



DO CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELO CADE. DO PAPEL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL NA INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA E NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO.

The Prior Control of the concentration acts from CADE. The role of Industrial Property in the violation of economic order and in acts of concentration.

Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4623-2953>

E-mail: edutibau@uol.com.br

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4623-2953>

E-mail: asaa@uol.com.br

Trabalho enviado em 9 de agosto de 2024 e aceito em 4 de fevereiro de 2025



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 17, N.02, 2024, p. 308-348

Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias e Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

DOI: [10.12957/rqi.2024.86438](https://doi.org/10.12957/rqi.2024.86438)

RESUMO

O artigo tem como objetivo investigar o controle prévio dos atos de concentração pelo CADE e o papel da propriedade industrial na infração à ordem econômica e nos atos de concentração. Utilizou-se o método de pesquisa da revisão integrativa da literatura e jurisprudência na perspectiva dedutiva. Abordam-se os atos restritivos de concorrência e os atos de concentração pelo controle das estruturas e pelo controle das condutas. É feita uma abordagem do papel da propriedade industrial na infração à ordem econômica e nos atos de concentração submetidos ao controle prévio pelo CADE. Analisa-se o controle prévio dos atos de concentração pelo CADE. Conclui-se que o controle estrutural preventivo do CADE é essencial para garantir a efetividade do controle comportamental das condutas dos agentes econômicos, assegurando que os atos de concentração não prejudiquem a concorrência e a livre iniciativa. Os direitos de propriedade intelectual são compatíveis com o direito antitruste e o CADE tem competência para intervir em caso de infrações relacionadas a esses direitos no mercado. O controle prévio dos atos de concentração pelo CADE assegura a efetividade do controle preventivo, garantindo a livre concorrência e prevenindo abusos do poder econômico, enquanto proporciona segurança jurídica para os agentes econômicos e protege a coletividade.

Palavras-chave: controle prévio, atos de concentração, controle das estruturas e das condutas, propriedade intelectual e industrial, infração à ordem econômica.

ABSTRACT

This article aims to examine the prior control of concentration acts by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the role of industrial property in economic order infractions and concentration acts. The research method used was an integrative review of literature and case law from a deductive perspective. We address restrictive competition acts and concentration acts through structural control and conduct control. We discuss the role of Industrial Property in economic order infractions and concentration acts subject to prior control by CADE. We analyze CADE's prior control of concentration acts. We conclude that CADE's preventive structural control is essential to ensure the effectiveness of conduct control of economic agents' behaviors, ensuring that concentration acts do not harm competition and free enterprise. Intellectual property rights are compatible with Antitrust Law, and CADE has the authority to intervene in cases of market-related infractions involving these rights. The prior control of concentration acts by CADE ensures the effectiveness of preventive control, guaranteeing free competition and preventing economic power abuse, while providing legal certainty for companies and protecting the public interest.

Keywords: prior control, concentration acts, structural and conduct control, intellectual and industrial property, economic order infraction.

1. INTRODUÇÃO

O controle prévio dos atos de concentração pelo CADE na atual lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011, doravante LDC) é fruto de uma evolução do direito antitruste pátrio. A lei reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e aumenta o poder da administração pública indireta, representada pelo CADE, com a imposição do dever aos agentes regulados de submissão prévia dos atos de concentração à autoridade antitruste, a fim de que a operação possa ser consumada.

Para esta pesquisa, promove-se uma análise da literatura especializada e da jurisprudência do CADE sob a vigência do diploma anterior (Lei nº 8.884/1994) a respeito do controle prévio e posterior adotado naquela legislação e da atual lei, que alterou essa dinâmica ao promover apenas o controle prévio. Utiliza-se o método da revisão integrativa de literatura e jurisprudência sob a ótica dedutiva para desenvolver o estudo dos atos restritivos de concorrência e dos atos de concentração, do papel dos direitos de propriedade intelectual como objeto e como alvo do direito antitruste nas infrações à ordem econômica e nos atos de concentração, e do atual controle prévio pelo CADE nos atos de concentração.

Abre-se o estudo na segunda seção sobre os atos restritivos de concorrência e os atos de concentração na LDC. Inicia-se a abordagem pela Constituição de 1988, que, ao regular a ordem econômica no Título VII, instituiu um eixo de princípios e valores que regem a livre iniciativa e a livre concorrência. Através da norma programática do artigo 173, §4º, o constituinte ordenou ao legislador dispor sobre a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. A estruturação do SBDC instituiu na competência do CADE dois mecanismos de controle: o de estruturas e o de condutas.

O controle de estruturas se relaciona com a atuação *ex ante* do CADE à finalidade exercida pelo Estado de prevenção das infrações à ordem econômica por meio da análise dos atos de concentração empresariais antes de sua consumação, de modo que as mudanças resultantes dessas operações no mercado evitem a formação de monopólios ou oligopólios tendentes ao abuso do poder econômico nos termos delineados pelo citado § 4º do art. 173 da Constituição. O controle de condutas diz respeito à atuação repressiva do CADE às infrações concorrenciais realizadas pelos agentes econômicos no mercado. Esse controle tem como escopo repreender e punir os efeitos danosos, ou a sua potencialidade, por parte dos agentes econômicos infratores através de disposições gerais e abertas.

Na terceira seção trata-se do papel da propriedade intelectual nos atos restritivos da concorrência e nos atos de concentração e seu uso pelo CADE, como objeto do direito antitruste. A interface entre a LDC e as leis de proteção à propriedade intelectual (Leis nº 9.279/1996, 9.456/1997, 9.609/1998 e 9.610/1998) é uma realidade que precisa ser enfrentada, tendo em vista as suas complementariedades, pois ambas as legislações objetivam diretamente a produção de riquezas e indiretamente a promoção do bem-estar do consumidor. Como os direitos de propriedade intelectual constituem a base da economia da informação, que ganhou destaque e relevância nas últimas décadas, são considerados ativos econômicos de extrema relevância na atualidade. A regulação que governa o uso e a negociação desses direitos é de grande interesse para seus detentores e para o mercado em geral. Isso porque a tutela legal da propriedade intelectual concede ao seu titular o poder de impedir que terceiros utilizem a criação protegida, impactando diretamente a concorrência e, conseqüentemente, afetando os consumidores. Além disso, os direitos de propriedade intelectual desempenham um papel fundamental na concentração de mercado, potencializando os efeitos concentrativos resultantes das fusões e aquisições empresariais. Portanto, torna-se crucial compreender o impacto que eles podem ter no funcionamento do mercado e na dinâmica da concorrência. As normas da LDC, ao disporem sobre a repressão às infrações à ordem econômica e o controle dos atos de concentração, previnem a formação de estruturas anticompetitivas por meio da negociação dos direitos de propriedade intelectual entre os agentes econômicos no mercado, sob a ótica da jurisprudência do CADE.

Por fim, na quarta e última seção trabalha-se de forma aprofundada o controle prévio dos atos de concentração pelo CADE. Ainda que o controle dos atos de concentrações empresariais como matéria antitruste venha previsto no ordenamento jurídico desde a Lei Malaia (Decreto-lei nº 7.666/1945) e mantido em todos os diplomas legais que a sucederam (Lei nº 4.137/1962, Lei nº 8.158/1991, Lei nº 8.884/1994 e a vigente LDC), apenas com a Lei nº 8.884/1994, que se passou a estabelecer uma definição clara desses atos. Assim, fez-se necessário fazer o estudo do controle prévio e posterior adotado e a análise do emblemático ato de concentração da Kolynos-Colgate, que correspondeu à aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company, julgado pelo CADE em 1996¹, na vigência da Lei nº 8.884/1994 e dos efeitos dessa decisão sobre o mercado brasileiro. Após esse estudo, adentra-se no controle dos atos de concentrações empresariais pelo CADE sob a LDC.

Analisa-se a atuação do CADE sob a égide da LDC na operação global de aquisição da Monsanto Company pela Bayer Aktiengesellschaft. Esse caso, julgado pelo CADE em 2018, teve

¹ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 27/95**, K&S Aquisições Ltda e Kolynos do Brasil S/A, Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva, julgado em 18/09/1996.

por objeto o Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49, de relatoria do conselheiro Paulo Burnier da Silveira, contando com a atuação de diversos terceiros interessados. Em razão dessa aquisição gerar uma concentração de mercado e domínio de várias e importantes tecnologias do ramo agrícola por poucas corporações, o CADE fez uso de um amplo leque de remédios estruturais e comportamentais para aprovar o ato de concentração com restrições a fim de mitigar os efeitos negativos dessa concentração monopolista no mercado nacional e permitir a entrada de um novo concorrente com força competitiva, a BASF SE. Por fim, aborda-se a importância do controle prévio dos atos de concentração empresariais sob a perspectiva da empresa, do Estado e da sociedade.

