

**UMA PROPOSTA PARA A DEFINIÇÃO DOS CONTORNOS E ELEMENTOS
CARACTERIZADORES DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS NO DIREITO
CONCORRENCIAL BRASILEIRO À LUZ DO ARTIGO 90 DA LEI
12.529/2011– INTERVENÇÃO DO ESTADO E REGULAÇÃO**

**A PROPOSAL FOR DEFINING THE CONTOURS AND ELEMENTS OF
“ASSOCIATIVE CONTRACTS” UNDER THE BRAZILIAN ANTITRUST LAW,
IN LIGHT OF ARTICLE 90 OF LAW 12.529/2011- STATE INTERVENTION
AND REGULATION**

*Gustavo Souto Polese*¹

*Francisco Cardozo Oliveira*²

RESUMO

O presente trabalho tem como ponto de partida a intervenção e a regulação do Estado sobre a economia, notadamente, no seu âmbito concorrencial. A partir dos matizes constitucionais que autorizam a intervenção estatal, de forma reguladora, sobre o domínio econômico endereçamos os contornos e as características que podem consubstanciar de forma segura o que vem a ser a figura jurídica do “*contrato associativo*” à luz do artigo 90 da Lei 12.529/2011. Além de descritivo, o presente artigo visa a propor os elementos constitutivos dessa figura jurídica de forma que possa ser aprofundado o estudo e o torne mais seguro aos operadores do direito, empresários e autoridades regulatórias. Serão adotadas, na pesquisa, a busca bibliográfica e doutrinária acerca do tema, com vistas ao aprofundamento teórico que o estudo ora apresentado merece.

¹ Mestrando em Direito Empresarial e da Cidadania pela UNICURITBA; Especialista em Direito Administrativo-Regulatório pela *Universidad de Burgos* – Espanha e vem atuando como Gerente Jurídico interno de departamentos jurídicos de corporações há mais de quinze anos.

² Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Atualmente faz parte do corpo docente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

PALAVRAS-CHAVE: Intervenção do Estado; Regulação; Direito Concorrencial; Contratos Associativos; Lei 12.529/2011.

ABSTRACT

This article has as its starting point the intervention and state regulation on the economy, notably in its competitive arena. From the constitutional nuances it is authorized the state intervention on the economic domain, under a regulatory activity, reason why we address the contours and features that can safely substantiate what comes to be the definition of "*associative contract*" in light of article 90 of Law 12.529/2011. Besides descriptive, this article aims at proposing the elements of such legal institute so that it can be further examined and make it safer for law professionals, entrepreneurs and regulators. Will be adopted in the research, bibliographic and doctrinal search on the subject, with a view to deepening the theoretical study presented here deserves.

KEYWORDS: State Intervention; Regulation; Antitrust Law; Associative Contracts; Law 12.529/2011.

1. INTRODUÇÃO

Faz pouco mais de um ano que a denominada Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529/2011) entrou em vigor e, não obstante os verificados avançados, notadamente àqueles relativos ao encurtamento do tempo de análise dos atos de concentração, ainda assim existem diversas questões sobre as quais o operador desse campo precisa se debruçar e até mesmo propor soluções.

O objetivo deste artigo é o de buscar na doutrina pátria e estrangeira e, sobretudo, nas decisões e normas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE"), os contornos e os elementos caracterizadores que auxiliem na definição de um conceito para a figura jurídica do "*contrato*

associativo” previsto no art. 90 da Lei 12.529/2011. Ao final, apresentaremos a nossa proposta.

2. DA IMPORTÂNCIA DE UM CONCEITO PARA O CONTRATO ASSOCIATIVO

O controle das estruturas de concorrência pelo CADE é prevista no art. 88³ da Lei 12.529/2011, a qual deve ser feita de forma prévia (*ex ante*) a sua concretização pelas partes aderentes.

³ “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).

§ 1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§ 2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§ 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.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo.

§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§ 8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§ 9º O prazo mencionado no § 2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

Nesse sentido, com base do art. 90⁴ da referida Lei, constituem-se atos de concentração econômica, cujo controle prévio pelo CADE se faz necessário: a fusão; a aquisição, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, do controle ou partes de uma ou outras empresas; a incorporação; e *quando ocorre a celebração de contrato associativo*, de consórcio ou de joint venture; observados os limites de faturamento das partes envolvidas na operação.

Pois muito bem, as referidas operações são mecanismos legítimos levados a cabo, regular e comumente, pelas empresas no curso de suas atividades. Denominam-se atos de concentração na forma de *estruturas de concentração*. E por serem legalmente permitidos pela Legislação Brasileira em vigor, mostra-se necessário ter-se claro o que se constituem cada um desses mecanismos.

Porque a indefinição desses institutos gera insegurança jurídica com consequências que podem levar, por um lado, (i) a um acúmulo de atos submetidos prévia e desnecessariamente ao CADE, e por outro, (ii) ao descumprimento pelas partes daquilo que foi normatizado em Lei e que acarretaria à aplicação de altas multas pecuniárias às partes infringentes.

Se a doutrina e os operadores do direito não tem maiores dificuldades em conceituar as demais figuras jurídicas trazidas pelo artigo 90 da Lei 12.529/2011, o mesmo não se pode dizer em relação ao instituto do “*contrato associativo*”, o qual ainda levanta questionamentos⁵.

I - por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II - por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.”

⁴ 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.

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.

⁵ Nesse sentido, Msc. Pedro Paulo Salles Cristofaro, Mestre em Direito Comercial pela Université de Paris X, Nanterre em palestra realizada no dia 16 de maio de 2013, no auditório do Centro Cultural do Instituto dos Advogados do Brasil (“IAB”), sobre o tema: “Tópicos Polêmicos da Nova Legislação

Em primeiro lugar, não há qualquer definição legal sobre o que venha a ser um *contrato associativo*. O adjetivo *associativo* inclusive pode remeter o operador, caso não subsumido à área antitruste, a buscar paradigmas em áreas de direito previdenciário, de direito bancário ou de direito civil; o que não resolve.

Daí o segundo problema. Há a probabilidade de uma confusão conceitual entre as mais diversas áreas do direito que, de novo, não contribui em nada para o esclarecimento que se faz necessário.

Como terceira questão, a novel legislação ainda não teve o devido tempo de se consolidar e a jurisprudência do CADE não teve tempo de esclarecer os elementos que moldam essa figura jurídica, que embora longe de ser uma novidade, carece de um esclarecimento objetivo.

Dessa forma, a falta de um conceito claro e objetivo sobre a figura jurídica do *contrato associativo* para fins concorrenciais se traduz em um compasso de espera no qual se encontram os operadores do direito e os empresários. Esse compasso de espera é negativo para as centenas de operações que ocorrem hodiernamente clamando-se, portanto, em definir seus contornos, não só a bem da segurança jurídica, mas também, para que evitem os riscos retro mencionados.

No mesmo sentido da importância da certeza e da segurança do direito vale repisar FERREIRA: "*Assim posto, não há que se duvidar que ambos os princípios – Certeza e Segurança do Direito – configuram bens juridicamente protegidos, não podendo, em âmbito nacional, nem mesmo as mais elevadas autoridades (...) pretender atrelar a um fato (juridicamente qualificado) resposta outra que não aquela previamente determinada por lei (...)*"⁶. Portanto, se não há lei definindo expressamente o instituto do contrato associativo, ao menos, fontes indiretas de direito, como a jurisprudência administrativa do CADE é onde seus contornos tem de ser encontrados.

