

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**RAFAELA SANCHES**

**CONTRATOS ASSOCIATIVOS: Análise Jurisprudencial da Atuação do CADE quanto à  
Caracterização de Compartilhamento de Riscos e Resultados e de Empreendimento Comum**

São Paulo

2023

RAFAELA SANCHES

CONTRATOS ASSOCIATIVOS: Análise Jurisprudencial da Atuação do CADE quanto à  
Caracterização de Compartilhamento de Riscos e Resultados e de Empreendimento Comum

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como  
requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de  
Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. VICENTE BAGNOLI

RAFAELA SANCHES

São Paulo 2023

**CONTRATOS ASSOCIATIVOS: Análise Jurisprudencial da Atuação do CADE quanto à  
Caracterização de Compartilhamento de Riscos e Resultados e de Empreendimento Comum**

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado  
como requisito para obtenção do título de Bacharel no  
Curso de Direito da Universidade Presbiteriana  
Mackenzie.

Aprovada em: \_\_\_\_\_

**CONTRATOS ASSOCIATIVOS: Análise Jurisprudencial da Atuação do  
CADE quanto à Caracterização de Compartilhamento de Riscos e Resultados  
e de Empreendimento Comum**

**BANCA EXAMINADORA**

\_\_\_\_\_  
Examinador(a): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Examinador(a): \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Examinador(a): \_\_\_\_\_

## RESUMO

Preenchidos os requisitos para a caracterização de contrato associativo, configura-se hipótese de notificação obrigatória do ato de concentração econômica ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. A problemática central do presente trabalho é verificar, no âmbito da análise de contratos associativos no CADE, possíveis distinções entre os conceitos de empreendimento comum e de compartilhamento de riscos e resultados que, por vezes, confundem-se entre si ou tampouco são delimitados pela autoridade antitruste do Brasil. Para tanto, o presente artigo busca analisar, de maneira empírica, os precedentes que compõem a jurisprudência sobre contratos associativos do CADE, visando, portanto, delimitar possíveis padrões no entendimento do que diz respeito aos dois critérios mencionados anteriormente. O resultado da pesquisa aponta para um entendimento mais voltado à análise concreta das disposições nas cláusulas contratuais para a identificação de certo nível de cooperação que implique, necessariamente, na predominância do perfil organizativo em relação ao perfil relacional dentro da operação.

**Palavras-chave:** Direito Concorrencial; Contratos Associativos; Atos de Concentração; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; Resolução CADE nº 17 de 2016.

## ABSTRACT

Once the requirements for the characterization of an associative contracts are met, it is a case of mandatory filing to the Administrative Council for Economic Defense (CADE). The central issue of this work is to verify, within the scope of the analysis of association contracts at CADE, possible distinctions between the concepts of common enterprise and risk and result sharing, which are sometimes confused with each other or are not always defined by the Brazilian antitrust authority. To this end, this article seeks to analyze, in an empirical manner, CADE's associate contracts case law, aiming, therefore, to delimit possible patterns in the understanding of what concerns the two aforementioned criteria. The result of the research points to an understanding more focused on the concrete analysis of the provisions in the contractual clauses for the identification of a certain level of cooperation that necessarily implies the predominance of the organizational profile in relation to the relational profile within the transaction.

**Keywords:** Antitrust Law; Associative Agreements; Merger Review, Administrative Council for Economic Defense; CADE Resolution No. 17/2016.

**Sumário:** Introdução. 1. Dispositivos Legais. 1.1. Lei 12.529/2011 - Lei de Defesa da Concorrência. 1.2. Resolução CADE nº 10/2014. 1.3. Resolução CADE nº 17/2016. 2. Contratos Associativos. 2.1. Duração Contratual Igual ou Superior a 2 Anos. 2.2. Compartilhamento de Riscos e Resultados. 2.3. Empreendimento Comum. 2.4. Concorrência no Mesmo Mercado Relevante. 3. Análise Jurisprudencial. 3.1. Empreendimento Comum. 3.2. Compartilhamento de Riscos e Resultados. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Os Contratos Associativos compõem uma modalidade contratual que, nos termos do art. 90 da Lei nº 12.529/2011 - Lei de Defesa da Concorrência, configuram hipótese de ato de concentração de notificação obrigatória ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

A Resolução CADE nº 17/2016 estabeleceu quatro requisitos a serem cumpridos para a caracterização de Contratos Associativos, conforme o art. 90 da Lei 12.529/2011: (i) as partes sejam concorrentes dentro do mesmo mercado relevante; (ii) os contratos tenham duração igual ou superior a dois anos; (iii) o estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e (iv) o compartilhamento de riscos e resultados.

Este trabalho de conclusão de curso visa estruturar um artigo científico apresentando os resultados de pesquisa de jurisprudência sobre o tema no CADE. O foco da pesquisa é verificar a possibilidade de distinção entre o requisito do compartilhamento de riscos e resultados e o requisito do estabelecimento de empreendimento comum.

A metodologia adotada neste trabalho consistiu na pesquisa empírica por meio do levantamento e análise dos precedentes envolvendo Contratos Associativos no CADE, sob a luz da Resolução nº 17/2016, a fim de delimitar possíveis tipicidades e atipicidades na análise dos requisitos estabelecidos pela lei.

O objetivo da pesquisa é apresentar resultados que permitam aos operadores do direito da concorrência no Brasil ter maior visibilidade e segurança jurídica quanto à análise dos Contratos Associativos pelo CADE. Nesse sentido, é importante destacar a substancial escassez de respaldo teórico e bibliográfico sobre o tema na academia – tal fato ocorre tanto em função da recente implementação da "nova" Resolução aplicável, quanto da pouca visibilidade impressa nos precedentes analisados pela autarquia.

Por fim, é relevante destacar o especial interesse deste trabalho em esclarecer o compartilhamento de riscos e resultados e o estabelecimento de empreendimento comum, uma vez que a aplicação diária desta modalidade contratual no CADE revela certa obscuridade e, até mesmo, confusão quanto à caracterização destes dois requisitos estabelecidos por lei durante a análise de Atos de Concentração.

## 1 DISPOSITIVOS LEGAIS

A Lei nº 12.529/2011, "Lei de Defesa da Concorrência", estabeleceu três modalidades de acordos de cooperação passíveis de notificação obrigatória ao CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, quais sejam: *joint ventures*, consórcios e contratos associativos. Entretanto, o conceito de "contrato associativo" - tema pouco explorado pela doutrina - permaneceu em aberto, gerando, assim, diversos questionamentos e inseguranças quanto ao enquadramento de operações empresariais à hipótese de notificação obrigatória.

O art. 88, em seus incisos I e II, da Lei de Defesa da Concorrência, indica os critérios para que um ato de concentração seja de submissão obrigatória. Para tanto, é necessário que (i) ao 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 quatrocentos milhões de reais; e (ii) 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 trinta milhões de reais.

Complementarmente, o art. 90, inciso IV, da mesma lei, dispõe sobre a configuração de ato de concentração. A partir da leitura do dispositivo, extrai-se que se configura ato de concentração quando, *in verbis*:

- 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.

Assim, uma vez preenchidos os requisitos para configuração de ato de concentração e, cumulativamente, os requisitos para notificação obrigatória, a operação deve ser submetida a análise prévia do CADE.

Com relação aos contratos associativos, visando mitigar possíveis inseguranças quanto ao conceito de contratos associativos e, conseqüentemente, sanar a lacuna deixada pela Lei nº 12.529/2011, o CADE, em 2014, editou a Resolução nº 10, estabelecendo que são considerados associativos quaisquer contratos com duração superior a dois anos em que houver cooperação

horizontal ou vertical, ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.

Entretanto, tal dispositivo não foi suficiente para encerrar as discussões sobre o tema: persistia intenso debate acerca da dificuldade de delimitar um conceito materialmente concreto e de fácil mensuração para contrato associativo, possibilitando, assim, a previsibilidade dos tipos contratuais abarcados por essa hipótese de notificação obrigatória ao órgão antitruste<sup>1</sup>.

