

26/11/2015 - 05:00

Contratos colaborativos e análise concorrencial

Por **André A. Soares Camargo e Vicente Bagnoli**

Não é novidade que as inovações empresariais são, de longe, mais céleres e mais astutas do que o alcance da regulação e da fiscalização. Essa verdadeira corrida de "gato" e "rato", traduzida no embate entre intervenção do Estado na economia e o espaço de autorregulação deixado aos particulares, reflete essa tensão natural, ora saudável, ora preocupante, entre esses dois mundos que precisam interagir. Enquanto o Estado tenta traçar os contornos jurídicos da livre iniciativa, os empreendedores buscam caminhos cada vez mais atípicos para, na linguagem de Enzo Roppo, "vestir" melhor juridicamente a sua operação.

É nesse sentido que a evolução dos chamados contratos colaborativos deve ser analisada. Empresários precisam uns dos outros para criar novos mercados, expandir os já conquistados, aumentar a sua eficiência, enfim, propagar o seu espírito empreendedor em uma competição cada vez mais acirrada, cada vez mais globalizada. O desenho dessas relações, por meio de contratos típicos e atípicos, traz cada vez mais uma simbiose entre os contratantes, que acabam, direta ou indiretamente, causando externalidades positivas e, muitas vezes, negativas a terceiros, em especial a concorrentes e consumidores.

Evidentemente, o princípio da livre concorrência deve ser conjugado com o da livre iniciativa, até por força do comando constitucional do artigo 170, de modo que a análise concorrencial não seja uma interferência indiscriminada e desmedida à atuação dos agentes econômicos no mercado. E é justamente nesta seara que se encontra a dificuldade de conciliar a prevenção disposta na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Concorrência) com a autonomia de celebrar os referidos "contratos colaborativos". A Lei de Concorrência dispõe em seu artigo 90, IV, que constitui um ato de concentração a celebração de contratos associativos, nos quais, pode-se incluir, contratos colaborativos, dada a abrangência do termo "associativos". Afinal, quais contratos não são associativos, exceto a cisão e, por que não dizer, o divórcio?

É fundamental estudar como o Cade vai se pronunciar sob a nova regulação para que a iniciativa privada possa ter segurança jurídica

Desde o advento da Lei de Concorrência paira-se a dúvida em uma maior precisão acerca do que são tais contratos associativos e quando submetê-los à apreciação da autoridade de concorrência, o Cade. Passados alguns poucos anos e após consulta pública, oportunidade em que a sociedade pôde se manifestar, o Cade publicou a Resolução nº 10/2014. Sucintamente, o órgão de forma correta não definiu quais são os tipos de contrato considerados associativos, afinal isso possibilitaria uma criatividade jurídica para construir novas nomenclaturas contratuais que nada mais seriam que contratos associativos a princípio de notificação obrigatória.

Por outro lado, para tratar a questão de forma mais abrangente, o Cade acabou retomando o critério objetivo de "mercado relevante" como determinante para a submissão dessas operações, critério este que justamente foi excluído com o advento da Lei de 2011. Em linhas gerais, prevê a Resolução nº 10/2014 do Cade 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.

Fato é que o detalhamento trazido com a Resolução nº 10/2014 faz com que operações consideradas simples quanto ao seu efeito concorrencial e triviais na atividade empresarial sejam notificadas, aumentando o custo das empresas e sobrecarregando a atuação da autoridade de concorrência que poderia utilizar melhor os seus recursos em casos concorrencialmente mais significativos. Por outro lado, o mesmo detalhamento da resolução possibilita que empresas façam construções societárias de modo a "driblar" a submissão ao Cade. Mas não é só.

Diferentemente de uma aquisição de participação societária ou de ativos, cujas implicações legais e a própria publicidade do negócio naturalmente obrigam as partes envolvidas a submeter o mesmo ao Cade, os contratos associativos na maioria das vezes são negócios estritamente privados, que permanecerão no universo das empresas e essas não os submetem ao Cade, e só se tornarão públicos para a autoridade concorrencial se um terceiro no mercado se sentir prejudicado por uma suposta conduta anticoncorrencial e representar contra essas empresas.

Assim sendo, a resolução apresenta-se como mais uma forma de regular esse eterno embate entre Estado e iniciativa privada, entre interesse público e privado, entre livre iniciativa e livre concorrência. Para tanto, é fundamental estudar como o Cade vai se pronunciar sob essa nova regulação, até para que a iniciativa privada possa, dentro da sua liberdade contratual, ter a tão sonhada segurança jurídica e poder, a um só tempo, satisfazer os seus interesses e não lesar os de terceiros. Cabe ao Cade, nesse sentido, debater com a sociedade civil, promover a interação entre esses dois mundos que na verdade são faces da mesma moeda.

André Antunes Soares de Camargo e Vicente Bagnoli são advogados em São Paulo e professores do Insper Direito e da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações