

PROCESSO DE NOTIFICAÇÃO DE CONTRATOS ASSOCIATIVOS AO CADE  
AINDA GERA INCERTEZA

04 NOVEMBRO 2019

## AUTORES

MARIA EUGÊNIA NOVIS  
SÓCIA / SÃO PAULOTHALITA NOVO  
SÓCIA / SÃO PAULO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) analisou cerca de 40 atos de concentração envolvendo contratos associativos desde que a Resolução nº 17/2016 entrou em vigor, em 25 de novembro de 2016. Esses casos se referem a acordos entre empresas das mais diversas indústrias (como alimentos e bebidas, cimento, farmacêutica, transporte marítimo e telecomunicações) e com diferentes objetos (distribuição, fornecimento, exploração de infraestrutura, parceria comercial, codesenvolvimento e comercialização conjunta, entre outros). Apesar desses precedentes, na prática o tema ainda suscita muitas dúvidas.

Nos termos da resolução, devem ser considerados associativos contratos com duração igual ou superior a dois anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua seu objeto e, cumulativamente, as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. Tais contratos devem ser notificados e aprovados previamente pelo Cade quando pelo menos um dos grupos econômicos das partes envolvidas tenha registrado faturamento bruto no Brasil igual ou superior a R\$ 750 milhões, no ano anterior à operação, e outro grupo econômico envolvido tenha tido faturamento de, no mínimo, R\$ 75 milhões.

O Cade tratou dos requisitos de empreendimento comum e compartilhamento dos riscos e resultados – que envolvem alto grau de subjetividade – em diversos atos de concentração apreciados até o momento.

Quanto ao primeiro requisito, o órgão entendeu que a configuração de empreendimento comum depende do grau e da forma como a cooperação é exercida entre empresas. Sob esse enfoque, o Cade considerou haver empreendimento comum, por exemplo, em contratos que estabeleçam coordenação das partes para comercialização de um produto em específico; influência de uma parte sobre as decisões comerciais de outra; coordenação sobre aspectos relevantes relacionados à oferta de produtos/serviços como qualidade, preços e outras condições comerciais envolvidas no negócio; interdependência na prestação de serviços; e alguns tipos de estruturas de governança para discutir assuntos relevantes e regulamentar as tomadas conjuntas de decisão. Além disso, o Cade ressaltou em alguns precedentes que o conceito de empreendimento comum está diretamente ligado à ideia de exploração de atividade econômica, uma vez que o contrato de empreendimento comum deve versar especificamente sobre aquisição ou oferta de bens ou serviços no mercado.

Com relação ao compartilhamento de riscos e resultados, a jurisprudência indica que esse requisito vai além da mera repartição de lucros ou de custos. O Cade já sinalizou que o mero compartilhamento de custos não é suficiente para configurá-lo. Compartilhamento de riscos e resultados não se confunde com a mera verificação de receitas, faturamentos e prejuízos do ponto de vista contábil. Tal situação restará caracterizada quando for possível identificar a participação de uma parte no resultado obtido pela outra, como no pagamento por desempenho ou com base na receita decorrente das vendas da parte que receberá os produtos fornecidos. O compartilhamento pode estar implícito no objeto do contrato, por exemplo, quando duas empresas se coordenam para expandir seus serviços, compartilhar capacidade ou minimizar custos, e acabam por diluir os riscos associados ao negócio.

O Cade entendeu ainda, em alguns casos, que o requisito aparentemente mais objetivo previsto na resolução – a relação de concorrência entre as partes no mercado relevante objeto do contrato – seria satisfeito mesmo na hipótese de concorrência potencial entre as partes. Tal posição foi adotada em pelo menos dois precedentes envolvendo o mercado de medicamentos em que os produtos objeto dos contratos ainda não eram comercializados no país ou ainda estavam em fase de desenvolvimento (pipeline), mas foram, conservadoramente, considerados concorrentes potenciais dos produtos já comercializados pela outra parte no Brasil.

O posicionamento do Cade nesse conjunto de casos estabelece algumas diretrizes que ajudam, em alguma medida, a avaliar a necessidade de notificar contratos associativos em situações concretas. No entanto, essa tarefa está longe de ser trivial, já que o entendimento do órgão está estreitamente ligado ao teor de determinadas cláusulas contratuais, que geralmente são tratadas como confidenciais. Isso impossibilita a compreensão integral das bases usadas pela autoridade antitruste para fundamentar suas decisões. Além disso, as relações contratuais entre agentes econômicos têm conteúdo cada vez mais diversificado e inovador, fato que torna ainda mais complexa a avaliação de necessidade de submetê-las ao crivo do Cade.