Nesse âmbito, constatou-se um intenso número de operações de naturezas distintas sendo objeto de análise do CADE na forma de contratos associativos, sob pena de multa por consumação prévia de atos de concentração – *gun jumping*. Nesse contexto, diversos *players* acabavam por notificar operações *ad cautelam*, sem compreender ao certo se aquela operação de fato se enquadraria como um contrato associativo, nos termos da Lei nº 11.529/2011 e da Resolução CADE nº 10 de 2014.

Em uma nova tentativa de sanar os questionamentos provenientes dessa temática, o CADE, por meio de consulta pública realizada entre 11 de maio e 06 de julho de 2016, aprovou um novo dispositivo sobre contratos associativos, revogando a então Resolução CADE nº 10/2014. A Resolução CADE nº 17 de 2016 elencou quatro requisitos objetivos para análise de atos de concentração envolvendo contratos associativos: (i) concorrência entre as partes dentro do mesmo mercado relevante; (ii) duração contratual igual ou superior a dois anos; (iii) estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e (iv) compartilhamento de riscos e resultados.

Contudo, apesar de a nova Resolução do CADE listar taxativamente um rol de requisitos para notificação obrigatória de contratos associativos, a aplicação deste rol demonstrou ser pouco eficaz ao analisar-se a jurisprudência da autarquia nesse sentido, sendo possível verificar distintas interpretações dos conceitos estabelecidos pela Resolução nº 17/2016, reinserindo o tema na zona cinzenta da interpretação do conceito.

Nesse sentido, as operações empresariais submetidas ao CADE sob a forma de contratos associativos desde logo ensejam intenso debate quanto aos requisitos objetivos e subjetivos necessários para a caracterização desta modalidade contratual, em especial no que diz respeito ao compartilhamento de riscos e resultados e o estabelecimento de empreendimento comum.

---

<sup>1</sup>Para fins do presente artigo, considera-se “direito concorrencial”, “direito antitruste” e “direito da concorrência”, sinônimos.

Dessa forma, os capítulos subsequentes deste artigo examinarão em maior detalhe cada um dos dispositivos aqui mencionados, objetivando extrair o conceito essencial de contratos associativos sob a ótica de cada um dos dispositivos legais citados anteriormente.

### 1.1 LEI 12.529/2011 - LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Lei nº 12.529/2011 trouxe diversas mudanças para o cenário antitruste do Brasil, estruturando, assim, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Uma das principais mudanças decorrentes de sua publicação foi a introdução de um sistema de análise prévia de atos de concentração – diferentemente do sistema consolidado pelo dispositivo anterior (Lei nº 8.884/94), que focava preponderantemente na análise posterior dos atos de concentração submetidos ao CADE.

Segundo Leonor Cordovil (2011, p. 208), o sistema de análise prévia de atos de concentração compõe uma estrutura mais benéfica ao interesse público quando da análise das operações pelas autoridades antitruste – a análise a priori dos atos de concentração implica em maior eficácia do controle de estruturas, celeridade na análise dos casos e diminuição de eventuais custos de dissolução de operações já consumadas (KREIN, 2021).

Na mesma seara, ao passo que a Lei nº 12.529/2011 reestruturou o sistema de análise de atos de concentração pelo CADE, delimitando a aprovação da operação como condição suspensiva para sua consumação, também inovou ao trazer, em seu art. 90, IV, a condição expressa de notificação obrigatória de contratos associativos, quando cumpridos os critérios objetivos do art. 88, I e II, da Lei de Concorrência.

Entretanto, conforme mencionado anteriormente, a hipótese de notificação obrigatória para contratos associativos trazida no dispositivo não foi suficiente para sanar todos os questionamentos que a prática concorrencial suscitava (ZUCCOLO; CELIDÔNIO, 2017). Dentre esses questionamentos, o maior deles, sem dúvidas, dizia respeito ao conceito de contratos associativos – qual seria a real definição de contratos associativos para fins de notificação à autoridade concorrencial do Brasil?

Os precedentes da autarquia antitruste evidenciaram um elevado número de operações empresariais de naturezas distintas – e.g. contratos de *code sharing*, prestação de serviços, licenciamento, distribuição e outros (ROSENBERG; BERARDO; BECKER, 2015, p. 170) – sendo objeto de análise sob o título de contrato associativo – operações submetidas, grande parte das vezes, *ad cautelam*. Dentre esses precedentes criados sob a vigência da referida Lei,



notou-se também um número substancial de operações de não conhecimento envolvendo esses mesmos contratos ditos associativos.

A zona cinzenta na qual a temática estava inserida gerava novas ramificações e desdobramentos a cada dia. Diante disso, o CADE buscou estruturar, em 2014, uma Resolução para solucionar os questionamentos dos operadores do direito antitruste no Brasil quanto à nebulosidade intrínseca nas operações envolvendo – ou não – contratos associativos.

## 1.2 RESOLUÇÃO CADE Nº 10/2014

Em 29 de outubro de 2014, o CADE emitiu um novo dispositivo para tratar da temática de contratos associativos: a Resolução nº 10 de 2014 - contudo, o dispositivo entrou em vigor apenas em janeiro de 2015. A nova Resolução visou mitigar os questionamentos suscitados quanto aos requisitos objetivos para caracterização de contratos associativos, trazendo, em seu texto legal, novos vieses de análise.

O conceito de contrato associativo, anteriormente deixado em aberto pela Lei nº 12.529 de 2011, ganhou mais robustez por meio desta Resolução: nela, está disposto que são considerados associativos os contratos com duração superior a dois anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.

Por outro lado, no intuito de trazer luz à obscuridade deixada pela Lei de Defesa da Concorrência, a Resolução nº 10/2014 acabou acarretando novos questionamentos e inseguranças pelos operadores do direito concorrencial, especialmente sobre alguns pontos detalhados a seguir.

O principal deles, sem dúvidas, diz respeito ao percentual mínimo de *market share* estabelecido pelos incisos I e II do parágrafo primeiro do artigo 2 da referida Resolução para ensejar a notificação obrigatória. Isso porque a própria Lei patrona do direito da concorrência afastou a hipótese de notificar operações com base em critérios de participação societária, tampouco parece razoável delimitar a modalidade contratual da operação em análise com base no *market share* das empresas envolvidas (ZUCCOLO; CELIDÔNIO, 2017).

Inúmeros questionamentos ressurgiram no cenário antitruste após a publicação da Resolução nº 10 de 2014: ao invés de sanar potenciais obscuridades deixadas em aberto pela Lei 12.529/11, ramificou ainda mais o leque de questionamentos sobre o tema, especialmente no que diz respeito ao conceito de contrato associativo para fins de submissão ao CADE.

Em uma nova tentativa de remediar tais lacunas, o CADE, por meio da Consulta Pública nº 02/2016, apresentou projeto de reforma da Resolução obsoleta para tratar das hipóteses de notificação da celebração de contrato associativo de que trata o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529/2011, revogando, assim, a Resolução CADE nº 10, de 29 de outubro de 2014.

### 1.3 RESOLUÇÃO CADE Nº 17/2016

Findado o prazo estabelecido para a Consulta Pública nº 02/2016, em 18/10/2016, o Tribunal do CADE homologou despacho com a nova proposta de dispositivo para disciplinar as hipóteses de notificação de contratos associativos: a Resolução nº 17/2016.

O novo – e atualmente em vigor – dispositivo estabeleceu, de maneira inovadora, quatro requisitos objetivos para caracterização de contratos associativos. Primeiramente, para ser considerado associativo, um contrato deve possuir duração igual ou superior a dois anos – seguindo, portanto, a orientação dos dispositivos anteriores. Além disso, de acordo com a nova Resolução, estes contratos devem estabelecer empreendimento comum das partes, visando a exploração de atividade econômica que constitua o seu objeto. Ainda, a nova Resolução dispõe que uma vez cumpridos os requisitos mencionados acima, deve-se verificar o compartilhamento de riscos e resultados e a concorrência entre as partes no mercado objeto da operação.