Antitruste", acessado em <http://iab.jusbrasil.com.br/noticias/100563465/topicos-polemicos-da-nova-legislacao-antitruste>

⁶ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 35-36.

3. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A INTERVENÇÃO DO ESTADO (E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA) NO DOMÍNIO ECONÔMICO E REGULAÇÃO

Antes de estabelecermos e mesmo, propormos, os contornos do “*contrato associativo*”, em sede concorrencial, parece-nos prudente ao menos perpassarmos as principais correntes doutrinárias que assentam voz sobre o tema da intervenção do Estado (e da Administração Pública) sobre o domínio econômico.

Essa digressão cairá bem como pano de fundo para o tema deste artigo, dado que ninguém discute que há uma ação estatal em regradar – ou uma atividade regulamentadora na espécie *ordenadora*. Em outras palavras, no caso específico do artigo 88 da Lei 12.529/2011, há uma ação estatal que previamente aprovará total ou parcialmente, ou ainda, não aprovará um ato de concentração econômica sob a figura do *contrato associativo*, que é o tema central deste artigo.

Desse modo há de se fixar, de antemão, que é no matiz constitucional, embebecido nos artigos 170 e seguintes da Constituição Federal de 1988, que se encontram respaldados tanto os espectros positivos, quanto os limites negativos na ordem econômica do Estado Brasileiro que, sobretudo, autorizam a intervenção estatal na seara concorrencial⁷.

Para se entender como é possível que o Estado, por sua estrutura legitimada no CADE, tem o *dever* de analisar atos de concentração e, por outro lado, a iniciativa privada *está sujeita* à prévia aprovação estatal, é necessário transitarmos, mesmo que de modo resumido, sobre o papel do Estado na ordem econômica. Essa é a questão que se coloca a seguir.

⁷ Compartilhamos com Gaspar Ariño Ortiz: “*Há dois modos de nos aproximarmos do direito como ordenador da vida em sociedade, duas perspectivas, dois enfoques diferentes. O direito pode ser visto como aquele suum cuique tribuendi, “esse dar a cada um o seu”, em que o suum é visto a partir do indivíduo singular, a partir da pessoa individual como centro de interesses que o direito ampara. Mas também há outra visão da justiça que é a visão do coletivo, a necessária proteção e defesa da ordem e do bem da comunidade como conjunto. E a essa dupla visão do direito responde a famosa definição de Celso, que diz: “ius est ars boni et aequi”, na qual, junto aos direitos e interesses dos cidadãos (o aequum), se assinala o bem público ou bem comum (o bonum).”* ORTIZ, Gaspar Ariño. “A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes”. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 258, p. 11-25, set./dez. 2011.

Assim passaremos a fazer, observando três vertentes⁸: (1) aquela que credita ao Princípio da Subsidiariedade o elemento autorizador ao Estado intervir na ordem econômica, (2) aquela que credita ao Desenvolvimento esse mesmo elemento autorizador ao Estado, e (3) aquela que credita aos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica os norteadores da definição do papel do Estado nessa seara.

3.1. Princípio da Subsidiariedade como sustentáculo da intervenção Estatal no domínio Econômico

O Princípio da Subsidiariedade é motivo de regozijo desde a virada do século XIX-XX para muitos autores do mundo Ocidental. Tem servido como elemento legitimador às propostas de intervenção Estatal sob as mais diversas tarefas e atividades sociais e econômicas, para ficar apenas nesses dois campos. Vem a ser uma resposta ao desmoronamento do Estado essencialmente Liberal que não cumpriu o papel de atender anseios e necessidades coletivas.

Muito se diz que advém originariamente de encíclicas papais, fundadas em preceitos da doutrina Social da Igreja Católica⁹ que buscavam reintroduzir o

⁸ “A concepção tradicional de um Estado demasiadamente forte no Brasil, contrastando com uma sociedade fragilizada, é falsa, pois pressupõe que o Estado consiga fazer com que suas determinações sejam respeitadas. Na realidade, o que há é a inefetividade do direito estatal.” BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Organização Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva: 2006. p. 159.

⁹ “Com efeito, é com a doutrina social da Igreja Católica que a idéia de subsidiariedade adquire delineações mais específicas e atinentes à configuração sócio-política do Estado contemporâneo, sobretudo em fins do século XIX e início do século XX. Reputa-se, como marco inicial da versão moderna da formulação de subsidiariedade, à Encíclica Rerum Novarum do Papa Leão XIII, publicada em 1891, que despertou todo um processo revisional de reestruturação da sociedade da época e pôs a igreja Católica no movimento vanguardista pela concreção da justiça social”. ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; BÓDIO CAMPELLO, Livia Gaigher. in O Princípio da Subsidiariedade e a Efetividade Jurídica das Normas Ambientais: Repercussões e Convergências no Estado Brasileiro. Anais do Compedi Salvador/BA, 2006 acesso: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/vitor_de_azevedo_almeida_junior-2.pdf

Estado no papel central das demandas sociais e econômicas¹⁰ precariamente atendidas pela “*mão invisível do mercado*”¹¹¹².

As dimensões internas e externas do Princípio da Subsidiariedade não são parte deste trabalho valendo destacar aqui que esse Princípio induz ao Estado a participar da atuação social quando a sociedade não tem condições de se autogerir nas mais diversas facetas das interações sociais, com destaque na economia¹³.

Ao analisar o Princípio da Subsidiariedade CASTRO SAMPAIO, em recente tese de doutorado aprovada em banca da Universidade de São Paulo –

¹⁰ “*Esse afastamento significava, em primeiro lugar, a não-interferência do Estado na Sociedade; daí as reduzidas funções que lhe cabiam, a inibição do Estado no âmbito econômico e social.*” GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação. In Direito Administrativo Econômico. Coordenação SUNFELD, Carlos Ari. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 40.

¹¹ Nesse sentido, Vicente Bagnoli. “*Uma vez mais, remonta-se ao liberalismo do século XIX. A história já comprovou que o Estado é necessário para o funcionamento do mercado, bem como para fiscalizar e, quanto necessário, regular o poder econômico, a fim de coibir eventuais abusos e proteger o bem-estar da coletividade.*” BAGNOLI, Vicente. Direito e poder econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 85

¹² Assim atesta diferentemente Giandomenico Majone: “*O que precedeu o Estado regulador contemporâneo não foi algum regime laissez-faire puro, mas outro Estado regulador. O que mudou foi o modo, o escopo e/ou o nível de regulação, bem como a importância relativa de políticas reguladoras em relação a outras funções governamentais, como redistribuição de renda. Nos Estados Unidos, por exemplo, a regulação antitruste foi precedida por leis inglesas comuns contra o monopólio. A lei corporativa moderna foi precedida pela política de Estado de corporações empresariais licenciadas; a regulação social federal, pela regulação social em nível de Estado. Na Europa, a propriedade pública tem sido o modo tradicional de regulação econômica. Embora a empresa pública possa remontar ao século XVII, e em alguns casos até antes disso, foi só no século XIX que seu uso se tornou difundido com o desenvolvimento do gás, da eletricidade, da indústria da água, das ferrovias, dos telégrafos e, mais tarde, dos serviços de telefonia. Essas indústrias, ou parte delas, demonstraram as características de monopólios naturais. Assim, a propriedade pública justificou-se pela necessidade de proteger os consumidores da exploração por monopólios privados.*” MAJONE, Giandomenico. As transformações do Estado Regulador. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013. p. 11.

¹³ “*A subsidiariedade surge com a finalidade de regular a intervenção estatal na economia, possibilitando a convivência harmônica entre a ordem econômica espontânea e a ação do Estado, a qual não é vedada, mas limitada a correções em nome do interesse público. O Estado assim, se afasta de atividades comerciais e industriais, bem como de grande parte dos serviços públicos. Todavia, sua intervenção ganha importância na defesa do interesse público em que o agente estatal mantém a competência geral de subordinar a econômica à suas regras, sem retirar dos órgãos sociais a função legítima de desenvolver diretamente a atividade econômica. Portanto, é através da subsidiariedade que se ponderam direitos, os quais, a Princípio, parecem antagonísticos e excludentes: o direito à livre iniciativa e o direito de intervenção do Estado com vistas à preservação do interesse público. E é diante desse aparente antagonismo que pode ser modelada a competência interventiva do Estado. A função estatal na esfera econômica é, neste contexto, subsidiária em relação aos indivíduos e aos grupos sociais, sendo medida de exceção sua intervenção e pontual na oque tange à eliminação de disfunções que desumanização a ordem espontânea.*” CASTRO SAMPAIO, Gustavo J. M. de. O Princípio da Subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária. 207 folhas. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo 2011. Acesso www.teses.usp.br/.../Gustavo_Jose_Marrone_de_Castro_Sampaio_DO.pdf

USP traz importante contribuição ao delimitá-la: “As *intervenções legítimas do Estado na ordem econômica, diante do novo modelo apresentado, só ocorrem quanto o interesse público assim as justificar.*”¹⁴ Ademais, o mencionado autor, ainda dá pistas quanto ao passo seguinte à afirmação Estatal do poder de intervir, ou seja, *como intervir*, mediante: regular, fomentar ou atuar diretamente. “*Desta maneira, somente quanto à atividade do particular ou do poder econômico de determinados grupos ponham em risco o bem comum e a própria ordem espontânea, é que a atuação estatal, seja ela regulatória, de fomento ou direta, encontra legitimidade. Deve ela ser subsidiária, devendo qualquer intervenção injustificada ser prontamente condenada.*”¹⁵¹⁶

Em suma, segundo parte da doutrina Brasileira, o Princípio da Subsidiariedade estaria implícito na Carta Magna que, sob tal signo, legitimaria o Estado a intervir sobre as práticas do domínio econômico a partir, dentre outros, do controle prévio dos atos de concentração.

As razões detalhadas dos benefícios e problemas que levam a essa atuação estatal também não são parte desse trabalho, no entanto, é bom que se diga que o controle das *estruturas de mercado* em sede concorrencial é bastante antigo nos Estados Ocidentais, de modo que, seja pela análise detalhada do direito concorrencial – repita-se, que neste trabalho não será detalhado –, seja pela prática escorreita no direito alienígena e mesmo no Brasileiro, é de se ter indispensável à atuação estatal nesse campo¹⁷¹⁸.

¹⁴ CASTRO SAMPAIO, Gustavo J. M. de. O Princípio da Subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária. 207 folhas. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo 2011. Acesso www.teses.usp.br/.../Gustavo_Jose_Marrone_de_Castro_Sampaio_DO.pdf

¹⁵ CASTRO SAMPAIO, Gustavo J. M. de. O Princípio da Subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária. 207 folhas. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo 2011. Acesso www.teses.usp.br/.../Gustavo_Jose_Marrone_de_Castro_Sampaio_DO.pdf

¹⁶ Vale destacar que a doutrina minoritária estabelece a intervenção direta como meio de regulação.

¹⁷ É bem verdade que não só no controle de estruturas a ação reguladora encontra espaço. No controle de condutas a agência concorrencial possui uma desafiadora tarefa. Situações que, num toque de mágica, poder-se-iam ter definidas com respostas-prontas na realidade têm particularidades e especificidades que levam ao operador do direito ter uma cautela redobrada. Nesse sentido Richard Posner levanta especial questão ao analisar a estrutura cartel no setor de distribuição de direitos autorais sobre distribuição de músicas entre agentes localizados em cadeia horizontal. Observa o autor que nem sempre o resultado dessa estrutura gera malefícios sociais, o que denota ainda mais complexidade na análise das operações de concentração. Nesse sentido, ao invés de propor uma solução, realça questionamentos que só seriam respondidos caso a caso e não a partir de respostas prontas apenas com base na estrutura apresentada: “*How far should the idea of an efficient cartel be pushed? Suppose competing firms form an exclusive sales agency, arguing that this will (1) reduce buyer search costs, (2) increase the incentive to innovate, and (3) reduce expected deadweight costs of bankruptcy (see §14.5 infra). Are these ridiculous arguments? If not, how should they be traded off*

3.2. Desenvolvimento como fundamento interventivo e não a subsidiariedade

É com levante singular que GABARDO identifica, de outro modo à questão da intervenção do Estado sob o domínio econômico.

Segundo o autor, o Estado Moderno passou a ter como objetivo o desenvolvimento “sustentado”, “*com o setor público sendo responsável pelo controle das deficiências do mercado, inclusive tornando-se o aparelho estatal um dos maiores produtores e consumidores de bens e serviços.*”¹⁹

Ora, após perpassar toda a atual dinâmica da Subsidiariedade como princípio norteador da atuação do Estado Brasileiro sobre o domínio econômico, o autor chega então à conclusão, e sustenta com afinco, que em verdade seria o “desenvolvimento sustentado”²⁰ a mola propulsora que legitimaria, autorizaria e, porque não dizer, criaria o dever da atuação e intervenção estatal sobre o domínio econômico.

E assim o fez sob respeitável raciocínio.

Nesse sentido, aduz GABARDO que o matiz constitucional na atual Carta Magna difere substancialmente da Carta de 1967, com redação dada a partir da Emenda Constitucional de 17 de outubro de 1969. Segundo o autor, a

against the social cost of cartelization?” POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. Nova Iorque: Aspen Publishers. 7ª edição. 2007. p. 307.

¹⁸ Nesse sentido, ainda sob o enfoque da legislação anterior – Lei 8.884/1994, Paula A. Forgioni chegara, entre outras, a seguinte conclusão: “(i) *todos os atos restritivos da concorrência (i.e. que impliquem prejuízo à livre iniciativa ou à livre concorrência ou ao domínio de mercado) devem ser submetidos ao CADE, sejam eles acordos entre empresas ou concentrações econômicas.*” FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. 3ª edição. p. 495.

¹⁹ GABARDO, Emerson. *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 162.

²⁰ Nesse sentido, é possível verificar na novel alteração da Lei das Licitações a preocupação do legislador em buscar efetividade ao termo Desenvolvimento, como atesta FERREIRA. “*Portanto, com base no Direito atualmente vigente, qualquer licitação instaurada no Brasil não apenas pode como deve promover o desenvolvimento nacional sustentável, o que coloca em cheque, de plano, as razões jurídicas de legitimidade vislumbradas para algumas das disposições contidas no art. 24 da Lei nº 8.666 antes da mudança radical operada em 2010. É que a justificativa outrora encontrada para elas era exatamente a satisfação de outro interesse público relevante que, mui excepcionalmente, poderia encontrar na licitação um difícil empecilho, senão.*” FERREIRA, Daniel. *Contratação direta de entidades do Terceiro Setor: possibilidades, parâmetros e limites no contexto da Lei nº 12.349/10*, in Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, ano 11, n. 126, jun. 2012.

ordem econômica constitucional de 1967, insculpida naquele seu artigo 170²¹, consagrava o princípio da subsidiariedade como autorizador da ação estatal, dado que em seu parágrafo primeiro estava expresso que “*apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica*”²². Já, segundo esse autor, o artigo 173 da atual Carta Magna, que trata da mesma matéria, dispõe de forma diversa²³

GABARDO, nesse aspecto, sustenta que a visão integrativa da Constituição Federal de 1988 é que dá o tom e autoriza defender que o desenvolvimento sustentável é o que dá respaldo e se constitui como elemento norteador à intervenção Estatal sobre o domínio econômico. A uma, em razão do artigo 3º da atual Constituição Federal, expressamente, prever o *desenvolvimento*²⁴ como um dos objetivos da República; e, a dois, em razão de sustentar que inexistente qualquer postulado, mesmo implícito, que venha induzir a existência do Princípio da *Subsidiariedade* na atual Carta Magna²⁵.

