequência em abuso de poder de mercado e danos ao ambiente competitivo. Neste sentido, segue a lição de Hovenkamp referenciada no parágrafo 505 do Voto da Conselheira Ana Frazão no Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12 (Kroton-Anhanguera):

Poucas coisas tornam a entrada em um mercado mais difícil do que a habilidade superior de um incumbente para produzir um bom produto e vendê-lo a um preço inferior. (...). Se economias de escala são substanciais, uma firma dominante pode ser capaz de estabelecer um preço acima de seus custos sem provocar uma nova entrada, pois o mercado residual não será grande o suficiente para que uma norma firma consiga reduzir seus custos a um nível de preço semelhante.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56. Brasília, DF. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?o26mDNMJAh74OHi3Z5fJ0av8caPFnHjL4NT5rNI-hYVdCmjTfIMyTbUCwzboySL-NKulPy6CpTalY9nQSuxZQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?o26mDNMJAh74OHi3Z5fJ0av8caPFnHjL4NT5rNI-hYVdCmjTfIMyTbUCwzboySL-NKulPy6CpTalY9nQSuxZQ)>. Acesso em: 18.11.2017.

<sup>24</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12. Brasília, DF. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?g3XpuoWYp-](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-)



Diante dos motivos explanados nos votos dos Conselheiros, nota-se preocupação no que diz respeito às problemáticas concorrenciais, para as quais, na maioria das opiniões do Conselho, as empresas envolvidas na operação não trouxeram possíveis soluções, e por esta razão, a fusão não foi aprovada.

Sobretudo, é possível verificar uma tendência do CADE para julgar a favor de acordos que representem cooperação mútua entre as partes, dos quais, ainda que objetivem o lucro, não transformem as partes contratantes em um empreendimento comum com o compartilhamento de riscos e resultados, tampouco as transformam em uma unidade capaz de configurar um ato de concentração econômica abusivo potencialmente lesivo à concorrência competitiva e saudável.

De forma que permite, ainda, um paralelo ao estudo outrora referenciado neste artigo, quando em 2004, na Revista IBRAC, Amadeu Carvalhes elucidou a comparação entre um ato de concentração econômica e cooperação, sendo que a diferença entre um e outro está automaticamente atrelada à configuração de uma estrutura que impacte abusivamente no mercado relevante.

Por fim, torna possível observar que o CADE, ao constatar que um acordo se trata de um Contrato Associativo, necessariamente o conecta a um ato de concentração econômica abusiva, trazendo, assim, a conclusão de que não haverá um contrato associativo que não esteja atrelado a possíveis riscos ao mercado e, portanto, passível de aprovação ao CADE, de modo que, aquele contrato avaliado como Associativo impactará negativamente a ordem econômica e terá a sua continuidade impedida pelo órgão antitruste.

Por isso é necessária a submissão prévia à análise do CADE quando se tratar de acordos entre partes concorrentes em um mesmo mercado relevante que possivelmente alterem sua estrutura e prejudique a ordem econômica. Sendo tais pontos sensíveis de avaliação em um primeiro momento das empresas signatárias que precisam ter a cautela de analisar os eventuais impactos do acordo e submeterem ao CADE a fim de evitar posteriores penalidades, e principalmente, a formação de uma estrutura que impeça a livre concorrência.

---

7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vuuOcu7GbqQ2PMHWY4qvJMEHZArZSW5pdB-soGPccZIA>. Acesso em: 02.10.2017.

## V. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou delimitar, porém, sem exaurir o conceito de Contrato Associativo traduzido como um Ato de Concentração econômica pela nova lei de defesa da concorrência nº 12.529/2011, principalmente ao analisar os critérios legais que levam à tal caracterização, com fundamento nas recentes decisões do CADE e estudos realizados por doutrinadores e juristas antes e durante a vigência da nova lei.

Como visto, os Contratos Associativos representam um desafio aos operadores do direito e à sociedade como um todo, principalmente no tocante ao mundo corporativo, porque as empresas têm o dever de atuar de acordo com os princípios da ordem econômica, o que, pressupõe a conscientização dos impactos que sua associação com outras empresas pode trazer e impedir a livre concorrência.

Desta forma, serviu o presente artigo como análise das transformações trazidas pela nova lei de defesa da concorrência, os critérios por ela impostos, assim como aqueles determinados nas resoluções elaboradas pelo órgão antitruste, além das recentes decisões do CADE acerca das associações pretendidas pelas empresas, e suas hipóteses de aprovação ou não, principalmente no que diz respeito àquelas traduzidas como um Contrato Associativo por representarem Atos de Concentração prejudiciais à livre concorrência.

Neste contexto, foi possível concluir evoluções interpretativas na visão do CADE, de acordo com as alterações legislativas, mas, principalmente com fulcro na Resolução nº 17/2016 por meio da qual foram estabelecidos entendimentos que tornaram a jurisprudência do CADE mais clara quanto aos Contratos Associativos.

Assim, hoje se pode dizer que um Contrato Associativo é assim avaliado quando pressupõe uma associação entre empresas com a intenção de compartilhar riscos e resultados gerando uma relação de interdependência entre elas, e por isso representam uma ameaça à prática saudável da concorrência, sendo, desta maneira, caracterizados como um Ato de Concentração que deve ser impedido pelo CADE.

Sobretudo, na visão do CADE, a formação de um Contrato Associativo não corresponde a um acordo de cooperação entre as partes, uma vez que, se assim fosse, não haveria compartilhamento de riscos e resultados entre as partes a ele atreladas a ponto de impactar negativamente o mercado, o que não apresentaria da mesma forma um risco à ordem econômica.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO, Vinicius Marques de. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p.Introdução; p.407-408.