A então nova Resolução aplicável aos contratos associativos submetidos ao CADE trouxe, para muitos fins, respostas às obscuridades deixadas pelos dispositivos anteriores. Por outro lado, nem todos os questionamentos cessaram e, deles, provém o grande fato gerador da presente pesquisa.

Uma vez delimitado o conceito de contrato associativo de maneira concreta, passar-se-á à análise dos requisitos subjetivos. Desde a entrada em vigor da Resolução nº 17, muito se discutiu a respeito da possível distinção entre dois dos requisitos de qualificação de contratos associativos elencados segundo a Resolução nº 17: (i) empreendimento comum; e (ii) compartilhamento de riscos e resultados. Haveria, afinal, distinção entre os dois requisitos?

A presente pesquisa tem o objetivo de responder a esta pergunta. Para tanto, a Resolução nº 17 de 2016 delimita o recorte temporal para a análise dos casos que compõem a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, a fim de, com sorte, identificar padrões nas decisões envolvendo contratos associativos, podendo, então, delimitar assimetrias e semelhanças entre os conceitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados.

## 2 CONTRATOS ASSOCIATIVOS

Contratos associativos compõem uma modalidade contratual de acordos de colaboração (ou de cooperação) com especificidades quanto ao seu objeto. Nesse sentido, entende-se que, para conceituar tal espécie de contrato, presume-se certas peculiaridades, conforme bem explicitado por Carlos Augusto da Silveira Lobo (2018, p. 91):

O contrato associativo apresenta diversas particularidades, que o diferenciam do contrato de troca, dentre as quais: (i) a de ser capaz de vincular mais de duas partes, como já mencionado; (ii) a de não condicionar a realização da prestação de uma parte à realização da prestação de outra (inexistência de sinalagma, inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti*); (iii) a de não alterar sua substância com o ingresso e a retirada de partes; (iv) a de não ser rescindível no caso de inadimplência de uma ou mais partes, salvo se, em consequência, restar inviável a realização do escopo comum; (v) a de a nulidade da vinculação de uma ou mais partes não causar a invalidade do contrato, salvo se restar inviável a realização do escopo comum. (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, Ana Frazão (2015, p. 195) complementa o conceito de contratos associativos como modalidade de acordo colaborativo: 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.

Ao transportar as definições de contratos associativos às hipóteses de notificação obrigatória ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, surgem inúmeras inseguranças quanto à submissão de operações sob a modalidade de contrato associativo, considerando que o grande óbice da temática está centralizado em sua conceituação perante o CADE.

Sob a ótica do CADE e por meio do disposto na Lei nº 12.529/2011 e na Resolução nº 17/2016, entendemos que há quatro requisitos específicos para a caracterização de contratos associativos, os quais serão melhor discutidos para fins de entendimento das análises dos casos concretos.

### 2.1 DURAÇÃO CONTRATUAL IGUAL OU SUPERIOR A 2 ANOS

A Resolução CADE nº 17 de 2016, em seu artigo 2º, estabelece que a duração do contrato, para que este seja considerado associativo, deve ser de, no mínimo, dois anos.

Nesse sentido, Ana Frazão (2015, p. 09) destaca que:

(...) os contratos associativos, além de estabelecer uma relação duradoura entre as contratantes, também são necessariamente qualificados pela existência de um escopo em comum entre elas, e é justamente em razão deste aspecto que os contratos associativos são considerados modalidades de “concentração por cooperação”. (BRASIL, 2015)

Ademais, a referida Resolução estabelece, em seu artigo 3º e parágrafo único, que nos casos em que os contratos possuam duração menor que dois anos ou até mesmo prazo indeterminado, estes devem ser notificados caso o período de dois anos seja atingido ou ultrapassado.

O mesmo dispositivo reforça que a notificação dos casos abrangidos pela hipótese mencionada no artigo 3º deve ser feita previamente à sua renovação, sendo a continuidade de seus efeitos dependente da aprovação do CADE.

## 2.2 COMPARTILHAMENTO DE RISCOS E RESULTADOS

Introduzido de maneira inovadora pela Resolução nº 17, o compartilhamento de riscos e resultados, requisito elencado no artigo 2º, inciso I, representa uma tentativa por parte da autarquia de conferir maior tangibilidade ao conceito concreto de contratos associativos.

Como visto anteriormente, o conceito contratual de contratos associativos abrange não apenas a relação de longo prazo entre as partes, mas também implica o vínculo entre elas por meio do objeto do contrato. Nesse sentido, o compartilhamento de riscos e resultados engloba a existência de um negócio comum entre as partes, compartilhando, portanto, as variáveis atreladas ao vínculo contratual: riscos e resultados.

Entretanto, tal conceito gera um debate substancial dentro do cenário concorrencial, tendo em vista sua baixa clareza quanto à sua materialidade em casos concretos. Este conceito, inclusive, funde-se, confunde-se e, por vezes se perde no conceito subsequente de empreendimento comum. O que leva novamente ao questionamento central da presente pesquisa: quais são as semelhanças e assimetrias entre os conceitos de compartilhamento de riscos e resultados e de empreendimento comum? A Resolução nº 17 representou uma tentativa da autarquia de esclarecer as lacunas e ineficiências deixadas pelo dispositivo anterior.

Complementarmente, Vicente Bagnoli (2022, p. RB-5.18) aduziu sobre a ineficiência da Resolução nº 10, fazendo referência às novas perspectivas trazidas pela Resolução nº 17:

Diante da pouca efetividade trazida pela Resolução nº 10/2014, que não esclareceu quais seriam os contratos associativos de submissão obrigatória, ou se o fez, foi de

forma tão complexa que afastou empresas de submeterem suas operações, o CADE aprovou, aos 18 de outubro de 2016, a Resolução CADE nº 17, que disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata a Lei de Concorrência e revogou a Resolução nº 10.

Nos termos da Resolução nº 17, em seu art. 2º, considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: “(i) o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e (ii) as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato”. (BRASIL, 2022).

### 2.3 EMPREENDIMENTO COMUM

Em seu artigo 2º, a Resolução enumerou o estabelecimento de empreendimento comum como requisito obrigatório para a caracterização de contrato associativo. A Resolução anterior, nº 10, utilizava o termo "cooperação horizontal ou vertical" para tal conceito. A substituição do termo, contudo, não implicou em significativa melhora no entendimento.

Diferentemente do disposto na Resolução nº 10, a nova Resolução estipula que, para ser considerado associativo, o contrato deve visar à criação de um empreendimento comum com o compartilhamento de riscos e resultados. Neste ponto, suscitam-se inúmeros questionamentos, desde doutrinários até lexicais, a respeito das diferenças materiais e objetivas entre esses dois conceitos.

Sobre isso, no mesmo livro mencionado no tópico anterior, qual seja, *Direito Econômico e Concorrencial*, Vicente Bagnoli (2022, p. RB-5.18) traçou paralelo entre o compartilhamento de riscos e resultados e o estabelecimento de empreendimento comum ao analisar operação de *Joint Business Agreement* “JBA”, trazendo luz à discussão:

No JBA as empresas constituem de fato um empreendimento comum, no qual compartilham receitas e riscos e decidem em conjunto variáveis concorrencialmente sensíveis, como preço e quantidade ofertada, enquadrando-se, portanto, nos requisitos da Resolução nº 17/2016/Cade. (BRASIL, 2022).

Como será melhor aprofundado ao longo do presente artigo, os conceitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados estão diretamente conectados, especialmente em função de sua própria natureza constitutiva.

### 2.4 CONCORRÊNCIA NO MESMO MERCADO RELEVANTE

Esse aspecto se mostra menos controverso dentro do contexto de contratos associativos notificáveis ao CADE. O inciso II, art. 2º, da Resolução nº 17/2016 exige que as partes sejam concorrentes dentro do mercado relevante objeto do contrato.