²¹ “Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

“§1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.” (NA: *redação e ortografia originais*)

²² “O artigo 170 da Constituição brasileira de 1967 previa expressamente que às empresas privadas competia, “preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar as atividades econômicas”. Já no parágrafo primeiro deste artigo dispunha que “apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Aqui sim, neste dispositivo da redação precedente à atual, estava consagrado o princípio da subsidiariedade. O legislador constituinte, entretanto, resolveu alterar propositalmente a norma, com vista a fazer desaparecer a ideia de subsidiariedade (no que fez bem, pois tal ideia pouco tem a ver com um Estado de modelo social).” in *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 225.

²³ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁴ Sobre uma perspectiva social do desenvolvimento Amartya Sen aprofunda o tema da liberdade como principal fim do desenvolvimento: “Procuramos demonstrar neste livro que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. O enfoque nas liberdades humanas contrasta com visões mais restritas de desenvolvimento com crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento de rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico ou modernização social.” SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 16.

²⁵ “Foi muito acertada a redação dos dispositivos da Constituição brasileira sobre o assunto. Não se menciona no texto da Constituição Federal de 1988 a expressão “desenvolvimento econômico”; o constituinte optou por sempre se referir ao “desenvolvimento nacional ou regional”, quando no artigo 3º, inciso II, elencou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil “garantir o

Em suma, GABARDO entende que o Princípio da Subsidiariedade não se encontra previsto, nem implicitamente, na Carta Magna e o que então legitima o Estado Interventor sobre o domínio econômico é o objetivo da República de *desenvolvimento*²⁶ que, seguramente, haveria de se refletir nas operações de estruturas de mercados, sob o ângulo concorrencial.

3.3. Princípios da Ordem Econômica como norteadores da definição do papel do Estado

Nota-se que GRAU tem visão diversa daquelas expressadas anteriormente. Esse autor aduz que é a partir da ordem econômica que a intervenção do Estado é autorizada e, mais que tudo o quanto incompatível com ela se reduziria à inconstitucionalidade.²⁷

A fim de racionalizar tal posicionamento, GRAU sustenta que qualquer prática econômica (mundo do ser) incompatível com os ditames do art. 170²⁸

desenvolvimento nacional". in *Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 245.

²⁶ Nesse sentido Daniel Ferreira: "(...) deixar de promover o desenvolvimento nacional não equivale a um simples descumprimento de dever legal, ou mesmo desobediência a simples regras constitucionais; revela, isto sim, desrespeito a direito fundamental." FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 56.

²⁷ "Daí porque desejo afirmar, vigorosamente, serem constitucionalmente inadmissíveis não somente normas com ele incompatíveis, mas ainda quaisquer condutas adversas ao disposto no art. 170 da Constituição." in GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 196.

²⁸ *Constituição Federal de 1988: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)."

da Carta Magna de 1988, qual seja, com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa será adversa à ordem constitucional²⁹.

Tem-se, portanto, que GRAU parte de um ponto diferente daquele que os autores retro mencionados. Para ele é na Ordem Econômica que se verifica o tom constitucional e permissivo, autorizativo e mandatório à intervenção do domínio econômico. Não seria mero ajuste fino aos preceitos e ditames advindos dos objetivos da República, como se observou em posição, diametralmente oposta, da aplicação do Princípio da Subsidiariedade, nem em posição intermediária da aplicação do Objetivo do Desenvolvimento.

Para GRAU, é sim a ordem econômica, não só ajuste fino, mas também o pressuposto autorizador à intervenção estatal, com consequências bastante relevantes, que, no entanto, não é objeto deste trabalho.

3.4. Da necessária conclusão da Intervenção do Estado no Domínio Econômico

Não obstante as três vertentes expostas que, como se disse, teve o propósito de situar o leitor em um pano de fundo para responder a questão relativa de onde vem à autorização da intervenção do Estado sobre o Domínio Econômico, seja fomentador, seja participativo, seja ordenador, tem-se como necessária conclusão o fato de que a intervenção do Estado é autorizada pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Diante disso, passaremos desse nível amplo de espectro constitucional para o esclarecimento e a elucidação – em um nível mais restrito do que vem a ser – em sede concorrencial a atuação do Estado na análise e autorização de consecução de atos de concentração, como passamos a fazer a seguir.

3.5. Regulação Administrativa: a forma de intervenção do Estado sobre a economia em sede concorrencial

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 195-196.

Pois muito bem, uma vez assentado os pressupostos que autorizam e que legitimam o Estado Brasileiro intervir na ordem econômica privada, há que se verticalizar o aprofundamento do tema, para responder a seguinte questão: *como então se dá essa intervenção? Ou melhor, qual é a forma, o instrumento que o Estado Brasileiro está autorizado a utilizar para intervir na esfera concorrencial?*

A resposta é: através da regulação administrativa³⁰³¹³².

Que se assente, nessa altura, que objetivamente a Constituição de 1998 prevê em seu artigo 173, parágrafo 4º que “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”. E, atualmente, a Lei 12.529/2011, que entrou em vigor em maio de 2012, é a que se constitui na ferramenta infraconstitucional, em sede concorrencial, apta a levar a cabo tais preceitos constitucionais.

Isso porque, está previsto na Lei 12.529/2011 os diversos mecanismos específicos de regulação administrativa – ordenadora e fiscalizadora³³³⁴ –

³⁰ Ricardo Martins ao se debruçar sobre o texto constitucional afirmar que: “(...) *Em vários dispositivos o contexto deixa claro que o constituinte utilizou o verbo “regular” e, pois, o substantivo “regulação” com o significado, próprio da linguagem comum ou natural, de “disciplinar”, “estabelecer regras.”* in MARTINS, Ricardo Martins. Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 101. Em sentido oposto PASTRE, Daniel Fernando: “(...) *pôde-se averiguar que o Estado atuará diretamente no domínio econômico quando utilizar-se de seu poder legislativo e regulamentar, podendo, dirigir ou induzir a economia; e indiretamente quando exercer atividade econômica do gênero (...)*”. in Dissertação de Mestrado no Programa da UNICURITIBA: Efetividade sócio-econômica dos processos de autorização estatal nas concentrações empresariais. 2009

³¹ “*A regulação administrativa refere-se à atividade econômica: é a interferência da Administração Pública sobre a atividade econômica.*” MARTINS, Ricardo Martins. Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 240.

³² Já Vicente Bagnoli separa a da concorrência como elemento autônomo de intervenção: “*O Controle do poder econômico pelo Direito no século XXI, e o conseqüente combate ao seu uso abusivo, importa em dois elementos essenciais: a regulação e a concorrência. Existe, entretanto, uma linha bastante tênue entre regulação e concorrência, sobretudo, em épocas de concentração do poder econômico, fazendo-se necessária uma regulação mais atuante e comprometida com o valor institucional da “concorrência”.*” BAGNOLI, Vicente. Direito e poder econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 70. Em nossa opinião a concorrência não é um fim em si mesma, portanto, é um produto da regulação, ou ainda, um dos objetos sobre os quais a regulação administrativa se debruçará.

³³ Nesse sentido, afirma Luís Roberto Barroso: “*Cabe ao Estado fiscalizar e regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica. No desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anticoncorrenciais, para citar alguns exemplos.*” BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In Revista dos Tribunais nº 795. Janeiro de 2012. p 65.

³⁴ Avança na análise PIMENTA. Denota o autor que fomento também se constitui em atuação Estatal em sede de regulação administrativa: “*Com efeito, diferentemente das relações jurídicas nascidas sob a*

sobre a atividade econômica concorrencial, dentre eles o já mencionado controle prévio de estruturas de concorrência do artigo 90, inciso IV, onde se situa, entre outros, o *contrato associativo*.

E nesse sentido concordamos com o que preleciona BAGNOLI para quem “As acepções do termo “regulação” referem-se às formas de organização da atividade econômica pelo Estado, tanto pela concessão de serviços públicos como ao poder de polícia. Mas, especificamente no campo econômico, diz respeito à redução da intervenção direta do Estado e à concentração econômica.”³⁵

A regulação administrativa^{36,37}, portanto, é a forma pela qual a intervenção do Estado se dá sobre a economia³⁸, que em sede concorrencial encontrará sucedâneo normativo na Lei 12.529/2011.

égide do Direito Administrativo Ordenador e do Direito Administrativo Sancionador, as relações jurídico-administrativas surgidas sob a égide da técnica promocional são estruturadas a partir da adesão dos administrados à constituição dos referidos vínculos, teleologicamente orientados à satisfação indireta de interesses públicos específicos. Esta dimensão dota o fomento de singularidade, em face da atividade ordenadora e prestacional. Assim, a distinção não está no elemento finalístico comum a toda função administrativa, mas no modus operandi, ou seja, na técnica jurídica operativa de estruturação ou criação do vínculo jurídico-administrativo entre particular fomentado e Administração fomentadora, em vista do interesse público colimado em Lei.” PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. *Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 516.

³⁵ BAGNOLI, Vicente. *Direito e poder econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 71

³⁶ Discordamos de Ricardo Martins quando diz que “(...) *regulação abstrata autônoma, salvo expressa disposição constitucional em sentido contrário, é efetivada por lei, é regulação legislativa.*” (...) “*O núcleo essencial da função legislativa é efetivar ponderações autônomas no plano abstrato; núcleo essencial da função administrativa é realizar ponderações no plano concreto – edição de normas jurídicas concretizadoras das ponderações constitucionais e legislativa (...).*” (...) “*Há edição de normas abstratas no Poder Executivo, mas não são regulamentos para cumprir a legislação e sim para disciplinar os subordinados. Efeitos internos com função de hierárquica.*” MARTINS, Ricardo Martins. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 103-110. No nosso entender, a regulação também se faz em plano abstrato, dado que compactuamos que é na teoria dos *standards* onde se situam as “bandas” permissivas de atuação regulatória abstrata estatal, sem que isso fira a separação de poderes.

³⁷ “*Pois bem: regulação no caput do art. 174 não tem o significado de “estabelecer normas abstratas”, pois esse é o significado de “agente normativo”. A palavra “regulação” é, assim constitucionalmente ambígua: em diversos dispositivos é utilizada no sentido genérico de “estabelecer normas”, no caput do art. 174 é utilizada num sentido específico ou técnico. Regulação administrativa em sentido estrito, primeira conclusão, não consiste numa atividade normativa no sentido constitucional da palavra, quer dizer, na edição de normas abstratas, na realização de ponderações autônomas ou não autônomas no plano abstrato. Regular é nesse sentido, para os fins constitucionais, efetuar ponderações no plano concreto.*” MARTINS, Ricardo Martins. *Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 106.

³⁸ Ricardo Martins entende diferente de nós. Para ele somente a regulação externa é cabível, ou seja, não atingiria os entes da Administração, mas, tão somente, os particulares no exercício da atividade econômica é que seria objeto da regulação administrativa. “*Eis uma característica fundamental da regulação administrativa: é uma atividade estatal voltada aos particulares, à esfera de liberdade destas,*

4. PROPOSTA PARA A DEFINIÇÃO DOS CONTORNOS E ELEMENTOS CARACTERIZADORES DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS PREVISTO NO ARTIGO 90 DA LEI 12.529/2011

Assentado nos trechos acima a autorização constitucional de intervenção do Poder Público sobre o domínio econômico, bem como a forma (regulação) dessa intervenção em sede concorrencial, cabe-nos então propormos os contornos e elementos caracterizados dos *contratos associativos* à luz do artigo 90, inciso IV da lei 12.529/2011, sobretudo, com o objetivo de tentarmos trazer segurança jurídica àqueles atos que necessariamente devem ser submetidos à aprovação do CADE.

Para tanto, antes de tudo, devemos elucidar em que contexto o instituto do *contrato associativo* se situa.

4.1 Contratos Associativos, *Joint Ventures* e Consórcios: instrumentos de cooperação empresarial – traços característicos *gerais*.

Nessa altura é necessário reafirmar que a criação da *personalidade jurídica*³⁹ não se constituiu na *linha-de-chegada* à seara do direito das

e não à atuação do Estado. ” (...) “ (...) regulação de serviços públicos ou regulação de monopólios estatais é contradictio in terminis. Com efeito: serviços públicos e monopólios estatais são atividades do Estado- e, pois não passíveis de regulação.” (MARTINS, Ricardo Martins. Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 114-116.) O nosso entendimento é que o ente Estatal ator de atividade econômica sob respaldo constitucional, pode ser sim objeto de regulação administrativa, como, aliás, pondera no mesmo sentido Vicente Bagnoli: “O dever de controlar o poder econômico é exercido pelo Estado por meio de seus órgãos competentes, impondo-se a todos os agentes econômicos atuantes no mercado, independentemente de serem entes privados ou estatais desempenhado atividade econômica.” BAGNOLI, Vicente. Direito e poder econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 76

³⁹ Nesse sentido vale revisitar o magistério de PONTES DE MIRANDA: “As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema-jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateral (fundações).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Parte geral. Volume I, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983. p. 280.

sociedades empresariais.⁴⁰ Ao contrário, talvez tenha se constituído apenas num primeiro passo em direção à consecução das atividades empresariais, dado que os empreendimentos, ao longo do Século XX, foram levados a cabo por meio de inúmeras e sofisticadas figuras e institutos jurídicos.

Seja pela necessária e indissociável conjugação de esforços entre empresários, seja pela mitigação de riscos de um empreendimento a serem alocados em entidades diversas; o mundo dos fatos nos mostra que inúmeras figuras jurídicas foram brotando a partir criatividade empreendedora. Assim é que, não só figuras jurídicas tipificadas no ordenamento pátrio⁴¹, mas também figuras atípicas têm sido rotineiramente utilizadas como instrumentos de realização dos fins empresariais.

No modelo do inciso IV artigo 90 da Lei 12.529/2011 estatuíram-se as figuras do *contrato associativo*, consórcio ou *joint venture* que, uma vez firmado por duas ou mais empresas, tornar-se-iam gatilhos para a prévia submissão do CADE da operação neles subsumida.