2. DOS ATOS RESTRITIVOS DE CONCORRÊNCIA E DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

O artigo 170 da Constituição estabelece que o princípio da livre iniciativa é um dos fundamentos da ordem econômica e a livre concorrência é um dos princípios que a regem. Esses princípios, juntamente com outros, são valores que o constituinte busca incorporar como norteadores da ordem econômica nacional, mesmo que por vezes eles entrem em conflito entre si. Dessa forma, a livre iniciativa e a livre concorrência são os princípios constitucionais essenciais que norteiam a ordem jurídica nacional para garantir o bom funcionamento do mercado, assegurando aos consumidores uma diversidade de produtos e serviços. A falta de competição pode ter um impacto significativo na oferta de produtos e serviços de qualidade, uma vez que pode levar ao surgimento de monopólios, acumulando poder de mercado e dificultando a acessibilidade dos produtos e serviços devido aos custos elevados.

Assim, a intervenção do Estado pela LDC se faz presente para prevenir e reprimir condutas que resultem no abuso do poder de mercado e do poder econômico, e, conseqüentemente, em práticas anticoncorrenciais, a fim de garantir uma concorrência lícita. Por essa razão, a Constituição Federal traz no artigo 173, §4º a norma programática de 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.*”. Infere-se que, primeiramente, o constituinte e, posteriormente, a LDC reconhecem a existência do poder econômico e o fenômeno da concentração desse poder por parte de alguns poucos agentes de mercado. Em segundo lugar, a atuação dos agentes detentores do poder econômico tem frequentemente efeitos no mercado e na sociedade como um todo. Levam-se em consideração os efeitos secundários resultantes das relações jurídicas econômicas, incorporando o

conceito econômico de externalidade, para se compreender que as ações desses agentes têm impactos além de suas interações diretas.

Modesto Carvalhosa (2013, p. 411/412) define o poder econômico como a capacidade de tomar decisões econômicas independentes, que não se restringem às leis concorrenciais do mercado. Nesse sentido, o detentor de poder econômico é o agente que pode definir suas políticas econômicas, como preços, quantidade de oferta e qualidade do produto, sem se preocupar com a reação dos concorrentes. Por outro lado, aquele desprovido de poder econômico deve levar em consideração a conjuntura de mercado e as ações dos demais agentes, para evitar prejuízos que possam levar à sua extinção. Esse poder econômico pode se basear em diferentes fatores, como a capacidade financeira do agente, a posição dominante no mercado ou uma combinação desses elementos. É importante ressaltar que o poder econômico não é um direito em si, mas sim um fenômeno econômico que faz parte da realidade concreta. Quando a Constituição menciona o "*abuso do poder econômico*", está se referindo ao exercício da livre iniciativa que ultrapassa os limites estabelecidos pela própria Constituição.

Como observado por Modesto Carvalhosa (2013, p 661), é por meio do exercício da livre iniciativa que o fato econômico adquire uma dimensão normativa, integrando o conjunto de relações jurídicas previstas no ordenamento. É exatamente esse exercício da livre iniciativa, quando influenciado pela presença do poder econômico, que é relevante para os propósitos do art. 173, §4º da Constituição e da LDC. Dessa forma, a ordem econômica constitucional e infraconstitucional reconhece e permite a existência e concentração do poder econômico, porém impõe restrições adicionais aos direitos do seu titular, limitando sua liberdade de atuação devido à presença desse poder econômico.

Para dar formatação a esses valores estruturados constitucionalmente de forma programática para o Estado brasileiro, a LDC ao formar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tratou das infrações da ordem econômica em dois momentos distintos: primeiro através de disposições genéricas (art. 36, *caput*); e, em seguida, de forma exemplificativa através de condutas concretas - as disposições gerais abertas (art. 36, §3º).

Essas condutas abarcam atos restritivos da concorrência e atos de concentração. Uma primeira forma de combate a esses ilícitos é descrita por Calixto Salomão Filho (2007), que as denomina de controle das estruturas. Este autor leciona que são destinadas a finalidade exercida pelo Estado de prevenção dessas infrações, que ocorrem na análise prévia dos atos de concentração e das mudanças de controle societário.

O controle das estruturas tem por objetivo, segundo Caio Mario da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016), analisar cuidadosamente as mudanças resultantes das operações

empresariais nos mercados, a fim de evitar a formação de monopólios ou oligopólios que possam levar ao estabelecimento de preços considerados anticompetitivos. Trata-se de uma ação preventiva realizada pelo CADE, que examina as atividades empresariais com potencial para impactar o desempenho do mercado, estabelecendo restrições nos casos com evidências de resultados negativos que superem os benefícios econômicos circunstanciais, os quais também afetam os consumidores.

Uma segunda forma de combate e controle dessas infrações concorrenciais por condutas anticompetitivas é definida por Calixto Salomão Filho (2007) como controle de condutas. Ele tem como escopo repreender e punir os efeitos danosos ou sua potencialidade de gerar esses efeitos pelos agentes econômicos infratores. Para essa repressão, o CADE, como autoridade antitruste, adota a regra da razão, que é um padrão geral de investigação. De acordo com essa regra, uma prática só pode ser considerada ilícita se os seus efeitos anticompetitivos forem devidamente comprovados, levando-se em conta possíveis elementos negativos, mas também possíveis benefícios econômicos, como redução de preços, aumento da eficiência produtiva ou estímulo ao progresso. Em casos incomuns, certas ações descritas na lei são consideradas passíveis de penalidades simplesmente pela sua própria existência, sem a necessidade de comprovação adicional. Essas infrações são vistas como ilícitas em razão de conterem por escopo as repercussões anticoncorrenciais conjecturadas na norma. Por esse motivo, seriam infrações por objeto². Trata-se das denominadas condenações ilícitas *per se* ou condutas ilícitas *per se condemnation*.

A guisa de ilustração, no artigo 36, *caput*, a LDC considera infrações à ordem econômica, independentemente de culpa, quaisquer atos que tenham como objetivo ou possam resultar em: (i) restrição, distorção ou prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa; (ii) dominação de um mercado relevante de bens ou serviços³; (iii) aumento arbitrário de lucros; e (iv) exercício abusivo de posição dominante⁴. Essa é a fórmula geral utilizada pela lei para identificar a infração à ordem econômica. Posteriormente, no artigo 36, §3º, a LDC elenca condutas específicas que o legislador

² Por exemplo, pode-se citar os crimes por formação de cartel dispostos no artigo 36, §3º, I, da Lei nº 12.529/2011, considerados uma infração por objeto, dado que nesses feitos as repercussões anticoncorrenciais defesas em lei seriam o respectivo objeto da ação e, por consequência, seriam capazes de presunção de ilicitude *per se condemnation*.

³ Essa regra geral é excepcionada pelo §1º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, o qual dispõe que a conquista de mercado naturalmente decorrente da maior eficiência de determinado agente econômico em relação aos seus competidores não caracteriza infração à ordem econômica.

⁴ Nos termos do §2º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, presume-se a posição dominante sem que o agente econômico for capaz de alterar unilateralmente as condições de mercado, ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante. A norma abre ainda a possibilidade de o CADE redefinir esse percentual para setores específicos da economia.

considerou se enquadrar na fórmula geral mencionada no *caput* do artigo. Nesse sentido, são apresentados exemplos de condutas tipificadas como infração à ordem econômica⁵.

Como efeito, a existência de infração independe diretamente da intenção subjetiva do agente econômico, mas sim dos efeitos do ato. Portanto, o foco da lei está na análise das condutas e políticas empresariais em relação aos seus potenciais impactos na concorrência e no seu perfil institucional. Em outras palavras, não é necessário que a conduta efetivamente cause danos à concorrência, conforme determinado no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal ou nos incisos do *caput* e do §3º do artigo 36 da LDC; basta a possibilidade concreta de o ato produzir esses efeitos.

Todo o tratamento exposto às infrações à ordem econômica pode ser compreendido considerando-se uma característica específica das relações econômicas: a racionalidade econômica dos agentes de mercado, que buscam maximizar os lucros. É precisamente por causa desse fator que um agente econômico detentor de uma posição dominante tende a utilizá-la ao máximo para controlar mercados e aumentar seus lucros de forma arbitrária. Por esse motivo, presume-se a intenção anticompetitiva quando um agente com poder econômico realiza uma ação que pode concretamente produzir um dos efeitos mencionados no artigo 36 da LDC - essa presunção

⁵ São as seguintes as condutas descritas na norma do §3º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011: (i) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: (a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, (b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços, (c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos, ou (d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; (ii) promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (iii) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (iv) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (v) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (vi) exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; (vii) utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; (viii) regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; (ix) impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; (x) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (xi) recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; (xii) dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; (xiii) destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; (xiv) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; (xv) vender mercadorias ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (xvi) reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; (xvii) cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; (xviii) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e (xix) exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

estabelecida pelo legislador é fundamentada na racionalidade econômica dos agentes de mercado. Dessa forma, o direito antitruste ao regular os atos restritivos da concorrência e os atos de concentração, torna-se o principal instrumento jurídico para proteção da livre concorrência contra o abuso do poder econômico em sua busca desenfreada pelo aumento arbitrário do lucro. Logo, cabe ao direito antitruste, através dos seus mecanismos de controle das condutas e das estruturas, a supervisão e repressão ao abuso do poder econômico a fim de garantir que a livre iniciativa seja utilizada em prol dos interesses mais elevados da sociedade e do projeto de desenvolvimento econômico do País. A ordem jurídica brasileira vem caminhando continuamente no sentido de desenvolver uma tutela efetiva da ordem concorrencial.