Tal disposição, embora de mais fácil identificação, exclui as operações empresariais verticais, tendo em vista a premissa de atuarem como players na mesma etapa da cadeia. Dito isso, entende-se que não há de se falar em contratos associativos se as partes não forem concorrentes entre si. Os casos de operações verticais instrumentalizados por meio contratual podem ser abarcados por outras hipóteses contratuais, como, por exemplo, *joint ventures* contratuais – hipótese em que não há a criação de um novo ente jurídico.

Corroborando o entendimento exposto acima, Alexandre Ferreira de Assumpção Alves e José Carlos Jordão Pinto Dias (2020, p.20):

Neste sentido, ficam excluídas na nova resolução as operações contratuais que envolvam cooperação vertical, pois as partes contratantes nesse caso não são concorrentes no mesmo mercado.

Frise-se, porém, que nada impede que uma relação contratual que represente uma concentração vertical possa vir a ser caracterizada como uma *joint venture* contratual. (BRASIL, 2020).

Encerrados os esclarecimentos conceituais e históricos a respeito dos contratos associativos, o presente artigo se concentrará em explicar, detalhadamente, a metodologia utilizada para o levantamento de jurisprudência para análise de informações que serão aqui demonstradas.

### **3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL**

O presente artigo fundamenta-se na pesquisa empírica realizada com base nos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE. Para tal, foram delimitados recortes temáticos e temporais. O primeiro visa analisar apenas casos envolvendo contratos associativos; o segundo contempla os casos a partir da entrada em vigor da Resolução nº 17 - 25 de novembro de 2016. Diante disso, foram mapeados os casos abarcados pela Resolução CADE nº 17 de 2016 envolvendo a análise de contratos associativos. A metodologia de pesquisa empírica adotada está devidamente demonstrada por meio da planilha de jurisprudência que endossa o presente trabalho disponível no “Anexo A – Planilha de Jurisprudência”.

O cerne da questão consiste em traçar possíveis padrões nos Pareceres e Votos do CADE com relação aos dois requisitos mais nebulosos previstos na Resolução nº 17 de 2016: o compartilhamento de riscos e resultados e o estabelecimento de empreendimento comum. Para tanto, a planilha de jurisprudência visa analisar, paulatinamente, cada um dos quatro aspectos estabelecidos pela referida Resolução aplicável aos contratos associativos.

Para fins de completude no levantamento dos casos, adotou-se abordagem tríplice a fim de contemplar os casos analisados sob a égide dos contratos associativos pelo CADE. O primeiro nível de pesquisa se deu por meio da “Pesquisa Processual” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2023), no qual termos livres associados à temática foram buscados a fim de fazer o primeiro levantamento de casos envolvendo a temática de contratos associativos. Ainda no primeiro nível de pesquisa, foi aplicado o filtro temporal estabelecido como a Resolução nº 17. Para fins de completude, a pesquisa seguiu para o segundo nível de aprofundamento através do segundo sistema de pesquisa de jurisprudência disponível no CADE: “Busca de Jurisprudência” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2023). Nesta rodada, o intuito da pesquisa foi verificar se os casos envolvendo contratos associativos haviam sido devidamente mapeados e, quando não, complementar o levantamento com novos casos identificados. Como última etapa de pesquisa, mas também de verificação e checagem dos casos já mapeados, foi utilizado o meio de busca “Pesquisa Avançada de Atos de Concentração”, podendo, nesta última etapa, inserir mais filtros e especificar cada vez mais os termos de busca, garantindo, assim, maior segurança quanto ao mapeamento de precedentes.

Por fim, ainda que de maneira conservadora, a pesquisa contou com uma última etapa de verificação de completude: a checagem de publicações no Diário Oficial da União envolvendo a temática de contratos associativos. Aqui, o racional foi de, literalmente, analisar minuciosamente os casos publicamente disponíveis envolvendo a análise de contratos associativos pela autoridade concorrencial.

O resultado da pesquisa resultou em um total de 82 precedentes, todos sob a égide da Resolução nº 17 de 2016, que servirão como respaldo para a análise de possíveis congruências e assimetrias a respeito dos conceitos de empreendimento comum e de compartilhamento de riscos e resultados nos casos de contratos associativos.

Nesse sentido, o presente trabalho encontra respaldo teórico na pesquisa de jurisprudência disponibilizada no Anexo A do presente artigo, viabilizando o caráter empírico do artigo. O levantamento de casos aponta para alguns entendimentos pacificados quanto ao

conceito original de contratos associativos, sendo importante iniciar tal exposição por meio da menção ao Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (BRASIL, 2018) (Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.), de relatoria do Conselheiro João Paulo de Resende, que analisou, de maneira mais cautelosa e conceitual, os critérios estabelecidos pela Resolução nº 17/2016. A análise deste caso no Voto do Conselheiro Paulo Burnier apontou para algumas disposições iniciais para configuração de um contrato associativo: (i) cooperação estável; (ii) comprometimento com um objetivo econômico em comum; e (iii) autonomia jurídica das empresas participantes.

O ato de concentração mencionado anteriormente indica que, com base nos três requisitos elencados acima, é possível entender, de pronto, que contratos associativos não se confundem com a figura dos consórcios, tampouco com *joint ventures* societárias – que necessariamente implicam na criação de uma nova pessoa jurídica. Dito isso, é possível traçar a primeira distinção conceitual envolvendo contratos associativos: uma vez analisados os conceitos estabelecidos no referido caso, entende-se que contratos associativos se assemelham às *joint ventures* contratuais – ou seja, operações que não implicam na criação de um novo ente jurídico, mas que possuem certo nível de cooperação entre as partes.

Além disso, há de se mencionar que os entendimentos pacificados no CADE sobre a temática não se limitam apenas a conceitos amplos e subjetivos, mas, conforme verificado no levantamento de casos, determinados tipos contratuais também configuram, tradicionalmente, hipótese de notificação obrigatória sob a égide da Resolução nº 17/2016. Nesse sentido, pode-se exemplificar os casos de contratos de *Vessel Sharing Agreement*.

Os contratos de *Vessel Sharing Agreement*, modalidade de acordo de cooperação no mercado marítimo, comumente são, em regra, originalmente enquadrados como contratos associativos no âmbito do CADE. A pesquisa de jurisprudência indicou que, em muitos casos, as partes submetem as operações de *Vessel Sharing Agreement* como contrato associativo já no momento da submissão do Formulário de Notificação. A indicação de configuração de contrato associativo sugerida pelas partes geralmente é acatada pelo CADE durante a análise do caso, muitas vezes sem aprofundar o enquadramento dos requisitos da Resolução 17/2016.

Exemplo disso é o Ato de Concentração nº 08700.002699/2017-13 (BRASIL, 2017) (Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG, Aliança Navegação e Logística S.A. e MSC Mediterranean Shipping Company S.A.), onde a operação foi considerada como contrato associativo nos termos do voto do Conselheiro João Paulo de



Resende na Consulta nº 08700.008081/2016-86 (BRASIL, 2017) (Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A.).

O levantamento de jurisprudência indicou que a grande maioria dos casos envolvendo *Vessel Sharing Agreements* se enquadra como contratos associativos sem aprofundamento da análise dos requisitos da Resolução 17/2016 e com fundamento no trecho do voto do Conselheiro João Paulo de Resende (2017), conforme segue:

Nota-se com clareza que 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 (BRASIL, 2017).

Após este breve panorama geral sobre o entendimento da autarquia quanto aos contratos associativos, pode-se aprofundar a análise sobre os requisitos objetivos elencados no dispositivo legal aplicável, a fim de, possivelmente, obter mais clareza quanto à distinção dos conceitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Passa-se então ao ponto focal da pesquisa, isto é, a análise do entendimento da autarquia antitruste sobre os conceitos de compartilhamento de riscos e resultados e de empreendimento comum.