Pois o que se tem de comum nessas três figuras⁴²? – assentar isso, é um primeiro passo na busca de uma proposição sobre os contornos do instituto do *contrato associativo* – A nossa resposta: é especificamente o traço da *cooperação empresária*. Cooperação empresária que como se disse, ou pode ser com a conjugação de esforços econômicos, tecnológicos, administrativos, operacionais, entre outros, ou pode ser com a simples, mas importante,

⁴⁰ Conforme esclarece Gilberto Gomes Bruschi: “Convém salientar que nem todos os países da comunidade jurídica internacional que têm seu direito civil originário do direito romano-germânico adotam a expressão “pessoa jurídica”. Dentre aqueles que utilizam a mesma denominação brasileira, estão a Argentina, a Alemanha, a Itália e a Espanha. Na Suíça e na França, usa-se o nome de “pessoa moral” e, em Portugal, o instituto é chamado de “pessoa coletiva.” BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004. p. 5.

⁴¹ São tipificadas Código Civil Brasileiro de 2002: Sociedade em Conta de Participação; Sociedade Simples; Sociedade em Nome Coletivo; Sociedade em Comandita Simples; Sociedade Limitada; Sociedade Anônima; Sociedade em Comandita por Ações; Sociedade Cooperativa. Atípicas, ou seja, conceito aberto na legislação em vigor Brasileira:

⁴² MODESTO, Carvalhosa postula que a *joint venture* não seria outra coisa senão um consórcio societário: “A conjugação de aptidões e recursos empresariais de duas ou mais sociedades tem levado a cabo – (...) – à formação de consórcios contratuais (*joint venture agreements*). Na sua formação mantém-se a autonomia das consorciadas, que nomeiam o administrador do consórcio (*operator*) visando à consecução dessas atividades comuns. A essa prática acrescentou-se, alternativamente, outra: a formação de consórcios societários – *joint venture corporations*.” In *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. São Paulo: Brasil, 1998. p. 344.

preocupação de mitigação de riscos econômicos e/ou financeiros das partes envolvidas no empreendimento.

As figuras jurídicas da *joint venture*⁴³ e do consórcio não clamam por maiores esclarecimentos, notadamente, quanto a sua identificação e caracterização. Por seu turno, prestam um auxílio em busca do que vem a ser um conceito ou os contornos, justamente, do *contrato associativo*. Não é desarrazoado sustentar que são espécies do mesmo gênero, como se verá adiante. Nesse caso do gênero instrumentos de *cooperação empresarial*.

Eis, portanto, o *primeiro traço característico geral* do contrato associativo: instrumento de cooperação empresarial.

4.2 Joint Ventures

Segundo BASSO “as *joint ventures* têm origem na prática privada, nos contratos que as constituem e nas operações comerciais, não sendo criação dos legisladores nacionais.”⁴⁴ Adicionalmente, sustenta que “(...) expressão que não em equivalente em nossa língua, corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas de um mesmo país ou de países diferentes, sendo usada na linguagem comercial para designar qualquer acordo empresarial para realização de um projeto específico, uma aventura comum, independentemente da forma jurídica adotada: societária, quanto constitui uma terceira pessoa para realização do empreendimento comum, ou somente contratual, quanto o acordo entre os parceiros não dá nascimento a uma pessoa jurídica independente.”⁴⁵

A doutrina⁴⁶ divide as *joint ventures* em duas espécies⁴⁷: “*joint ventures*” contratuais (*non corporate joint ventures*), sendo esta caracterizada como uma

⁴³ Para Carlos Alberto Bittar, *joint venture* é conceituada como o “ajuste tendente a combinação de capitais ou de técnicas entre empresas diferentes, com ou sem o surgimento de nova personalidade jurídica”. BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 2ª ed., p. 213.

⁴⁴ BASSO, Maristela in *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 15

⁴⁵ BASSO, Maristela in *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 15

⁴⁶ BASSO, Maristela in *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 44 : “A distinção entre as *joint ventures* societárias (*corporate*) e as não societárias (*non corporate*) resulta da existência, na primeira, de elementos específicos do contrato de sociedade, em especial : a) a entrada com que os participantes contribuem para possibilitar a execução

fórmula contratual que dá relevo à instauração de uma relação de colaboração não constituída de esquema societário, ou seja, meramente regida por um contrato com relações de cunho obrigacionais e sem a formação de uma nova empresa ou estrutura societária formal, destituídas, portanto, de personalidade jurídica. Já as “*joint ventures*” societárias têm como característica essencial o objetivo de realizar um projeto ou empreendimento comum, com a criação de uma nova empresa diversa daquelas que lhe deram origem.

BASSO ainda preleciona que “*Os investimentos indiretos podem ser feitos, basicamente, por meio dos consórcios de empresas, previstos na Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76, e de outras modalidades de associações empresariais que chamamos de joint venture.*”⁴⁸

Desse modo, seja com a criação de uma personalidade jurídica própria, seja por meio de relação contratual pura, a *joint venture* é instrumento atípico do ordenamento jurídico pátrio, mas legítimo, de cooperação empresarial em busca de objetivos comuns entre empresários e/ou sociedades empresárias.

4.3 Os Consórcios da Lei das Sociedades Anônimas

Se a *joint venture* não encontra definição na legislação positiva Brasileira, o mesmo não se diz do instituto do consórcio. O capítulo XXII da Lei das Sociedades Anônimas – 6.404/1976 se dedica aos contornos jurídicos do consórcio em sede societária – nada, portanto, tendo relação com o consórcio mercantil, bancário ou ainda o imobiliário⁴⁹.

em comum do projeto ou operação; b) a repartição de lucros ou prejuízos; c) o interesse comum dos participantes de que a associação atinja seus objetivos, em razão do qual exercem ou controlam a gestão do empreendimento”.

⁴⁷ Já Patrícia Carvalho propõe cinco espécies de *joint ventures*, conforme a origem, criação de terceira entidade, participação financeira localização e duração: “*As joint ventures empresariais podem ser classificadas em: a) nacionais e internacionais; b) com ou sem participação financeira; c) com ou sem criação de personalidade jurídica; d) filial comum internacional; e, por último transitória ou permanente.*” In CARVALHO, Patrícia, *Joint venture – Uma visão econômico-jurídica para o desenvolvimento empresarial*. Curitiba: Juruá, 2004, 1ª edição, 2ª tiragem. p.39-40.

⁴⁸ BASSO, Maristela in *Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 67/68

⁴⁹ Lei 6.404/1976: “Art. 278. *As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.*

§ 1º *O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.*

A nosso ver o consórcio, por ter previsão legal, traduz-se em um instrumento de cooperação empresarial que dá maior previsibilidade do que a *joint venture*. Esta última ficará sujeita a solução de litígios em sede judicial, notadamente, se trazido a enfrentamento por terceiro que não se constitua parte da *joint venture*. Explico com um exemplo: a Lei (artigo 278 parágrafo 1º da Lei das Sociedades Anônimas) já estabelece que não existe solidariedade entre as partes nas obrigações que assim não forem previstas no contrato de consórcio. Por outro lado, mesmo que previsto dessa forma no contrato de *joint venture*, sempre haverá espaço para que terceiro estranho ao contrato tente imputar a existência de responsabilidade solidariedade em caso de inadimplemento de obrigação daquela parte com quem estabeleceu negócio jurídico no âmbito do empreendimento.