FORGIONI, Paula A; GRAU, Roberto Eros. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014. p.139

MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. p.62;67.

MASSO, Fabiano Del. **Direito econômico: esquematizado**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Método, 2013. p.15

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - As Estruturas**. São Paulo: Malheiros, 2002, 2ª edição, p. 279.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.21

**REVISTA DO IBRAC**. RIBEIRO Carvalhes Amadeu, **Critérios para a apresentação de transações internacionais ao CADE**. São Paulo, vol 11 – nº2. 2004. p.163

SALES, Robson. Desemprego no Brasil atinge a maior taxa desde 2012. **Valor Econômico**. São Paulo. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4853298/desemprego-no-brasil-atinge-maior-taxa-desde-2012>>. Acesso em 02.11.2017

ANDERS, Eduardo Caminati; SILVA, Leda Batista; MISSALI, Guilherme Teno Castilho Artigo respectivamente, presidente e membros associados do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC). Contratos Associativos e Novas Regras do CADE. **Valor Econômico**. São Paulo, 25 nov. 2017. Disponível em: <http://fcbnet.com.br/contratos-associativos-e-novas-regras-do-cade/>>. Acesso em: 26.11.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 10/2014**. Brasília, DF. 2017. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-10-04-de-novembro-de-2014.pdf>. Acesso em: 02.10.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 17/2016**. Brasília, DF. 2017. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?ssjK4QTNM7ViqHpNE\\_48iLwuyZi8GbS8y0qA8QG4hgSotYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6YqZEwffSBQA](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?ssjK4QTNM7ViqHpNE_48iLwuyZi8GbS8y0qA8QG4hgSotYmh59AA8GGKDFAgD1vCoXBwp2SQL6YqZEwffSBQA). Acesso em: 02.10.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Portaria nº 994/2012**. Brasília, DF. 2017. <<http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/portaria-994.pdf/view>>. Acesso em: 02.10.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.006706/2012-08. Brasília, DF. 2017. – Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?g3XpuoWYp7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvmCOs-I\\_A9ahfVXQxeMaYUJhd-cdg6dbxV-BD3XK1gVg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vvmCOs-I_A9ahfVXQxeMaYUJhd-cdg6dbxV-BD3XK1gVg)>. Acesso em 19.09.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08012.011058/2005-74. Brasília, DF. 2017. disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?tzuQpynCIZIs\\_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi\\_C139hTTRzdBe\\_1rNARUXnQky0VtCpZEt9KcsrSO1-Z9gXzcNg](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZIs_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTTRzdBe_1rNARUXnQky0VtCpZEt9KcsrSO1-Z9gXzcNg) Acesso em: 21.10.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração 08700.008081/2016-86. Brasília, DF. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?tzuQpynCIZIs\\_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi\\_C139hTnvqLLMDfjLMgdMdq0URpBACEjwaLG4-IDryTN0EKmiQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?tzuQpynCIZIs_rHQcc3fMu8I2htJ1ahuckyi_C139hTnvqLLMDfjLMgdMdq0URpBACEjwaLG4-IDryTN0EKmiQ)>. Acesso em 20.10.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.008484/2016 – 25. Brasília, DF. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?gqFkcpClfPRzJra6WhMIUwocUIQwoqKhWdoa9r3GRw0AXiMhhSHM2jsuOPsyoqTUcT7TMgf\\_6-X-Pq\\_5UMFtVQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?gqFkcpClfPRzJra6WhMIUwocUIQwoqKhWdoa9r3GRw0AXiMhhSHM2jsuOPsyoqTUcT7TMgf_6-X-Pq_5UMFtVQ). Acesso em: 20.10.2017

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.002529/2017-39. Brasília, DF. Disponível em: [http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?BWBYevX55npVkhSfpC2GddqU9ROUh-UUAzvShhmiOikw3nHvyoILePu01trk8tjIZBphJW0AEyI-PzPZ7vtEKQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?BWBYevX55npVkhSfpC2GddqU9ROUh-UUAzvShhmiOikw3nHvyoILePu01trk8tjIZBphJW0AEyI-PzPZ7vtEKQ). Acesso em 20.10.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56. Brasília, DF. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento\\_consulta\\_externa.php?o26mDNMJAh74OHi3Z5fJ0av8caPFnHjL4NT5rNI-hYVdCmjTf1MyTbUCwzboySI-NKulPy6CpTalY9nQSuxZQ](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?o26mDNMJAh74OHi3Z5fJ0av8caPFnHjL4NT5rNI-hYVdCmjTf1MyTbUCwzboySI-NKulPy6CpTalY9nQSuxZQ)>. Acesso em: 18.11.2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA Ato de Concentração nº 08700.005447/2013-12. Brasília, DF. Disponível em: <[http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo\\_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vuuOcu7GbqQ2PMHWY4qvvJMEHZArZSW5pdB-soGPccZIA](http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/processo_exibir.php?g3XpuoWYp-7HVPth0qfy4BTnTQGB-1fZe5x7Wj6r2vuuOcu7GbqQ2PMHWY4qvvJMEHZArZSW5pdB-soGPccZIA)>. Acesso em: 02.10.2017.

BRASIL. Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 11 de junho de 1994. (Revogada). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)> Acesso em: 04. 09. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Palácio do Planalto Presidência da República**, Brasília, DF, 30 nov 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 04.09. 2017.