Isso porque os demais requisitos obrigatórios de acordo com a Resolução nº 17/2016, quais sejam, duração contratual igual ou superior a dois anos e concorrência entre as partes no mesmo mercado, são conceitos de mais fácil identificação de imediato no momento da análise da operação pretendida. Por essa razão, entende-se que o grande obstáculo do tema está centralizado especialmente nos conceitos de compartilhamento de riscos e resultados e de empreendimento comum.

Todavia, cumpre destacar que, a respeito do requisito temporal obrigatório, a jurisprudência do CADE esclarece que, uma vez preenchido, deve-se submeter a operação ao CADE. Frisa-se, contudo, que os aditivos contratuais ou qualquer instrumento que estenda a duração original do contrato também contemplam hipótese de cumprimento do requisito temporal, levando o contrato a uma análise *ex-post* pela autarquia. A título exemplificativo, tal cenário foi identificado no Ato de Concentração 08700.006667/2018-78 (BRASIL, 2019) (Requerentes: Cebrace Cristal Plano Ltda. e Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda.), que tratava de prorrogação de prazo com aditamento de contrato que, inicialmente, não possuía duração igual ou superior a dois anos. Na mesma linha, verificou-se

que contratos com prazos indeterminados, ao atingirem a duração mínima estabelecida pela Resolução nº 17/2016, devem ser submetidos ao CADE.

O levantamento de casos também apontou para discussões interessantes sobre o requisito das partes serem concorrentes no mercado objeto da operação, especialmente no setor de medicamentos. Isso ocorre porque o próprio setor de medicamentos implica em uma dinâmica faseada até o desenvolvimento do produto final, que recebe sua classificação ATC (Anatômico-Terapêutico-Químico), podendo, assim, ser comercializado e, conseqüentemente, concorrer com outro produto ofertado pela parte contrária da operação. Além disso, o setor de medicamentos também conta com uma dinâmica de concorrência em potencial, quando determinados medicamentos não são comercializados no mesmo território ou ainda não possuem todas as licenças para sua devida comercialização.

No Ato de Concentração nº 08700.000831/2019-14 (BRASIL, 2019) (GlaxoSmithKline PLC. e Ares Trading S.A.), o produto objeto da operação ainda estava em fase inicial de desenvolvimento e a autarquia entendeu pelo não preenchimento do requisito temporal, justamente pela probabilidade remota de concorrência dentro do cenário analisado. Contudo, o Parecer destacou que este precedente não excluiria a obrigação dos demais *players* de submeterem operações envolvendo medicamentos em fase de teste.

Em sentido contrário, observou-se nos julgados que o CADE tem adotado uma postura conservadora quando existe dúvida sobre o preenchimento do critério de concorrência entre as partes no mercado objeto da operação. Nesse sentido, o Ato de Concentração 08700.006640/2017-02 (BRASIL, 2017) (AstraZeneca UK Limited e Merck Oncology GMBH) entendeu que o medicamento em tela, também em fase de testes, preenchia o critério de concorrência entre as partes estabelecido pela Resolução nº 17/2016, considerando que, se comercializado, o medicamento possivelmente concorreria com os produtos ofertados pela outra parte.

Explicitados os requisitos complementares ao cerne da pesquisa, volta-se à principal finalidade deste levantamento jurisprudencial: proporcionar maior visibilidade e segurança jurídica aos *players* que eventualmente submetam casos ao CADE, especialmente quanto aos requisitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Quando delimitados, tais conceitos, antes considerados nebulosos, adquirem consistência suficiente para enquadrar – ou não – operações empresariais como associativas.

O primeiro aspecto aqui analisado será o estabelecimento de Empreendimento Comum, conforme será discutido a seguir. Posteriormente, o presente trabalho analisará o conceito de

Compartilhamento de Riscos e Resultados. Após estabelecer as devidas definições e traçar os possíveis padrões de entendimento entre ambos os conceitos, serão delimitadas, por fim, as assimetrias e semelhanças entre os conceitos envolvendo contratos associativos, tudo sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência.

### 3.1 EMPREENDIMENTO COMUM

Ao longo desta pesquisa, foram apontadas discussões e obscuridades na delimitação de um conceito claro e objetivo do que seria o estabelecimento de empreendimento comum, conforme o art. 2º da Resolução que disciplina o tema de contratos associativos no CADE. Todavia, visando cumprir o objetivo da presente pesquisa, este subcapítulo tratará de exemplificar, por meio dos precedentes, entendimentos e delimitações mais específicas sobre a caracterização deste requisito obrigatório.

De plano, cabe indicar a definição estabelecida pelo Conselheiro Paulo Burnier no então mencionado Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.). Neste julgado, o Conselheiro pontuou que:

(...) o conceito de estabelecimento de empreendimento comum no acordo: o parâmetro a ser considerado nesse aspecto se refere, essencialmente, ao grau de cooperação entre as partes do contrato, cabendo a constatação de se o perfil organizativo do contrato predomina sobre o seu perfil relacional. Apenas a cooperação empresarial que resulte em alto grau de interdependência entre as partes derivada do contrato associativo é que caracteriza um empreendimento comum e não qualquer forma de cooperação (BRASIL, 2018).

A partir deste trecho, bem como do restante da análise feita pelo Conselheiro, é possível concluir que o grande ponto quando da análise deste requisito é, de fato, o grau de cooperação entre as partes. Essa constatação faz sentido, já que um contrato associativo nada mais é do que um acordo de cooperação. A dúvida surge justamente no momento em que este acordo de cooperação enfrenta a análise do controle preventivo do CADE.

Seguindo a mesma linha, pode-se compreender que o grau de cooperação entre as partes será constatado, majoritariamente, por meio das cláusulas que compõem o instrumento contratual. Nelas, deve-se verificar o tipo de relação ali existente e, para cumprir a hipótese de empreendimento comum, é necessária a constatação da predominância do perfil organizativo do contrato sobre o perfil relacional. Faz-se necessário, portanto, uma cooperação empresarial que resulte em certo grau de interdependência entre as partes da operação. Uma vez constatada

tal disposição, diferencia-se ainda mais a figura dos contratos associativos dos demais modelos de acordo de cooperação, sejam consórcios ou *joint ventures*.

Ao analisar mais profundamente o ponto em questão, é possível concluir que a constatação do estabelecimento do empreendimento comum pelo CADE depende necessariamente da apresentação do conjunto de cláusulas do contrato objeto da operação que imprima essa relação de cooperação entre as partes com alto nível de interdependência.

Adicionalmente, no mesmo caso, no voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende (2017), foi indicado, com base na análise jurisprudencial da época, que:

A jurisprudência do CADE tem evoluído na delimitação deste conceito, sendo que as decisões mais recentes têm exigido que a atividade objeto do contrato possa ser prestado de forma isolada e que haja alguma estrutura de governança a reger decisões conjuntas das partes. Ou seja, busca-se distinguir os casos em que as empresas decidem de forma isolada onde e como construir, configurar e operar seus ativos (no caso em tela, suas redes), daqueles casos em que essas atividades ocorrem de forma coordenada, contratualmente ou não (BRASIL, 2018).

Nesse sentido, é possível complementar o entendimento deste critério ao delimitar que além da constatação por meio das cláusulas do contrato de cooperação entre as partes, outra exigência imposta para a qualificação de empreendimento comum seria que a atividade objeto do contrato possa ser prestado de forma isolada e que haja alguma estrutura de governança a reger decisões conjuntas das partes. O mesmo entendimento foi verificado em quase todas as discussões mais substanciais acerca do tema, todas acompanhando o entendimento do Conselheiro João Paulo de maneira integral.

No mencionado caso, o Conselheiro entendeu que a previsão contratual de planejamento conjunto de expansão da rede e a definição de uma estrutura de governança compartilhada, em que as partes tomem decisões conjuntas, seriam evidências de um empreendimento comum<sup>2</sup>. No mesmo sentido, o Ato de Concentração nº 08700.007109/2022-14 (BRASIL, 2023) (Requerentes: Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.) entendeu que a hipótese de estabelecimento de empreendimento comum havia sido preenchida com base na existência de tomada de decisões coordenadas entre as partes quanto à sua implementação e eventual ampliação do caso concreto. Conceituar requisitos amplos e subjetivos por meio de evidências concretas auxilia a construção de um entendimento mais claro e assertivo sobre o que, na prática, poderia se enquadrar em tal critério estabelecido pela Resolução nº 17/2016.