3. DO PAPEL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL NOS ATOS RESTRITIVOS DA CONCORRÊNCIA E NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO. A PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO OBJETO DO DIREITO ANTITRUSTE NOS ATOS DE INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA E NOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A propriedade intelectual refere-se ao campo jurídico que engloba um conjunto de direitos diversos concedidos pelo Estado. Esses direitos têm em comum conferir ao seu titular, por um prazo determinado, prorrogável ou não, o direito exclusivo de impedir terceiros de utilizar uma criação específica resultante da atividade intelectual humana. Esses direitos são concedidos desde que sejam cumpridos os requisitos legais para obter proteção, sem afetar os direitos de personalidade do criador.

Os direitos de propriedade intelectual são direitos que precisam ser conferidos expressamente pelo Estado⁶, sob pena de se desencorajar a inovação, uma vez que as forças do mercado tendem a copiar livremente a inovação se não houver lei que garanta a propriedade intelectual do criador⁷.

⁶ A afirmação apresentada neste contexto não deve ser confundida com a obrigatoriedade ou não de registrar certos direitos de propriedade intelectual. Em geral, os direitos autorais e o software ou programa de computador não dependem de registro para receberem proteção, porém essa proteção só existe porque é concedida pelo Estado. Portanto, esse é o significado expresso dessa afirmação.

⁷ Cf. BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2010, p. 228:

Um dos mais interessantes efeitos da doutrina do *market failure* é evidenciar a natureza primária da intervenção do Estado na proteção da propriedade intelectual. Deixado à liberdade do mercado, o investimento na criação do bem intelectual seria imediatamente dissipado pela liberdade de cópia. As forças livres do mercado fariam com que a competição – e os mais aptos nela – absorvessem imediatamente as inovações e as novas obras intelectuais. Assim é que a intervenção é necessária – restringindo as forças da livre concorrência – e criando restrições legais a tais forças. Pois que a criação da Propriedade Intelectual é – completa e exclusivamente – uma elaboração da lei, que não resulta de qualquer direito imanente, anterior a tal legislação.

No mesmo sentido, LEISTER, Ana Carolina Corrêa da Costa. Bens imateriais, teoria dos clubes e análise econômica do Direito. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Nova Lima. v. 20, 2010, p. 163-212, p. 189: Entende-se, pois, que a proteção jurídica ao bem imaterial/ intangível, vem ao mundo do direito apenas por força do Estado, e através deste, por mor de corrigir uma falha de mercado.

Com efeito, ausente a intervenção do Estado para reconhecer e proteger esses direitos, não há nada que permita ao criador impedir que suas criações sejam livremente reproduzidas por terceiros não autorizados, uma vez que as criações intelectuais constituem bens não rivais e não excludentes do ponto de vista da teoria econômica⁸. Portanto, a propriedade intelectual constitui uma exceção à liberdade econômica e à livre concorrência, e como tal, deve ser interpretada.

Ao contrário da concepção tradicional do direito de propriedade, caracterizado pela sua natureza perpétua (Schreiber, 2019), os direitos de propriedade intelectual têm um prazo limitado. Embora seja possível estender excepcionalmente o período de proteção em certos casos, como no registro de marcas, que pode ser prorrogado indefinidamente, ou no registro de desenho industrial, que pode ser prorrogado por um número determinado de vezes⁹, todos os direitos de propriedade intelectual por terem natureza de propriedade resolúvel possuem uma duração pré-determinada e limitada. Após esse período, o direito é extinto e a criação entra em domínio público passando a integrar o estado da técnica.

Essa limitação temporal dos bens de propriedade intelectual é delimitada constitucionalmente pelo inciso XXIX, do artigo 5º, da Constituição Federal pelo interesse social, econômico e desenvolvimento tecnológico do País. Esse pressuposto constitucional de fundamentação dos direitos de propriedade intelectual visa a promover a inovação. Daí a necessidade da temporariedade da proteção da propriedade intelectual indicada¹⁰ para se alcançar o objetivo de incentivar a inovação ao mesmo tempo em que permita após o prazo de expiração da propriedade o posterior acesso livre por toda a sociedade.

Em razão desse condicionamento finalístico constitucional se percebe a antinomia entre a necessidade de a lei fornecer benefícios aos empresários para incentivar os investimentos no setor tecnológico e a obrigação de limitá-los pelo interesse social. Por um lado, é essencial conceder vantagens àqueles que investiram recursos no desenvolvimento tecnológico, mas não é razoável que essas vantagens os coloquem em uma posição confortável e absoluta permitindo abusos e arbitrariedades.

⁸ Bem não excludente pode ser definido como aquele cujo uso não pode ser impedido por terceiros. Os indivíduos não podem ser excluídos do consumo do bem. Bem não rival é aquele cujo uso por uma pessoa não impede o uso simultâneo por outrem. Isso porque o custo adicional para prover o bem para um consumidor é zero para qualquer nível de produção. Cf. MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3.ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 224-225 e NELSON, Richard R. Economic development from the perspective of evolutionary economic theory. **Oxford development studies**, v. 36, n. 1, p. 9-21, 2008.

⁹ Confirmam-se artigos 108 e 133 da Lei nº 9.279/1996. BRASIL, **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15/05/1996.

¹⁰ Vide artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, da Constituição Federal, que garantem proteção aos direitos autorais. BRASIL, **Constituição Federal de 1988**, Atualizada até a Emenda Constitucional nº 132, de 21 de dezembro de 2023, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21/12/2023.

Considerando que o princípio da livre iniciativa é um dos pilares fundamentais da República (artigo 3º, IV, da Constituição Federal) e da ordem econômica (artigo 170 da Constituição Federal), juntamente com o princípio da livre concorrência (artigo 170, IV, da Constituição Federal), a regra no mercado é que todos devem ter acesso - livre iniciativa - e permanência - livre concorrência -, não sendo suficiente apenas satisfazer os interesses de um único empreendedor para afastá-la. Dessa forma, a exceção concedida para o privilégio de uso exclusivo por um determinado período de tempo só se justifica quando representa um benefício maior para a sociedade, ou seja, a propriedade industrial baseia sua intervenção no mercado e na concorrência com o propósito de estimular o desenvolvimento tecnológico em benefício do interesse social.

No que se refere à propriedade industrial, a Lei nº 9.279/1996, garante ao detentor da patente de uma invenção industrial o direito de exclusividade por um período de vinte anos, e quinze anos quando se trata de um modelo de utilidade¹¹. No entanto, é importante destacar que o principal propósito desse privilégio é incentivar pesquisas, promover o desenvolvimento de tecnologias e, de forma indireta, concretizar os objetivos e fundamentos da República, insculpidos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, bem como estimular a concorrência e aumentar os níveis de competição no mercado.

É importante ressaltar que o privilégio concedido por meio da patente ao titular não deve ser considerado como a proteção máxima, ou seja, não garante total tranquilidade ou segurança durante a vigência do monopólio legal proporcionado pela patente¹². Isso muitas vezes leva à busca por artifícios, como a obsolescência programada. A patente funciona de maneira bidirecional: ao mesmo tempo em que confere o direito exclusivo sobre a invenção, incentiva a concorrência a buscar outras perspectivas de produção. Isso pode resultar no desenvolvimento de produtos finais mais avançados tecnologicamente ou atraentes para os consumidores, além do desenvolvimento de novas tecnologias ao longo da cadeia produtiva, reduzindo os custos de produção. No entanto, é importante ressaltar que essa proteção não deve ser utilizada de forma a promover excessos nem se tornar uma ferramenta para estabelecer monopólios econômicos e criar barreiras à entrada de novos competidores ao mercado, o que seria uma violação à ordem econômica. Como uma forma de propriedade, é necessário que ela observe a função social (artigo 5º, XXII e XXIII, da Constituição

¹¹ BRASIL, **Lei 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15/05/1996:

Art. 40. A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo 15 (quinze) anos contados da data de depósito.

¹² Além disso, existem outras maneiras de proteger uma invenção industrial, sendo uma das mais antigas o segredo industrial, que não possui um prazo de vigência definido, ao contrário do sistema de patentes, e possibilita ao seu detentor desfrutar infinitamente de sua criação, desde que o segredo industrial seja mantido.

Federal), em conformidade com o princípio da ordem econômica (artigo 170, II e III, da Constituição Federal).

Nesse prisma, segundo Paula Andrea Forgioni (2015, p. 1729), tanto a livre concorrência como a concessão de direitos de propriedade intelectual colocam-se como elementos de proteção da coletividade, de busca do bem-estar, deixando de apoiar a inclinação oportunista e egoísta do agente econômico. Dessa forma, na medida em que a garantia de exclusividade fomenta a economia e o progresso do País, sendo indispensável à economia moderna, quando há atribuição de poder de mercado (em virtude dessa mesma exclusividade), a concorrência pode ser distorcida, prejudicando o jogo concorrencial ao invés de fomentá-lo.