Por outro lado, a *joint venture* permite que o contrato para consecução do empreendimento seja moldado de forma mais aberta, dado que possui essa característica, justamente, em razão de ser um instituto não tipificado.

4.4 Contratos Associativos – perspectivas Lato Sensu e Stricto Sensu

Como se demonstrou acima os consórcios de empresas e as *joint ventures* tem como objetivo a *cooperação empresarial* elemento este que em realidade os caracterizam como *contratos associativos lato sensu*.

§ 2º A falência de uma consorciada não se estende às demais, subsistindo o consórcio com as outras contratantes; os créditos que porventura tiver a falida serão apurados e pagos na forma prevista no contrato de consórcio.

Art. 279. O consórcio será constituído mediante contrato aprovado pelo órgão da sociedade competente para autorizar a alienação de bens do ativo não circulante, do qual constarão: (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

I - a designação do consórcio se houver;

II - o empreendimento que constitua o objeto do consórcio;

III - a duração, endereço e foro;

IV - a definição das obrigações e responsabilidade de cada sociedade consorciada, e das prestações específicas;

V - normas sobre recebimento de receitas e partilha de resultados;

VI - normas sobre administração do consórcio, contabilização, representação das sociedades consorciadas e taxa de administração, se houver;

VII - forma de deliberação sobre assuntos de interesse comum, com o número de votos que cabe a cada consorciado;

VIII - contribuição de cada consorciado para as despesas comuns, se houver.

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

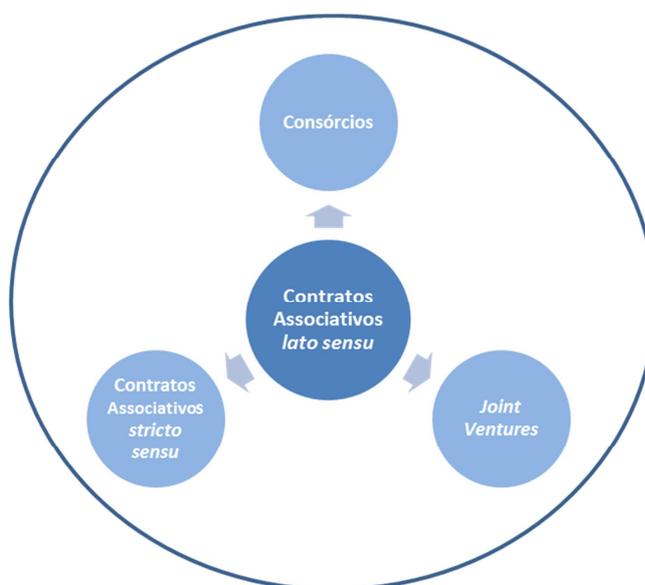
Por esses instrumentos jurídicos duas ou mais empresas associam capitais, objetivos, operações, finalidades, estratégias em busca de um resultado comum de tal maneira que se caracterizam como contratos associativos numa perspectiva larga.

Nas palavras de CARVALHOSA, “O *consórcio constitui um contrato associativo, sem personalidade jurídica.*”⁵⁰

Para BITTAR, “*Em si, o joint venture representa um contrato associativo, por meio do qual os empresários reúnem recursos ou técnicas em empreendimento de interesse recíproco.*”⁵¹

Ora, fica claro que a expressão Contrato Associativo tem duas perspectivas. Uma *lato sensu* que compreende o consórcio e a *joint venture* e, outra, *stricto sensu* que é o próprio *contrato associativo*.

Não fosse isso, não haveria qualquer racionalidade para que essa expressão fosse inserida lado a lado as outras duas espécies gêneros de Contratos Associativos (*vide figura 1*). Para tanto, a seguir passaremos a enfrentar e propor os tornos e elementos caracterizadores dos contratos associativos *stricto sensu*, ponto final deste artigo.



⁵⁰ MODESTO, Carvalhosa. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo: Brasil, 1998. p. 339.

⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Contratos comerciais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. 5ª ed., p. 198.

Figura 1: Instrumentos de cooperação empresarial do artigo 90, inciso IV - Lei 12.529/2011.

Fonte: autor

4.5 Uma Proposta para a definição dos contornos e elementos caracterizadores dos contratos associativos *stricto sensu* no Direito Concorrencial Brasileiro à Luz da Lei 12.529/2011.

A proposição de elementos caracterizados à figura do contrato associativo à luz do artigo 90 da Lei 12.529/2011 é enorme desafio, dado que a doutrina especializada ainda não se debruçou sobre o tema de forma detida. Não obstante, não deixaremos de dar a nossa proposta, dado que o passo inicial tem de ser dado. Longe de ser uma posição fechada, o propósito é de justamente chamar a atenção dos operadores do direito, membros da academia e das autoridades reguladoras quanto à necessidade de serem fixados os contornos dessa figura que, repita-se não tem um norte normativo seguro.

Para tanto, valemo-nos da análise de um rol recente de julgamentos do CADE que dão pistas dos elementos que podem caracterizar tal instituto.

A rigor, a Procuradoria Especializada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – PFECADÉ teve a oportunidade de, até o momento, enfrentar o tema apenas *em uma oportunidade*.

No âmbito do Ato de Concentração 08700.008736/2012-92 aquele órgão vinculado à Advocacia Geral da União emitiu o Parecer nº 394/2012/AGU/PGF/PFECADÉ datado de 29 de outubro de 2012.

No caso específico sustentou a Procuradoria Especializada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que embora a operação não fosse caracterizável como *joint venture*, nem como consórcio, ainda assim haveria a colaboração entre empresas numa operação com potencial de implicar a eliminação ou redução de concorrência nos mercados afetados.

Sustentou ainda a Procuradoria Especializada que, muito embora se mantivesse a autonomia jurídica dos centros de decisão das partes contratante, havia a previsão de *exclusividade* que as impediriam de prestar individualmente serviços a terceiros semelhantes àquele objeto da parceria.

Dessa forma, a parceria havida, a partir do referido caso concreto, poderia ser caracterizada como um *contrato associativo* à luz do inciso IV da Lei 12.529/2011.

No entanto, cremos que apenas eles dois elementos (i) exclusividade e (ii) cooperação/colaboração empresarial não se prestariam para enquadrar e diferenciar dogmáticamente o instituto do *contrato associativo* stricto sensu de outros institutos, dado que também estão, ou podem estar, presentes na *joint venture* e no consórcio.

Nosso ponto de partida é que, não obstante a figura jurídica utilizada, o que o legislador pretendeu contemplar a partir do artigo 90 inciso IV da Lei 12.529/2011, foram quaisquer atos que em razão de uma cooperação empresarial tivessem o potencial de criar restrições concorrenciais.

A forma do ato é um complementador, mas não o essencial.

No entanto, isso só não nos presta para qualificar o *contrato associativo stricto sensu*, pois estabelecido nas linhas acima os contornos da *joint venture* e do consórcio, tudo mais de contratos que seja cooperativo e com exclusividade devem ser objeto de apresentação ao CADE, mas desde que contenha alguns *elementos próprios* da sua natureza concorrencial.

É que se nesse grande colchão se debruçassem todos os contratos que não se encaixassem em *joint venture* e consórcios isso levaria a um despropósito sem medida. Fixe-se: o contrato associativo stricto sensu tem alguns elementos próprios de sua natureza que colhemos ao longo de diversos acórdãos do CADE, como: quando prevista a transferência de ativos concorrenciais sensíveis (tais como: físicos, intangíveis ou informacionais); quando prevendo vigência superior à 5 anos⁵²⁵³; quando prevendo a impossibilidade de rescisão imediata por quaisquer das Partes, sem ônus.

⁵² No Ato de Concentração nº 08012.000182/2009-56 – Contrato de Fornecimento não exclusivo firmado entre a Monsanto e a Iharabrás, O CADE, por maioria, não conheceu da operação, julgada em 2010, aos argumentos do •Voto de Vista Cons. Arthur Badin: i) Ausência de transferência de direitos sobre ativos; ii) Inexistência de cláusulas de exclusividade ou equivalentes (restrições ao direito de decisão); iii) Prazo de vigência inferior a 05 anos; iv) Possibilidade de rescisão imediata sem ônus; v) Volume de produtos inferior ao percentual legal (art. 54, §3º da Lei n. 8.884/94).

⁵³ No Ato de Concentração nº 08012.005367/2010-72 – Contrato de Fornecimento de glifosato firmado entre a Monsanto e a Dow Agrosiences, do mesmo modo CADE, por unanimidade, não conheceu da operação, julgada em 2010, aos argumentos do Voto do Relator Cons. Carlos Ragazzo: i) Ausência de transferência de direitos sobre ativos; ii) Inexistência de cláusulas de exclusividade ou equivalentes (restrições ao direito de decisão); iii) Não se tratava de um ato que limitava a concorrência.

São elementos que dão o tom necessário para serem relevantes do ponto de vista concorrencial e ao mesmo tempo os tornam singulares em relação a *joint venture* e ao consórcio.

De forma reduzida, abaixo apresentamos, por fim, na figura 2 a nossa proposta dos contornos e dos elementos caracterizadores dos *contratos associativos*, em cotejo com as figuras da *joint venture* e do consórcio:

Contratos Associativos "lato sensu" à luz do artigo 90 da Lei 12.529/2011				
		<i>Joint venture</i>	<i>Consórcio de empresas</i>	<i>Contratos associativos, stricto sensu</i>
Elementos gerais	Objetivo	cooperação empresarial com criação ou sem criação de terceira pessoa jurídica	cooperação empresarial sem criação de terceira pessoa jurídica	cooperação empresarial sempre sem criação de terceira pessoa jurídica
	Tipos			
	Responsabilidade solidária entre as partes	possível	vedada em lei	possível
	Previsão legal	atípica	típica	atípica
	Natureza	espécie de contrato associativo	espécie de contrato associativo	espécie de contrato associativo
Elementos Especiais				
	Características	reunião de recursos ou técnicas de empreendimento de interesse recíproco para consecução de um objetivo predeterminado	expansão de negócios das empresas através de união de forças	prevendo: exclusividade; transferência de ativos concorrenciais sensíveis (físicos, intangíveis e informacionais); vigência superior à 5 anos; impossibilidade de rescisão imediata por quaisquer das Partes, sem ônus.
	Exemplo	construção de uma fábrica para em mercado externo	construção de uma ponte	contratação de fornecimento de material em caráter de exclusividade

Figura 2: Elementos caracterizados dos Contratos Associativos à luz do artigo 90 da Lei 12.529/2011

Fonte: autor

CONCLUSÕES

A partir do exposto acima, concluímos que é necessário, a bem da segurança jurídica, que os operadores do direito e os agentes concorrenciais se debrucem e busquem apresentar propostas ao conceito de *contrato associativo* trazido pelo artigo 90, inciso IV da Lei 12.529/2011. Esses contornos salvaguardarão empresários, sociedades empresárias, operadores e o próprio CADE que haverá de se preocupar apenas com os atos necessariamente objeto de sua atuação de controle de estruturas.

Uma proposta para elucidar os contratos associativos seria a de caracterizá-los sob dois prismas. O primeiro como contratos associativos *lato sensu*, englobando a *joint venture*, os consórcios de empresas e os próprios contratos associativos. O segundo prisma, corolário do primeiro, a existência de contratos associativos *stricto sensu*. Essa proposta não encontra na doutrina qualquer similar, mas entendemos que isso se deve ao fato do tema ainda não ter sido enfrentado.

O elemento geral e compartilhado entre as espécies de contratos associativos *lato sensu* seria: a cooperação empresarial, comum nas três figuras jurídicas.

No tocante ao *contrato associativo stricto sensu* os seus elementos especiais seriam quando da previsão de cláusulas contendo: (i) exclusividade; (ii) transferência de ativos concorrenciais sensíveis (físicos, intangíveis e informacionais); (iii) vigência superior à 5 anos ;e, (iv) impossibilidade de rescisão imediata por quaisquer das Partes, sem ônus.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; BÓRIO CAMPELLO, LÍVIA GAIGHER. **O Princípio da Subsidiariedade e a Efetividade Jurídica das Normas Ambientais: Repercussões e Convergências no Estado Brasileiro**. Anais do Compedi Salvador/BA, 2006 acesso: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/vitor_de_azevedo_almeida_junior-2.pdf

BAGNOLI, VICENTE. **Direito e poder econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços**. In Revista dos Tribunais nº 795. Janeiro de 2012.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures – Manual Prático das Associações Empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado**. In Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. Organização Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva: 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. 2ª ed.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

CARVALHO, Patrícia. **Joint venture – Uma visão econômico-jurídica para o desenvolvimento empresarial**. Curitiba: Juruá, 2004, 1ª edição, 2ª tiragem.

CASTRO SAMPAIO, Gustavo J. M. de. **O Princípio da Subsidiariedade como critério de delimitação de competências na regulação bancária**. 207 folhas. Tese. Universidade de São Paulo. São Paulo 2011. Acesso www.teses.usp.br/.../Gustavo_Jose_Marrone_de_Castro_Sampaio_DO.pdf

FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Contratação direta de entidades do Terceiro Setor: possibilidades, parâmetros e limites no contexto da Lei nº 12.349/10**, in Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, ano 11, n. 126, jun. 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008. 3ª edição.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação**. In Direito Administrativo Econômico. Coordenação SUNFELD, Carlos Ari. São Paulo: Malheiros. 2000.

MAJONE, Giandomenico. **As transformações do Estado Regulador**. In Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 11-43, jan./abr. 2013. Tradução por Tatiana Mesquita.

MARTINS, Ricardo Martins. **Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal**. 1ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MODESTO, Carvalhosa. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. São Paulo: Brasil, 1998.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **A afetação de bens ao serviço público. O caso das redes**. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 258, set./dez. 2011. Tradução Ronald Polito.

PASTRE, Daniel Fernando: in Dissertação de Mestrado no Programa da UNICURITIBA: **Efetividade sócio-econômica dos processos de autorização estatal nas concentrações empresariais**. 2009.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. **Os princípios da Razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado. Parte geral**. Volume I, 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1983.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Nova Iorque: Aspen Publishers. 7ª edição. 2007.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. (Org.) ; CATTONI DE OLIVEIRA, MARCELO ANDRADE (Org.) ; REPOLÊS, MARIA FERNANDA SALCEDO (Org.) . **Temas em História do Direito Brasileiro**. 1. ed. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. v. 1. 104p .

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SARLET, I. W. . **A ordem econômica na Constituição Federal de 1988, os Direitos Fundamentais e o assim chamado mínimo existencial**. In: José Augusto Fontoura Costa; José Maria A Andrade; Alexandra M. Hansen Matsuo. (Org.). **Direito: Teoria e Experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau**. 01ed.São Paulo/SP: Editora Malheiros, 2013, v. 01, p. 1377-1401.