---

<sup>2</sup>Conforme indicado no Parecer do Ato de Concentração nº 08700.007109/2022-14. Requerentes: Telefônica Brasil S.A., TIM S.A. Julgado em 10/03/2023.

A análise de outros casos envolvendo a discussão sobre o estabelecimento de empreendimento comum permite destrinchar ainda mais o entendimento deste requisito obrigatório, viabilizando, assim, maior nível de profundidade no entendimento sobre a aplicação deste requisito no caso concreto. Importante destacar que, nesse sentido, é necessário analisar também o que o CADE entende como não suficiente para caracterizar o empreendimento comum – a via dupla, tanto pelo enquadramento quanto pelo não enquadramento são especialmente importantes para fins de completude do entendimento.

Nesse sentido, o Ato de Concentração nº 08700.007868/2022-79 (BRASIL, 2022) (Requerentes: Warner Bros. Entertainment Inc. e Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc), o CADE entendeu pelo não preenchimento do critério de estabelecimento de empreendimento comum, com base no quanto segue:

(i) não há interdependência entre as Requerentes. Nesse sentido, afirmam que nenhuma das Partes envolvidas passa a "controlar" a oferta da outra, muito menos fica em posição de "combinar" ou "vincular" tal oferta à sua própria oferta de filmes para negociação com os Proprietários de Cinemas. Em particular, os filmes das Partes continuam a competir uns contra os outros (e contra os filmes de players concorrentes) por salas de cinema e por público da mesma maneira que o fariam antes da efetivação da Operação.

(ii) não há interferência de uma Parte sobre as atividades econômicas da outra, mas tão apenas o estabelecimento de critérios limitados de distribuição dos filmes que serão lançados no Brasil;

(iii) as Requerentes não têm acesso a informações sensíveis uma da outra. Nesse sentido, afirmam que a WBEI somente terá acesso a informações relacionadas à MGM que forem estritamente necessárias para conduzir suas obrigações de distribuição, enquanto a MGM não terá acesso a qualquer informação da WBEI que não seja relacionada à distribuição de títulos da MGM. O próprio Contrato prevê especificamente que [ACESSO RESTRITO]; e

(iv) não há compartilhamento de estruturas societárias ou coordenação de atividades praticadas por cada uma das partes.

Ademais, esta SG não identificou no contrato a previsão de estrutura de órgão de gestão comum entre funcionários das Partes para execução do seu objeto. Assim, esta SG entende que este requisito também não se encontra presente (BRASIL, 2022).

A partir da análise do trecho acima, ainda que o precedente trate do não preenchimento do requisito de empreendimento comum, é possível extrair ainda mais materialidade sobre aspectos concretos que preenchem o referido critério, sendo eles: (i) interdependência entre as partes; (ii) interferência de uma das partes sobre as atividades da outra; (iii) troca de informações sensíveis; (iv) compartilhamento de estruturas societárias ou coordenação de atividades praticadas por cada uma das partes; e (v) estrutura de órgão de gestão comum entre funcionários das Partes para execução do seu objeto.

Cumpram-se destacar que tais requisitos, ainda que auxiliem na construção do entendimento de qual tipo de informação preencheria o presente critério, dizem respeito tão somente ao caso em tela, sendo necessário adotar a premissa maior disposta pelo Conselheiro Paulo Burnier (BRASIL, 2018) de que o estabelecimento de empreendimento comum depende necessariamente da verificação, no caso concreto, no grau de cooperação entre as partes. Diante disso, tem-se que por “grau de cooperação”, podem ser abarcados inúmeros aspectos diferentes, a depender das cláusulas dispostas no contrato em análise, bem como dos demais aspectos que envolvem a operação.

Por fim, é importante destacar que, em muitos casos<sup>3</sup>, a autarquia antitruste não aprofunda sua análise, de maneira segmentada, sobre os requisitos que caracterizam um contrato associativo. Parte dos casos entende pelo conhecimento da operação enquanto contrato associativo com base nas informações apresentadas pelas partes no Formulário de Notificação da operação. Outros casos, porém, até tateiam de maneira tímida a temática, mas acabam por analisar os requisitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados de maneira conjunta<sup>4</sup> – razão para isso será demonstrada no subcapítulo a seguir.

### 3.2 COMPARTILHAMENTO DE RISCOS E RESULTADOS

O compartilhamento de riscos e resultados, conforme vastamente discorrido ao longo do presente trabalho, é requisito obrigatório para a configuração da modalidade contratual associativa, à luz da Resolução CADE nº 17 de 2016. Cumpram-se destacar que o simples preenchimento deste requisito – ainda que o dispositivo legal não esclareça a essência do conceito – não é suficiente para que a operação seja analisada pelo CADE como contrato associativo. Para tanto, faz-se necessário preencher os quatro requisitos elencados na referida Resolução.

A discussão sobre o tema se inicia ao identificar obscuridade quando da diferenciação dos conceitos de compartilhamento de riscos e resultados e de empreendimento comum. Conforme será demonstrado, por vezes, o CADE costuma não distinguir estes dois requisitos, analisando-os em conjunto ou, até mesmo, deixando de analisá-los, individual ou conjuntamente.

---

<sup>3</sup>A título exemplificativo, menciona-se o Ato de Concentração nº 08700.003979/2018-20. Requerentes: Bunge Alimentos S.A., Unilever Brasil Ltda. e Sigma Brasil Holding Ltda. Julgado em 03/08/2018.

<sup>4</sup>A título exemplificativo, menciona-se o Ato de Concentração nº 08700.003575/2017-55. Requerentes: Ares Trading S.A. e Pfizer, Inc. Julgado em 26/07/2017.

Inicialmente, há de se falar em conceitos pacificados pela autarquia sobre o compartilhamento de riscos e resultados para que, então, seja possível delimitar qualquer tipo de assimetria ou semelhança entre os dois requisitos em tela. Neste sentido, preteritamente, deve-se analisar o que a autarquia tem entendido como compartilhamento de riscos e resultados, o quanto segue.

A jurisprudência do CADE possui exemplares de casos analisados em que houve discussão interessante a respeito do compartilhamento de riscos e resultados, bem como dos demais requisitos. Retomando o Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.), no voto do Conselheiro Paulo Burnier, é possível notar que o conceito de compartilhamento de riscos e resultados recebeu novas acepções a partir do entendimento de que o conceito de compartilhamento de riscos e resultados é inerente ao conceito de empreendimento comum:

(...) compartilhamento de riscos e resultados convencionado no contrato: relaciona-se à própria existência de um empreendimento comum e não se confunde com a mera verificação de receitas, faturamentos e prejuízos, sob a ótica contábil. A existência de riscos e resultados deve ser inferida pelo conjunto das cláusulas contratuais – que compõe parte da análise da própria existência de empreendimento comum (BRASIL, 2018).

A partir da análise do trecho destacado, é razoável afirmar que os conceitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados podem, por vezes, se confundir entre si ou serem analisados conjuntamente nas decisões do CADE devido à própria natureza do compartilhamento de riscos e resultados, que imprime inerência ao conceito de empreendimento comum. Dito isso, pode-se afirmar que não há a ocorrência de compartilhamento de riscos e resultados sem, obrigatoriamente, haver o estabelecimento de empreendimento comum. Cabe destacar que o auferimento do preenchimento deste requisito deve ser feito com base nas disposições do conjunto de cláusulas contratuais da operação, consoante ao entendimento mencionado acima.

Complementarmente, é válido destacar que ainda que o compartilhamento de riscos e resultados seja possivelmente identificado por meio das cláusulas contratuais, este não é a única maneira de auferir tal caracterização. O Voto do Conselheiro Paulo Resende no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (Requerentes: Oi e Tim) indicou, com brilhantismo, que a verificação de tal requisito pode também estar intrínseco ao objeto do contrato, não sendo

necessário, portanto, verificar tal dinâmica cooperativa estritamente através da análise das cláusulas do contrato.

(...) a verificação dessa característica do contrato [compartilhamento de risco e resultado] não se limita a uma checagem automática da presença, ou não, de uma cláusula que indique expressamente o compartilhamento de riscos e resultados, pois tal compartilhamento pode estar implícito no próprio objeto do contrato” (SEI 0545849, § 46) (BRASIL, 2018).

Ainda sobre o mesmo julgado, cabe salientar que a verificação de receitas, faturamentos e prejuízos, sob a ótica contábil, não são suficientes para caracterizar o compartilhamento de riscos e resultados, sendo necessária a identificação contratual de cláusulas que indiquem este nível de cooperação. Neste mesmo sentido, o Ato de Concentração nº 08700.006533/2017-76 (BRASIL, 2017) (Requerentes: Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A.) apontou que o mero compartilhamento de custo não é uma circunstância suficiente para caracterizar o compartilhamento de riscos e resultados, corroborando o entendimento supracitado.

O Ato de Concentração 08700.007109/2022-14 (Tim S.A. e Telefônica Brasil S.A.), fez uma análise sobre ora requisito ora analisado, corroborando o entendimento dos demais precedentes explicitados acima:

Sobre a condição (iii), a saber, se o contrato envolve compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto, o próprio contrato apresentado pelas Requerentes indica se tratar de objeto que, por sua dinâmica, embute riscos ou resultados que impactam ambas, a depender do cumprimento ou não de cláusulas em que cada empresa impõe ressalvas à outra, relacionadas às situações envolvendo valores cobrados e implantação das soluções técnicas e operacionais. Portanto, mesmo que as Partes aleguem que “todas as premissas que levaram o CADE a aprovar o Contrato RAN Sharing Tripartite permanecem no presente caso”, entende-se, de maneira conservadora, que a própria natureza do contrato e seus Anexos comprometem tanto a cedente como a cessionária nos riscos e resultados envolvidos para sua consecução, notadamente em seus aspectos técnicos, operacionais e comerciais. Há o risco de que quaisquer imprevistos ou lides entre as Partes, nestes aspectos, afetem sua efetiva implantação, atingindo seus resultados nas localidades envolvidas e nas quais concorrem por meio de sua atividade econômica finalística (BRASIL, 2023).

Ainda, endossando o entendimento supracitado, cabe mencionar o Ato de Concentração nº 08700.002855/2022-11 (BRASIL, 2022) (Requerentes: GDM Genética do Brasil S.A. e Agro Amazônia Produtos Agropecuários S.A.):

Assim, considerando ainda que o lançamento da marca Dagma ocorreu de forma conjunta pelas Requerentes, entende-se que existe compartilhamento de riscos uma vez que a marca de sementes Dagma utilizou-se dos nomes e estrutura das duas



empresas, GDM e Agro Amazônia, para a divulgação e operacionalização da parceria para que as novas sementes de soja estejam disponíveis aos agricultores. Outrossim, os resultados da parceria também serão compartilhados já que o Contrato de Parceria Comercial prevê um modelo de remuneração específico relacionado ao negócio realizado entre as partes: “Por fim, cabe mencionar que o modelo de remuneração adotado na parceria, assim como a regra de bonificação (desconto), tem por objeto legítimo impulsionar a parceria comercial entre as Partes, sendo plenamente justificável do ponto de vista antitruste (BRASIL, 2022).

Com base nos trechos acima, pode-se concluir pelo entendimento de que o compartilhamento de riscos e resultados não se delimita tão somente com base em dados puramente contábeis, mas pela relação interdependente entre as partes que implica no efetivo compartilhamento dos efeitos causados pelo cumprimento – ou não – de determinadas cláusulas contratuais ou implicações do próprio objeto do contrato. Para tanto, é necessário que, dentro do caso concreto, sejam verificadas hipóteses, contratuais ou não, onde ambas as partes se submetem conjuntamente a empenhar esforços para obtenção de resultados em comum.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente trabalho buscou identificar, de maneira empírica, por meio da análise dos precedentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, qual seria o entendimento da autarquia a respeito dos elementos objetivos que caracterizariam dois dos requisitos elencados pela Resolução nº 17/2016: o compartilhamento de riscos e resultados e o estabelecimento de empreendimento comum.

A análise dos casos indicou, preliminarmente, um caráter complementar entre os dois requisitos: não há a que se falar em compartilhamento de riscos e resultados sem, obrigatoriamente, haver o estabelecimento de empreendimento comum, considerando que o primeiro é característica do segundo. Diante disso, fica esclarecida a nebulosidade identificada nos precedentes do CADE, inclusive a razão pela qual estes dois critérios, por vezes, se confundem entre si ou são analisados conjuntamente.

Quando analisados de maneira individual, entende-se que o empreendimento comum é o norteador para verificação do preenchimento de ambos os requisitos, considerando a interdependência entre ambos os requisitos. Para tanto, o preenchimento do requisito de empreendimento comum exige a identificação contratual de certo grau de cooperação entre as partes e um perfil organizativo predominante ao perfil organizacional dentro da operação proposta. Para isso, pode-se auferir tais critérios por meio das cláusulas do contrato, pela

possibilidade de exercício individual do objeto do contrato, além da identificação de uma estrutura de governança entre as partes.

Por outro lado, no tocante ao compartilhamento de riscos e resultados, preliminarmente entende-se que este requisito não se restringe à simples análise de informações contábeis. Para ser caracterizado, é necessária a análise não somente das cláusulas contratuais, como também do próprio objeto do contrato, a fim de identificar a combinação de esforços mútuos para a obtenção de resultados, podendo, contratualmente ou não, compartilhar os riscos inerentes à operação.

Dito isso, conclui-se que ao deparar-se com casos envolvendo a discussão sobre a caracterização de contratos associativos, uma vez preenchidos os requisitos temporais e de concorrência no mesmo mercado objeto da operação, é prudente voltar-se à análise de empreendimento comum para que, então, seja possível auferir possível compartilhamento de riscos e resultados entre as partes.