Verifica-se tal cenário quando o exercício dos direitos de propriedade intelectual por um agente econômico com poder de mercado deixa de respeitar sua finalidade legal e os princípios constitucionais balizadores da legislação infraconstitucional. No Brasil, a finalidade da cláusula finalística do inciso XXIX, do artigo 5º da Constituição Federal é promover o desenvolvimento econômico e tecnológico do País. Desse modo, se o exercício da propriedade industrial for prejudicial ao desenvolvimento socioeconômico e aos consumidores, ele poderá ser restringido ou extinto pelo CADE. Assim, a partir do momento em que o exercício do direito à propriedade industrial deixa de promover o desenvolvimento social e econômico do País e passa a servir apenas aos interesses privados do seu titular, ocorre uma distorção do propósito desse direito. Logo, para que a propriedade intelectual caracterize infração à ordem econômica, o privilégio fundado no direito de uso exclusivo deve ser usado como ferramenta estratégica para o exercício de abuso de posição dominante em determinado segmento de mercado, por meio de prática empresarial que restrinja ou elimine a concorrência, ou importe em aumento arbitrário de preços, que possa comprometer a organização liberal da economia em uma análise objetiva dos efeitos que a conduta provoca ou poderia provocar no mercado relevante.

A análise do rol exemplificativo de infrações contra a ordem econômica, descritas no artigo 36, §3º, da LDC, revela a existência de condutas relacionadas à utilização indevida de direitos de propriedade intelectual. Essas condutas são: (a) impedir o acesso de concorrentes a recursos como insumos, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição (inciso V); (b) regular os mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou a prestação de serviços, ou dificultar investimentos destinados à produção ou distribuição de bens ou serviços (inciso VIII); (c) açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou tecnologia (inciso XIV); (d) exercer de forma abusiva ou explorar indevidamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca (inciso XIX); e (e) no caso das

patentes, a imposição pelo CADE como pena, isolada ou cumulativa, da recomendação ao órgão público competente, no caso, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, da licença compulsória de patente de titularidade do infrator quando a prática da infração à ordem econômica tiver como objeto o exercício desse direito de propriedade industrial (artigo 38, IV, alínea a).

Essas infrações se relacionam ao controle das condutas exercido pelo CADE para reprimir via processo administrativo os abusos do poder econômico relacionados ao exercício dos direitos de propriedade intelectual. Dessas condutas, verifica-se que três dispositivos legais, já citados, fazem referência expressa aos direitos de propriedade intelectual. art. 36, §3º, XIV, art. 36, §3º, XIX e art. 38, IV, alínea a. Passa-se, assim, a analisar as hipóteses neles previstas em adição aos incisos V e VIII, do §3º, do artigo 36.

A hipótese do artigo 36, §3º, V, da LDC tipifica como conduta anticoncorrencial “*impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição*”. Roberto Domingos Taufick (2012, p. 210/214) ao comentar referido dispositivo o relaciona à doutrina das *essential facilities*. Referido autor também afirma que referido inciso se relaciona a recusa de contratar.

A doutrina das *essential facilities* pode ser definida como o bloqueio ao acesso de infraestrutura essencial, sendo uma das suas principais facetas a recusa de contratação por agente econômico com posição relevante de mercado. Na hipótese, o agente dominante impede o uso de bem essencial de seu domínio a seus concorrentes, a fim de mitigar - ou, até anular - as possibilidades de competição.

Calixto Salomão Filho (2007, p. 112/113) relata que a doutrina das *essential facilities* foi concebida por ocasião do julgamento do processo judicial *MCI Communications Corp. v. AT&T*". As *essential facilities* são caracterizadas: (i) pelo controle de um agente econômico com posição relevante; (ii) seja caracterizada a falta de razoabilidade em sua duplicação; (iii) haja a negativa de acesso aos concorrentes; e/ou (iv) a viabilidade de seu fornecimento a terceiros.

Embora concebida com enfoque em estruturas tradicionalmente industriais, o conceito de *essential facility* já é adotado de forma generalizada em outros mercados, como ressaltam Pablo Serra, Aldo Gonzáles e Niamh Dunne (2010)¹³. Sua aplicação, quando direcionada ao exercício

¹³ SERRA, Pablo; GONZÁLES, Aldo; e DUNNE, Niamh. Background Paper, Session 1: Competition Principles in Essential Facilities. **Latin American Competition Forum**. OCDE, 2010, p. 4: [...] Moreover, the essential facilities concept is not limited to the traditional infrastructure industries. Competition law has also applied the essential facilities doctrine in cases dealing with football stadiums, computer operation systems, news networks and ski resorts.

The distinctive feature of cases involving essential facilities is the existence of a potentially competitive market, usually the downstream market, which complements a related market which has characteristic of a natural monopoly. In the case of vertically integrated markets, such as those mentioned above, access to the upstream market is a prerequisite for operation in the downstream market.

abusivo dos direitos de propriedade intelectual, está relacionada à recusa em licenciar patentes essenciais para concorrente se estabelecer em um mercado tecnológico.

Além da recusa unilateral de licenciamento, pode-se citar o licenciamento sob termos abusivos ou discriminatórios. A recusa unilateral de licenciamento deve ser analisada cuidadosamente, pois o direito exclusivo sobre a propriedade intelectual garante justamente a capacidade de restringir outros do seu uso. Segundo a jurisprudência do CADE¹⁴, no caso de recusa de licenciamento de patentes essenciais deve-se verificar o que definiria uma patente essencial; em que circunstâncias a recusa de licenciar constituiria um abuso; que sociedades teriam direito a obter o licenciamento; e se a conduta de recusa não deveria ser melhor endereçada por meio de intervenção regulatória, no caso de questões de saúde pública, como as que envolvem o mercado de medicamentos genéricos.

Na hipótese do artigo 36, §3º, VIII, da LDC, se tipifica a conduta de “*regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição*”. Esse exercício abusivo dos direitos de propriedade intelectual decorre da conduta de agente econômico que detém posição dominante de determinado mercado, utilizando-se do *grant-back*. O *grant-back* ocorre quando o titular de uma patente condiciona o licenciamento da sua tecnologia à garantia de receber a licença de qualquer inovação ou melhoria derivada dela. Quando referidos acordos de licenciamento acabem, na prática, por reduzir os incentivos à inovação ou se tornem instrumentos de extensão indevida do poder detido por um *agente econômico* sobre um produto a outro produto secundário ou substituto, limitando ou impedindo a inovação por parte do licenciado, tem-se a aplicação do artigo 36, §3º, VIII, da LDC.

Cláusulas que obriguem o licenciado a transferir exclusivamente ao titular da patente as melhorias efetuadas sem que tenha reconhecido àqueles direitos de propriedade ou de uso sobre o melhoramento efetuado, exacerba indevidamente o direito de preferência do licenciador ao licenciamento do aperfeiçoamento na patente, que deve pertencer a quem o desenvolveu transmutando-o em um direito de propriedade automático de que os aperfeiçoamentos pertençam ao licenciador.

Sob este enfoque, a prática do *grant-back* em licenciamento de patentes limita ou controla a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, pois desestimula a inovação, os investimentos em aperfeiçoamento tecnológico e a criação de novos produtos ou serviços derivados. Não por acaso

¹⁴ BRASIL, CADE, **Nota Técnica nº 19/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE**, Inquérito Administrativo nº 08012.001693/2011-91, Número SEI 0848987, Nota Técnica SG de 29/12/2020.

essa prática é proibida por diversas legislações ao redor do mundo e mereceu enfoque de Kaitlin Beckett (2010) quanto ao uso abusivo da propriedade intelectual na concorrência.

Por sua vez, a hipótese do artigo 36, §3º, XIV, da LDC, trata da conduta de “*açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia*”. Roberto Domingos Taufick (2012 e 2017) considera a prática dessa infração mesmo sem o detentor do direito de propriedade industrial ou intelectual possuir poder de mercado, pois a conduta de açambarcar, isto é, monopolizar para si sem permitir o uso por terceiros prejudica a concorrência, afetando concorrentes ou consumidores que possam influenciar a competição. Condutas que possam ser tipificadas nesse dispositivo legal podem ser definidas como: (a) práticas que contestam um direito não explorado ou sub-explorado com o objetivo de aumentar os custos de terceiros; e (b) concentração de direitos de propriedade intelectual sem intenção de exercê-los.

O açambarcamento abrange situações de *sham litigation* (litígios de fachada)¹⁵ envolvendo direitos de propriedade intelectual, nos quais são propostas ações judiciais e administrativas com o intuito de impedir que o concorrente explore tais direitos de propriedade intelectual.

Em célebre julgado, o CADE condenou a sociedade Eli Lilly do Brasil Ltda pela prática de infrações à ordem econômica, fixando multa no montante de R\$ 36.679.589,16¹⁶ (trinta e seis milhões seiscentos e setenta e nove mil quinhentos e oitenta e nove reais e dezesseis centavos). No caso, restou caracterizada a prática de *sham litigation* ou abuso do direito de petição pela busca de direitos de propriedade industrial que não eram devidos com efeitos anti-competitivos severos pela imposição de barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas – INPI e ANVISA – em comarcas diferentes, visando à obtenção de exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina, utilizado para o tratamento de câncer, prejudicando seus concorrentes.

Na ocasião, a relatora conselheira Ana Frazão compreendeu que as ações levadas ao Poder Judiciário tinham claras intenções de obtenção de monopólio, eram desprovidas de base jurídica, posto que foram fundamentadas em fatos comprovadamente falsos ou omissões propositais e planejadas para mascarar o propósito anti-concorrencial. Nesse aspecto, ressaltou que também restou provado que houve dano concreto ao mercado, pois, como as demandas foram camufladas

¹⁵ A infração pela prática de *sham litigation* pode ser definida como uma estratégia predatória não relacionada a preços, que pode ser descrita como o abuso de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo processos administrativos e judiciais, com o objetivo de prejudicar concorrentes. Em termos simples, a prática de *sham litigation* refere-se a litígios iniciados com o propósito de atacar concorrentes, visando obter vantagens competitivas independentemente do resultado final do processo. Portanto, pode-se afirmar que um agente econômico pratica *sham litigation* com o intuito de: (a) aumentar os custos dos concorrentes já estabelecidas no mercado; ou (b) impedir ou atrasar a entrada de um novo concorrente, aumentando os custos de entrada.

¹⁶ BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Relatora: Conselheira Ana Frazão. **Número SEI: 0076796**. Julgado em 03/07/2015.

pela omissão de dados relevantes, a representada Eli Lilly conseguiu prestações jurisdicionais favoráveis. No caso em questão, a norma do açambarcamento ou impedimento da exploração de direitos patentários de propriedade industrial pelo mercado que já não mais vigiam foi uma das condutas imputadas pela relatora como caracterizadoras da infração à ordem econômica à época regida pelo artigo 21, XVI, da Lei nº 8.884/94¹⁷.

A última infração prevista no controle das condutas é a do artigo 36, §3º, XIX, da LDC. Essa hipótese legal trata de “*exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca*”. É importante ressaltar que a LDC introduziu uma novidade ao incluir essa conduta como tipificação de infração à ordem econômica, que não existia na Lei nº 8.884/94.

Roberto Domingos Taufick (2012, p. 252) afirma que o inciso XIX aborda a relação entre o monopólio e a concorrência, entre o incentivo à propriedade e o abuso do direito de propriedade, e entre o incentivo à inovação e a excessiva proteção legal para alcançar esse fim.

Referida conduta pode ser aplicada a agentes econômicos que postulem a proteção de um direito de propriedade intelectual, obtido de forma fraudulenta ou indevida, e ainda ajuizando ações judiciais e procedimentos administrativos de forma abusiva para impedir que outros se utilizem da sua propriedade intelectual obtida de maneira indevida ou fraudulenta.

Paula Andrea Forgioni (2022, p. 340-341) esclarece que os abusos dos direitos de propriedade intelectual que geram a incidência do artigo 36 da LDC ocorrem quando o seu uso: (i) prejudique a concorrência; (ii) implique aumento arbitrário de lucros; ou (iii) configure abuso de posição dominante. Desse modo, conclui-se que os direitos de propriedade intelectual somente podem ser exercidos pelos seus titulares como instrumentos concorrenciais dentro dos limites da sua função econômica e social. Quando o exercício desses direitos é exercido abusivamente aplicam-se as disposições referentes à LDC de infração à ordem econômica.

O CADE, quando do famoso caso da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) em face da Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. na Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51¹⁸, por ocasião do voto do ex-conselheiro Carlos Emmanuel Joppert

¹⁷ Confira-se a parte dispositiva do voto da Relatora: Conselheira Ana Frazão em BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Número SEI: 0076796. Julgado em 03/07/2015: Ante o exposto condeno as representadas Eli Lilly do Brasil Ltda e Eli Lilly and Company pela prática de infrações à ordem econômica, previstas nos arts. 20, I e IV c/c art. 21, IV, V e XVI, fixando multa de R\$ 36.679.586,16 (trinta e seis milhões seiscientos e setenta e nove mil quinhentos e oitenta e seis reais e dezesseis centavos).

¹⁸ BRASIL, CADE, **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51**, Número SEI: 0000502, de 16/12/2014, fls. 3861.

Ragazzo, classificou as condutas anticoncorrenciais advindas do abuso de direitos de propriedade intelectual combatidas pelas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo em 2 (dois) grandes grupos: (i) as condutas anticompetitivas advindas de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial; e (ii) as condutas anticompetitivas advindas do abuso do direito de propriedade industrial em si, ou seja, do abuso do titular no exercício do direito por ele obtido.

Observa-se pela jurisprudência do CADE¹⁹ um grande número de arquivamento de inquéritos administrativos pela falta de indícios de infração à ordem econômica com base no abuso de direitos de propriedade intelectual e prática de *sham litigation*. Melhores resultados têm sido obtidos pelo convencimento da Superintendência Geral do CADE²⁰ em instaurar inquérito administrativo na forma dos artigos 13, III e 66, §1º, da LDC para que sejam investigadas as acusações de condutas anticompetitivas. No entanto, pouquíssimos casos tiveram esse resultado. Não foi encontrada nenhuma condenação do CADE a algum agente econômico com base no artigo 36, §3º, XIX, da LDC.

Por fim, configurada a infração à ordem econômica, os responsáveis estão sujeitos às penalidades previstas nos artigos 37 a 45 da LDC. Dentre elas, há a possibilidade de o CADE recomendar ao INPI que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao abuso desse direito (art. 38, IV, alínea *a*, da LDC).

A Lei nº 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial) prevê que, concedida a carta patente, o titular tem o direito de explorar o seu objeto de forma exclusiva, possuindo o monopólio legal da sua exploração no mercado durante o seu tempo de vigência²¹. No entanto, como direito de propriedade, os direitos exclusivos do titular da patente devem ser exercidos em função dos princípios constitucionais da função social e da livre concorrência (artigo 170, II, III e IV, da Constituição Federal). Isto porque, pelo fenômeno da constitucionalização do Direito, em que as normas constitucionais, em seu conteúdo material e axiológico, se irradiam com força normativa

¹⁹ BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08012.011615/2008-08**, Número SEI: 0564869, Nota Técnica SG de 14/01/2019; **Inquérito Administrativo nº 08012.001693/2011-91**, Número SEI: 0848987, Número SEI: 0564869, Nota Técnica SG de 29/12/2020; **Inquérito Administrativo nº 08700.001893/2021-68**, Número SEI: 1195168, Nota Técnica SG de 27/02/2023; **Inquérito Administrativo nº 08700.002142/2022-40**, Número SEI: 1138278, Nota Técnica SG de 25/10/2022; **Inquérito Administrativo nº 08700.000015/2018-20**, Número SEI: 0510295, Nota Técnica SG de 09/08/2018, **Inquérito Administrativo nº 08012.007147/2009-40**, Número SEI: 0768732, Nota Técnica SG de 19/06/2020, dentre outros.

²⁰ BRASIL, CADE, **Procedimento Preparatório nº 08700.002142/2022-40**, Número SEI: 1107520, Nota Técnica SG de 23/08/2022 e **Inquérito Administrativo nº 08700.000270/2018-72**, Número SEI: 0725949, Nota Técnica SG de 12/03/2020.

²¹ Vide artigos 38 a 42 e artigo 44, da Lei nº 9.279/1996. BRASIL, **Lei nº 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15/05/1996.

por todo o sistema jurídico condicionando a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional de acordo com o sentido e o alcance previsto para a realização dos fins constitucionais (Barroso, 2012)²², faz com que não existam direitos absolutos no ordenamento jurídico brasileiro. Esse é o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal: “*não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto*” (Brasil, STF, Tribunal Pleno, MS 23452, 2000).

Assim, como um mecanismo de salvaguarda para proporcionar um justo equilíbrio entre as prerrogativas dos direitos exclusivos outorgados individualmente ao titular da carta patente, com a visão coletiva da exploração da propriedade respeitando a sua função social e a livre concorrência, bem como em conformidade com a repressão estatal ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao o aumento arbitrário dos lucros ordenado pelo artigo 173, §4º, da Constituição Federal, a licença compulsória por abuso no exercício dos direitos garantidos pela patente ou abuso de poder econômico está prevista no artigo 68, *caput*, da Lei nº 9.279/1996 e no art. 38, IV, alínea *a*, da LDC.

Denis Borges Barbosa (2017, p. 1633-1634) relata que o limite do privilégio outorgado pela patente está sujeito a duas restrições: a primeira é o abuso do direito, pois a patente deve ser entendida como uma restrição excepcional à liberdade de concorrência; a segunda, a função social, como limitação constitucional da propriedade. Pode-se citar uma terceira restrição não aventada pelo autor, o princípio constitucional da livre concorrência, que legitima a atuação do CADE.

Para Denis Borges Barbosa (2017, p. 1637-1638), em cada um dos requisitos legais de abuso do direito e abuso do poder econômico da patente do artigo 68, *caput*, da Lei nº 9.279/1996 existe um elemento de retribuição ou punição, um elemento de atendimento a um interesse público ou coletivo e alguma parcela de interesse particular, ainda que indireta ou difusa. Assim, quando a necessidade de retribuição da patente à sociedade exceder em muito o simples atendimento ao interesse público de suprimento de bens e serviços pelo titular, se está configurado o abuso de patente ou de poder econômico. Em termos econômicos, o que a lei faz nesse caso é corrigir pela licença compulsória a falha de mercado resultante da criação de uma exclusividade abusada.

André Santa Cruz Ramos e Thiago Martins Guterres (2016, p. 116/117) ao comentarem o artigo 68, *caput*, aduzem que o abuso do poder econômico a que se refere esse dispositivo legal é a prática de infração contra a ordem econômica nos termos da LDC (artigos 36, §3º, XIV e XIX e 38, IV,

²² Em resumo, a Constituição Federal figura no centro do sistema jurídico brasileiro de onde irradia a sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Seu conteúdo torna-se, assim, um parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional e um vetor de interpretação para todas as normas do sistema jurídico que devem ter o seu sentido e alcance conformado à realização dos fins previstos pela Constituição.

alínea *a*, da LDC). A decisão administrativa referida nesse dispositivo (“*comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial*”) é a proferida pelo CADE, autoridade antitruste. Nesses casos, a licença compulsória de patente, conhecida por licença por abuso de direitos ou licença por abuso de direito econômico, decorrem de condutas do próprio titular da patente que não se coadunam com os princípios justificadores da concessão de um privilégio legal que lhe assegura direito de exploração exclusiva sobre seu invento.

Calixto Salomão Filho (2007, p. 138/139) destaca que a patente, por gerar uma situação de poder no mercado, tem no Direito da Concorrência a sua disciplina focada no abuso do direito, em que também se inclui o abuso de poder para o licenciamento compulsório. Segundo o autor, patentes que efetivamente geram um poder monopolista, como é o caso dos produtos de alta tecnologia dotados de alto grau de essencialidade para o consumidor, ou para outros produtores, como é o caso dos medicamentos. Nessa hipótese, haverá claramente a função social derivada da sua essencialidade e, por conseguinte, um dever de fornecimento dos produtos a preços não abusivos.

Essa visão de Calixto Salomão Filho (2007, p. 138/139) está de acordo com o artigo 68, *caput*, que prevê a hipótese de licenciamento compulsório da patente em caso de abuso de poder econômico e o seu §1º que acrescenta a essa possibilidade o caso de utilização insuficiente do objeto da patente para as necessidades nacionais, desde que decorridos três anos da concessão da patente (§5º do artigo 68, da Lei nº 9.279/1996). Ambas as hipóteses do *caput* e do §1º c/c §5º do artigo 68, podem ser caracterizadas como abuso do poder econômico, pois enquanto a regra do *caput* pode ser interpretada como aumento arbitrário dos lucros pela prática de preços abusivos, o §1º tem como objeto o abuso decorrente da limitação da produção, que também leva ao desabastecimento do mercado. Ambos os dispositivos, quando analisados em conjunto, configuram para os titulares de patentes a existência de um dever de manter o mercado abastecido e com preços concorrenciais. A consequência do descumprimento dessa regra é licenciamento compulsório da patente a concorrentes.

Da jurisprudência do CADE²³, observa-se o entendimento da autoridade antitruste quanto a sua competência em determinar via processo administrativo a licença compulsória em condenação administrativa pela prática de abuso de poder econômico por meio do uso de patente, conforme previsto no artigo 68, *caput*. Referido dispositivo disciplina duas hipóteses alternativas para o licenciamento compulsório: (i) o abuso de direito (“*se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva*”), em referência ao abuso do direito previsto no Código Civil (art. 187); e (ii) o abuso de poder econômico (“*ou por meio dela praticar abuso de poder econômico*”). A este respeito, a LDC,

²³ BRASIL, CADE. **Inquérito Administrativo nº 08012.002673/2007-51**, Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, Voto Número SEI: 0455672, de 19/03/2018.

no seu artigo 36, §3º, XIX, estabelece expressamente que a conduta de “*exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca*” pode configurar infração à ordem econômica, na medida em que configure uma das hipóteses previstas no *caput*, como, por exemplo, prejudicar a livre concorrência ou exercer de forma abusiva posição dominante de mercado.

O art. 36, §3º, XIX da LDC ao mencionar a palavra “*abusivamente*” remete à competência do CADE para analisar o abuso no exercício do direito de propriedade industrial, no caso a patente, como infração à ordem econômica, para recomendar ao INPI como parte da condenação administrativa do titular da patente, a licença compulsória do seu direito de propriedade industrial quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito. O INPI, por sua vez, exercerá a competência de executar a licença compulsória da patente determinada pelo CADE na forma dos artigos 72 a 74 da Lei nº 9.279/1996.

A partir da análise desses dispositivos, resta claro ao titular da patente que a sua fruição, ou o seu exercício, deve se dar em consonância com as finalidades econômicas e sociais que motivaram a sua concessão pelo INPI, e, ainda, não limitarem injustificadamente a concorrência. Portanto, ao CADE cabe a análise e julgamento das condutas anticompetitivas que decorram de abusividade no exercício da propriedade intelectual e a determinação da recomendação da licença compulsória da patente, cujo exercício do seu direito de exclusividade na forma do artigo 68, *caput* e §1º, da Lei nº 9.279/1996 configure um abuso do direito ou abuso de poder econômico, enquanto ao INPI caberá a execução da licença compulsória da patente determinada na condenação administrativa.

Uma vez analisado o controle das condutas como mecanismo da LDC, faz-se necessário abordar os direitos de propriedade no controle das estruturas pelo CADE, que ocorre na autorização prévia pela autoridade antitruste dos atos de concentração (fusões e aquisições) entre os agentes econômicos. O objetivo é evitar a criação de estruturas que prejudiquem a concorrência no mercado. Esse controle das estruturas se dá mediante um controle preventivo dos direitos de propriedade intelectual negociados nesses atos de concentração.

Os contratos de cessão e de licenciamento de marcas, patentes, desenhos industriais, transferência de tecnologia, cultivares, topografia de circuito integrado e direitos autorais são os principais negócios jurídicos que podem ser objeto desses direitos.

A cessão envolve a transferência gratuita ou onerosa de um direito de propriedade intelectual. Por meio do contrato de cessão, ocorre a transferência *inter vivos* da titularidade desse recurso imaterial. No contexto do direito antitruste, é considerada uma transação de aquisição de ativos, na qual os bens são transferidos de um agente econômico para outro.

A licença é a autorização concedida pelo detentor de um direito de propriedade intelectual, de forma gratuita ou onerosa, para que o licenciado possa utilizar o objeto protegido por esse direito, dentro dos limites estabelecidos pelo licenciante, como prazo, território, escopo, entre outros. Através do contrato de licenciamento, ocorre o arrendamento do uso do bem imaterial protegido. Do ponto de vista do direito antitruste, isso envolve uma integração vertical, na qual o licenciante fornece o insumo de propriedade intelectual ao licenciado para ser utilizado em suas atividades. É importante ressaltar que as partes podem ter também uma relação horizontal no mercado relevante do produto final, no qual os direitos licenciados são utilizados como insumo.

Concentração econômica é definida por Paula Andrea Forgioni (2022, p. 412) como o aumento de riquezas em poucas mãos relacionando-se com o aumento do poder econômico de um ou mais agentes do mercado. A LDC enumera no artigo 90 o que se entende por concentração econômica para o direito concorrencial: (i) a fusão, em que duas ou mais sociedades anteriormente independentes se fundem (inciso I); (ii) a aquisição, direta ou indireta, de participações societárias ou de ativos de terceiros, tangíveis ou intangíveis (inciso II); (iii) a incorporação de sociedades (inciso III); (iv) a celebração de contratos associativos ou de *joint ventures* e a constituição de consórcios (inciso IV).

Nos casos dos contratos de propriedade intelectual, os contratos de cessão se incluem na hipótese do inciso II do artigo 90 da LDC. Assim, os contratos de cessão serão de notificação obrigatória ao CADE nos atos de concentração, quando a aquisição representar a transferência de uma ou mais sociedades indicando o repasse de alguma atividade do cedente e, com ela, de sua participação no mercado em relação àquela atividade, alterando-se a estrutura do mercado relevante. Essa obrigatoriedade de notificação prévia ao CADE dos contratos de cessão de propriedade intelectual ao controle preventivo encontra apoio na doutrina de Paula Andrea Forgioni (2022, p. 419). Para a autora, a adquirente pode visar não ao controle de outro agente econômico, mas na aquisição de pessoal especializado, patentes, direitos de propriedade intelectual e outros privilégios através da compra dos ativos.

As licenças de direitos de propriedade intelectual, quando exclusivas, podem se inserir na categoria do inciso II do artigo 90 da LDC como aquisição de ativos, caso em que sua notificação será obrigatória ao CADE nos atos de concentração. A outra possibilidade de enquadramento nos atos de concentração pode se dar na hipótese do inciso IV como contrato associativo²⁴ quando

²⁴ Segundo Paula Andrea Forgioni (2022), contratos associativos ou *joint ventures* “referem-se a negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas, sem constituir consórcio formal nos termos do artigo 278 da Lei Societária, associam-se para realizar o empreendimento acordado, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia dos centros decisórios, mas tem sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para consecução de escopo comum. As áleas não são comuns, mas interdependentes. Essas contratações

houverem cláusulas laterais no contrato que permitam o controle do licenciado pelo licenciante para que as partes se coordenem e atuem de modo conjunto ou concatenado no mercado em prol de uma finalidade comum. Nesse caso, Luís Fernando Schuartz (2002, p. 132) atenta para a possibilidade de um acordo entre concorrentes funcionar como uma espécie de “*mecanismo facilitador de condutas concertadas (via troca de informações sobre preços, quantidades produzidas ou ofertadas, ou outras variáveis sensíveis do ponto de vista das estratégias competitivas das empresas participantes)*”. Essa situação enseja riscos concorrenciais que justifica a atuação do CADE, pois com a existência de um fim em comum entre as partes haveria a configuração de uma associação, o que justificaria a notificação prévia da autoridade antitruste.

Assim sendo, a possibilidade de classificar um contrato de licenciamento de propriedade intelectual como um contrato associativo depende das cláusulas adicionais ao objeto principal do contrato de licença. Essas cláusulas devem indicar a existência de um objetivo comum entre as partes, que demonstra o potencial de concentração da operação e justifica o controle preventivo. Logo, é a coordenação centralizada de um empreendimento conjunto que revela a presença de concentração econômica. Portanto, para que um contrato seja considerado associativo, a licença deve transcender a simples reciprocidade e refletir a associação entre as partes, capaz de alterar a estrutura do mercado por meio de sua atuação conjunta. Essa associação é caracterizada pela estabilidade e pela união de propósitos na busca de um objetivo comum (Aguillar, 2019).

Na pressuposição de que a propriedade intelectual constitui um insumo produtivo no caso do licenciamento e um ativo no caso da cessão para as sociedades nos atos de concentração, a notificação prévia ao CADE dessas operações sempre se fará necessária quando esses contratos aumentarem o poder do comprador sobre a tecnologia de certos produtos ou a eficiência de inovação e desenvolvimento tecnológico que desbordem o controle das estruturas de mercado.

4. DO CONTROLE PRÉVIO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Os atos de concentração empresarial realizados pelos agentes econômicos fazem parte da dinâmica do mercado e ocorrem pelas mais variadas razões. Muitas vezes, a fusão de sociedades é a solução para que um empreendimento não sucumba. Também pode ser como consequência da expansão das sociedades mais capazes de gerar lucros que passariam a comprar seus concorrentes, fornecedores e distribuidores. Tais atos derivam, assim, do poder econômico relacionado à detenção

são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste.” (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 415/416)



em alta escala dos meios de produção concentrado em um grupo de pessoas, um grupo de sociedades ou nas mãos de uma pessoa só (Magalhães, 1975; Castro, 2014).

Normalmente o formato jurídico em que ocorrem os atos de concentração empresariais são pela fusão; aquisição de controle; aquisição de quotas ou ações sem aquisição de controle; consolidação de controle; aquisição de ativos; incorporação; *holding* em que uma sociedade passa a participar do capital e exercer o controle de outras sociedades, tornando-se um centro de poder importante para a tomada de decisões e os rumos das atividades empresariais; e *joint ventures* em que duas ou mais sociedades se associam, podendo ou não criar uma nova para realizar uma atividade econômica produtiva ou de serviços com fins lucrativos. As *joint ventures* societárias se classificam em clássica, quando há criação de nova sociedade para explorar outro mercado e concentracionista, quando a nova criada é direcionada para explorar mercado já explorado pelas associadas. (Rocha, Lima e Cordeiro, 2017).²⁵

Doutrinariamente, os atos de concentrações podem ser classificados em horizontais, verticais e conglomerados. O critério de classificação das concentrações é o mercado de atuação das sociedades participantes. Assim, ocorre a concentração horizontal quando envolve agentes econômicos distintos e competidores entre si que atuam no mesmo mercado relevante, ofertando o mesmo produto ou serviço em relação direta de concorrência. Na concentração vertical, os atos de concentração são realizados entre agentes econômicos que operam em diferentes mercados, mas desenvolvem atividades complementares (Castro, 2014). Por fim, na concentração conglomerada, os agentes econômicos atuam em mercados relevantes diversos e completamente apartados, não possuindo as sociedades relação de concorrência ou complementaridade (Castro, 2014). Paula Andrea Forgioni (2022) subdivide esse tipo de concentração conforme o seu escopo ou efeito em: (i) de expansão de mercado (*market extension*); (ii) de expansão de produto (*product extension*) e; (iii) de diversificação ou pura.

Ramsés Maciel de Castro (2014, p. 133) esclarece que “*para a aplicação da lei concorrencial, porém, é indiferente se é hipótese de uma concentração horizontal, vertical ou conglomerada, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle*”. Assim, segundo o autor, um ato de concentração pode prejudicar a livre concorrência, ainda que os partícipes não sejam concorrentes. Isso ocorreria nos casos em que a operação de concentração econômica tiver a capacidade de

²⁵ BRASIL, CADE, **Resolução CADE nº 33**, de 14 de abril de 2022. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e consolida as Resoluções nº 02/2012, 09/2014 e 16/2016. Brasília, DF, Diário Oficial da União (DOU) de 19/04/2022, Seção 1, p. 72-76.

eliminar a concorrência potencial a qual um dos agentes econômicos participantes estivesse exposto.

Pela opção legislativa da LDC, os atos de concentração para surtirem efeito necessitam ser submetidos previamente ao CADE, e só serão concretizados e consumados quando do julgamento final da sua efetivação pela autoridade antitruste²⁶. A justificativa para essa opção é de que ante a necessária concentração econômica empresarial exigida pela abertura econômica do País, deve-se evitar que os atos de concentração gerem impactos econômicos irreversíveis na concorrência, uma vez que desfazer um ato ou mesmo alguns de seus efeitos é muito difícil e, por vezes, até mesmo impossível.

Como o maior objetivo da reestruturação do SBDC é tornar mais eficiente a defesa da concorrência no País, torna-se importante evitar concentrações danosas à concorrência. Assim, presume-se que, como os agentes econômicos sujeitos ao ato de concentração têm conhecimento sobre os seus efeitos e a não lesividade do ato ao mercado, acelerarão as suas notificações, as suas manifestações e informações no processo administrativo para verem mais rapidamente a sua operação autorizada definitivamente pelo CADE trazendo-lhes a efetiva e desejada segurança jurídica e eficácia legal do ato de concentração.

O controle das concentrações pelo CADE como matéria antitruste é previsto no ordenamento jurídico nacional desde a Lei Malaia (Decreto-lei nº 7.666/1945), sendo mantido em todos os diplomas legais que a sucederam (Lei nº 4.137/1962, Lei nº 8.158/1991, Lei nº 8.884/1994 e a vigente Lei nº 12.529/2011). No entanto, a despeito da legislação prever a necessidade de apresentação dos atos de concentração para aprovação do CADE, não existia uma regulamentação e nenhuma sociedade se preocupava com essa formalidade (Forgioni, 2022). Destarte, apenas com a promulgação da Lei nº 8.884/1994, foi que o sistema antitruste brasileiro passou a estabelecer uma definição clara dos atos de concentração no art. 54. Durante o período de vigência dessa lei, os atos de concentração eram considerados aqueles que, sob qualquer forma manifestada, pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Sob a égide da Lei nº 8.884/1994, os agentes econômicos tinham o dever de notificar o CADE para o controle do ato de concentração em duas situações: (i) apresentação prévia; ou (ii) apresentação posterior no prazo máximo de 15 dias úteis contados da realização do ato de concentração (artigo 54, §4º). Sem essa notificação do ato de concentração que possa limitar ou

²⁶ Vide artigo 88, §§2º, 3º e 4º, da LDC. BRASIL, **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01/11/2011 e retificado em 02/12/2011.

prejudicar a concorrência (artigo 54, *caput*), não havia a validade do ato, pois a concentração tinha a eficácia condicionada à sua aprovação pelo CADE (artigo 54, §7º). Esse controle prévio ou posterior consistia na função preventiva do CADE (controle das estruturas). Pelos prazos da Lei nº 8.884/94 podia-se levar a um total de 140 dias de tramitação para se chegar à decisão do CADE, se não houvesse suspensão de prazo, o que, na prática, é muito comum ocorrer. A suspensão de prazo podia ocorrer em diversas hipóteses como, por exemplo, não serem apresentados pelas partes esclarecimentos e documentos e em caso de ausência de quórum no Conselho.