Por fim, entende-se que o estabelecimento de empreendimento comum é o grande ponto de partida para análise de contratos associativos, justamente por depender de fatores mais subjetivos para sua caracterização. Aqui, espera-se que tanto o dispositivo contratual quanto o próprio funcionamento organizacional da operação imprimam o perfil de governança cooperativa necessária para o preenchimento deste critério. Uma vez estabelecido o empreendimento comum, é possível passar então à análise do compartilhamento de riscos e resultados, que pode ser verificado, principalmente, pelas cláusulas ou pelo objeto do contrato, mas também pode ser caracterizado pelo próprio funcionamento e implementação da operação proposta.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Alexandre Ferreira De Assumpção; DIAS, José Carlos Jordão Pinto. Aspectos Jurídicos dos Contratos Associativos no Brasil e a Perspectiva da Jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Revista Eletrônica de Direito**, v. 24, n. 1, p. 20, 2020. Disponível em: [https://cij.up.pt/client/files/0000000001/3-alexandre-assumpcao-alves\\_1676.pdf](https://cij.up.pt/client/files/0000000001/3-alexandre-assumpcao-alves_1676.pdf). Acesso em: 12 mai. 2023.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial – Ed. 2022**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, p. RB-5.18, 2022. E-book. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/126254278/v9/page/RB-5.18>. Acesso em: 12 mai. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006667/2018-78. Requerentes: Cebrace Cristal Plano Ltda. e Saint- Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. Julgamento em 10 de janeiro de 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.000831/2019-14. Requerentes: GlaxoSmithKline PLC. e Ares Trading S.A. Julgamento em 27 de março de 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.002699/2017-13. Requerentes: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG, Aliança Navegação e Logística S.A. e MSC Mediterranean Shipping Company S.A. Julgamento em 19 de setembro de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.002855/2022-11. GDM Genética do Brasil S.A. e Agro Amazônia Produtos Agropecuários S.A. Julgamento em 16 de setembro de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.003575/2017-55. Requerentes: Ares Trading S.A. e Pfizer, Inc. Julgamento em 26 de julho de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.003979/2018-20. Requerentes: Bunge Alimentos S.A., Unilever Brasil Ltda. e Sigma Brasil Holding Ltda. Julgamento em 03 de agosto de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006533/2017-76. Requerentes: Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Julgamento em 18 de dezembro de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.006640/2017-02. Requerentes: AstraZeneca UK Limited e Merck Oncology GMBH. Julgamento em 21 de novembro de 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.007109/2022-14. Requerentes: Telefônica Brasil S.A., TIM S.A. Julgamento em 10 de março de 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. 08700.007868/2022-79. Requerentes: Warner Bros. Entertainment Inc. e Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc.. Julgamento em 18 de novembro de 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n. n° 08700.002276/2018-84. Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Julgamento em 07 de novembro de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta n. 08700.008081/2016-86. Requerentes: Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Julgamento em 31 de janeiro de 2017.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Consulta Pública nº 02/2016. Aberta em 11/05/2016 e encerrada em 06/07/2016.** 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social-backup/consultas-publicas/consulta-publica-no-02-2016>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Pesquisa de Jurisprudência CADE.** 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 14 abr. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução CADE nº 10, de 29 de outubro de 2014.** 2014. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/3490>. Acesso em: 5 abr. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução CADE nº 17, de 18 de outubro de 2016.** 2016. Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2017\\_18-10-2016.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2017_18-10-2016.pdf). Acesso em: 19 abr. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **SEI: Pesquisa Avançada de Ato de Concentração. CADE.** 2023. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/consultajurisprudencia/controlador\\_pesquisa.php?acao\\_externa=pesquisa&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/consultajurisprudencia/controlador_pesquisa.php?acao_externa=pesquisa&id_orgao_acesso_externo=0). Acesso em: 12 abr. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **SEI: Pesquisa Pública.** 2023. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_pesquisar.php?acao\\_externa=protocolo\\_pesquisar&acao\\_origem\\_externa=protocolo\\_pesquisar&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0). Acesso em: 13 abr. 2023.

CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRAZÃO, Ana. *Joint Ventures* Contratuais. **RIL**, Brasília, v. 52, n. 207, p. 187-211, jul./set. 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/515194/001049176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 abr. 2023.

GOV.BR. **Diário Oficial da União.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/impresnacional/pt-br>. Acesso em: 20 abr. 2023.

KREIN, Julia. Contratos Associativos: na contramão da Lei nº 12.529/11. **Revista do Ibrac**, v. 25, n. 1, p. 299-328, 2021. Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153376/contratos\\_associativos\\_contramao\\_krein.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/153376/contratos_associativos_contramao_krein.pdf). Acesso em: 7 abr. 2023.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Contratos Associativos Sociedade e Consórcio. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, Rio de Janeiro, v. 72, 2018. Disponível em:

<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTQ3NjU%2C>. Acesso em: 10 abr. 2023.

ROSENBERG, Barbara; BERARDO, José C. M.; BECKER, Bruno Bastos. **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015.

ZUCCOLO, Renata; CELIDÔNIO, Lauro. **Contratos Associativos: 5 anos depois**. Jota. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/contratos-associativos-5-anos-depois-16032017>. Acesso em: 20 abr. 2023.

## **ANEXO A – PLANILHA DE JURISPRUDÊNCIA**

Considerando a dimensão da planilha de jurisprudência que endossa o presente artigo, tanto pela quantidade de critérios analisados quanto pela extensão das análises dos requisitos estabelecidos pela Resolução nº 17/2016 em si, a íntegra da planilha está disponível no link abaixo.

Para fins de completude, a planilha conta com os seguintes critérios de análise: Tipo de Processo; Número do Processo; Partes; Contrato; Mercado; Data (edital ou protocolo da consulta); Data do julgamento (trânsito em julgado); Relator/SG; Conhecimento; Decisão; 1. Prazo  $\geq$  2 anos; 1. Análise; 2. Empreendimento comum; 2. Análise; 3. Compartilhamento de riscos e resultados; 3. Análise; 4. Concorrentes no mercado objeto do contrato; 4. Análise; Observações; Link.

Ressalta-se, contudo, que a finalidade da disponibilização da planilha se concentra tão somente em fins consultivos.

[https://docs.google.com/spreadsheets/d/12eXi48hkFKh9ryH4V4D\\_FP4\\_FAniG3r1/edit?usp=share\\_link&ouid=106296664220120650288&rtpof=true&sd=true](https://docs.google.com/spreadsheets/d/12eXi48hkFKh9ryH4V4D_FP4_FAniG3r1/edit?usp=share_link&ouid=106296664220120650288&rtpof=true&sd=true)

---

## TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, **RAFAELA SANCHES**, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41812761, período noturno, turma 10º R, tendo realizado o TCC com o título: **CONTRATOS ASSOCIATIVOS: Análise Jurisprudencial da Atuação do CADE quanto à Caracterização de Compartilhamento de Riscos e Resultados e de Empreendimento Comum**, sob a orientação do(a) Professor(a) Vicente Bagnoli, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 12 de maio de 2023.

DocuSigned by:  
*Rafaela Sanches*  
FDD511C1466B4B4...

---

**Assinatura do discente**

**Certificado de conclusão**

ID de envelope: 91E83C3AE6F54E8A990177290A90BD86

Estado: Concluído

Assunto: Conclua com o DocuSign: TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO.pdf

Envelope de origem:

Página do documento: 1

Assinaturas: 1

Autor do envelope:

Certificar páginas: 1

Iniciais: 0

Rafaela Sanches

Assinatura guiada: Ativada

R IGUATEMI, 151 - ANDAR 11 12 13 14 22 CONJ

Selo do ID do envelope: Ativada

82 DO 8 ANDAR - ITAIM BIBI

Fuso horário: (UTC-03:00) Brasília

Sao Paulo, SP 01451-011

Rafaela.Sanches@lefosse.com

Endereço IP: 163.116.224.116

**Controlo de registos**

Estado: Original

Titular: Rafaela Sanches

Local: DocuSign


12/05/2023 12:19:23

Rafaela.Sanches@lefosse.com

**Eventos do signatário****Assinatura****Carimbo de data/hora**

Rafaela Sanches

rafaela.sanches@lefosse.com

DocuSigned by:  
  
 FDD511C1466B4B4...

Enviado: 12/05/2023 12:19:49

Visualizado: 12/05/2023 12:20:41

Assinado: 12/05/2023 12:50:39

Nível de segurança: Correio eletrónico, Autenticação de conta (Nenhuma)

Adoção de assinatura: Estilo pré-selecionado

Utilizar o endereço IP: 163.116.224.116

**Aviso legal de registos e assinaturas eletrónicos:**

Não disponível através do DocuSign

**Eventos de signatário presencial****Assinatura****Carimbo de data/hora****Eventos de entrega do editor****Estado****Carimbo de data/hora****Eventos de entrega do agente****Estado****Carimbo de data/hora****Evento de entrega do intermediário****Estado****Carimbo de data/hora****Eventos de entrega certificada****Estado****Carimbo de data/hora****Eventos de cópia****Estado****Carimbo de data/hora****Eventos relacionados com a testemunha****Assinatura****Carimbo de data/hora****Eventos de notário****Assinatura****Carimbo de data/hora****Eventos de resumo de envelope****Estado****Carimbo de data/hora**

Envelope enviado

Com hash/encriptado

12/05/2023 12:19:49

Entrega certificada

Segurança verificada

12/05/2023 12:20:41

Processo de assinatura concluído

Segurança verificada

12/05/2023 12:50:39

Concluído

Segurança verificada

12/05/2023 12:50:39

**Eventos de pagamento****Estado****Carimbo de data/hora**