Um caso emblemático de concentração julgado pelo CADE em 18/09/1996²⁷ sob a vigência da Lei nº 8.884/1994 foi o ato de concentração Kolynos-Colgate, que correspondeu à aquisição da Kolynos do Brasil S/A pela Colgate-Palmolive Company, em processo privado de leilão realizado em Nova York, no qual a Colgate-Palmolive Company e sua subsidiária KAC Corporation adquiriram parte dos negócios mundiais de saúde bucal da American Home Products Corporation. Este negócio foi um dos primeiros na década de 90 a ultrapassarem a marca de um bilhão de dólares. A transação correspondente ao Brasil ocorreu em 10/01/1995, mediante aquisição do negócio de saúde bucal dos Laboratórios Wyeth-Whitehall Ltda., por sua subsidiária brasileira da American Home Products Corporation. O preço do negócio referente à parte brasileira foi de US\$ 760 milhões, o que representou cerca de 73% do valor mundial da operação. O caso introduziu no antitruste brasileiro princípios fundamentais de análise econômica²⁸, tais como os conceitos de mercado relevante, estrutura de mercado, barreiras à entrada, concorrência potencial, possibilidade de entrada, estratégias de retenção da concorrência e diferenciação de produtos, que foram discutidos pelo CADE em seus aspectos conceituais e em sua relação com o caso.

Da análise do caso de concentração econômica, verifica-se que foram definidos pelo CADE quatro mercados relevantes afetados pela operação. São eles: creme dental, escova dental, fio dental e enxaguante dental. Observou-se que a operação de concentração apresentaria condições para ser aprovada considerando-se os efeitos exclusivamente sobre os mercados relevantes de fio dental, escova dental e enxaguante bucal, tendo em vista o atendimento aos quatro requisitos enumerados

²⁷ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 27/95**, K&S Aquisições Ltda e Kolynos do Brasil S/A, Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva, julgado em 18/09/1996.

²⁸ Os fundamentos adotados pela análise econômica no âmbito do antitruste foram originados na década de 1950 através de uma corrente econômica conhecida como organização industrial. Desde então, essa abordagem tem progredido em consonância com a evolução da jurisprudência antitruste. Ao longo dos anos 1970, essa teoria incorporou as críticas apresentadas pela Escola de Chicago e pela teoria dos custos de transação. Já na década de 1980, ela absorveu os avanços na teoria dos jogos, recursos de computação e econometria. Atualmente, a moderna organização industrial, também conhecida como nova microeconomia, enfrenta com alta precisão os desafios levantados pelo campo do antitruste.

no §1º do artigo 54 da Lei nº 8.884/1994²⁹. No entanto, quanto ao mercado relevante de creme dental, para que a operação de concentração não fosse rejeitada, o CADE impôs medidas restritivas em relação à necessidade de se evitar que a concorrência fosse substancialmente eliminada.

Levou-se em consideração que a natureza da concorrência no mercado dental por diferenciação de produto tem na marca o seu principal ativo. E que o controle simultâneo das duas marcas mais importantes do mercado de creme dental (Colgate com 26,6% de participação no mercado brasileiro de creme dental e Kolynos que detinha 50,9% desse mercado), elevaria a participação a um percentual de 77,5%, gerando assim uma barreira significativa a entrada de novos concorrentes e uma fonte de poder de mercado abusivo pela adquirente (Ibrac, 1996). Dessa forma, foi sobre o controle da marca Kolynos e suas extensões em que se baseou a decisão do CADE para aprovar o ato de concentração.

A decisão do CADE foi no sentido de suspender o uso da marca Kolynos para a produção e venda de creme dental no país por um período de quatro anos. Essa medida tinha o propósito de assegurar que a operação de concentração não comprometesse a concorrência e não resultasse em um poder de mercado tão dominante para inibir a entrada de novos concorrentes e restringir a independência das sociedades já atuantes no mercado, além de prejudicar significativamente a dinâmica competitiva. Além disso, a suspensão estipulada tinha a intenção de incentivar a rápida e eficiente entrada de possíveis novos concorrentes, para que eles pudessem se estabelecer economicamente até o momento planejado para o retorno da marca Kolynos ao mercado, que seria cuidadosamente preparado. Essa medida também teve o objetivo de fortalecer a posição das marcas de menor expressão que já estavam atuando no mercado. Além da decisão de suspensão da marca Kolynos, o CADE ofereceu à adquirente outras duas opções alternativas: licenciar a marca para um participante com menos de 20% do mercado, ou um novo concorrente com a vigência de vinte anos de licenciamento ou vendê-la sob condições específicas.

Após negociações, a adquirente escolheu a alternativa de suspender o uso da marca em território nacional por quatro anos. Essa alternativa veio acompanhada da obrigação de oferecer publicamente contratos de produção por encomenda de creme dental no mesmo segmento ocupado pela marca "Kolynos Super Branco", com volumes totais não inferiores a 14.000 toneladas por ano. Além disso, a Kolynos do Brasil S/A se comprometeu a fornecer assistência no lançamento de marcas próprias no mesmo segmento da "Kolynos Super Branco" para varejistas e distribuidores de grande porte.

²⁹ São eles: (a) De forma cumulada ou alternativa: (i) o aumento da produtividade; (ii) melhora da qualidade de bens ou serviços; (iii) possibilitar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (b) distribuição equitativa dos benefícios entre os participantes da operação de um lado e de outro os consumidores ou usuários finais; (c) não implicar eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços; e (d) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

Esses contratos incluíram fabricação por encomenda e outros serviços de apoio desejados pelo distribuidor ou varejista, a um custo razoável, visando garantir o sucesso do empreendimento.

Em uma análise dos efeitos dessa decisão do CADE sobre o mercado brasileiro, Lucia Helena Salgado (2003, p. 38-42) conclui que houve uma queda de preços nos cremes dentais devido à concorrência, o que é um indicativo de aumento de bem-estar. Houve ainda uma perda de mercado pela líder de 14,3% de participação enquanto cresceram as participações conjuntas dos concorrentes Gessy Lever, Glaxo - Smithkline e de marcas próprias e de baixo preço, de 23% para 37,3%. Observou-se, ainda, o lançamento de novos produtos inovadores – cremes dentais naturais, gel, branqueadores, terapêuticos – e embalagens mais práticas, bem como o crescimento de marcas de baixo preço e marcas próprias.

Houve ainda, segundo Lucia Helena Salgado (2003, p. 42), a entrada e o estabelecimento no mercado brasileiro de uma nova multinacional, a Glaxo – Smithkline, com a instalação da sua fábrica em Jacarepaguá, no Rio de Janeiro, para a produção do creme dental Aquafresh, o que denota a consolidação do processo de entrada. Com isso, conclui a autora que a decisão do CADE em suspender o uso da marca Kolynos por quatro anos se mostrou necessária e suficiente para garantir a entrada de novo fabricante, elevar a elasticidade de demanda do consumidor e garantir aos consumidores os benefícios da concorrência, com maior quantidade e diversidade de produtos a preços significativamente mais baixos.

Em 30/11/2011 foi promulgada a Lei nº 12.529/2011, que trouxe como uma das principais inovações a imposição do dever para os agentes econômicos de apresentação prévia ao CADE dos seus atos de concentração. As sociedades são obrigadas a apresentarem os atos de concentração dos quais participam antes da sua concretização e, sem a aprovação do CADE, as operações não podem ser consumadas (artigo 88, §3º, da LDC).

No que se refere ao controle dos atos de concentração, a LDC alterou vários aspectos presentes na lei anterior nos seus artigos 53 a 65 e 88 a 91. As mudanças mais significativas foram: (i) a notificação para o controle das operações de concentração passa a ser apenas prévia, acabando-se com as opções de apresentação prévia ou apresentação posterior no prazo máximo de quinze dias úteis contados da realização do ato de concentração como era previsto no §4º do artigo 54 da lei revogada; (ii) deixa de existir o critério amplo do ato de concentração que pudesse limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes (artigo 54, *caput*, da lei revogada). O artigo 88 da LDC exige a notificação prévia do ato de concentração se ocorrerem, objetiva e cumulativamente, dois critérios relativos ao faturamento dos agentes econômicos que pretendem se integrar: o faturamento bruto anual ou volume de negócios total realizados no Brasil dos grupos econômicos das sociedades envolvidas na operação, ou de pelo

menos um deles, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), de um lado, e a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), de outro (conforme autorizado pelo artigo 88, §1º, da LDC. Os valores foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, dos Ministérios de Estado da Justiça e da Fazenda)³⁰.

A aprovação do ato de concentração é vinculante para a autoridade antitruste. No entanto, a LDC permite no seu artigo 91, *caput*, a revisão da decisão administrativa de aprovação pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, caso esta tenha se baseado em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados. Essas três hipóteses são consideradas *numerus clausus*, isto é, taxativas. Paula Andrea Forgioni (2022, p. 439/440) comenta que a terceira hipótese de revogação da autorização do ato de concentração pelo CADE, embora possa dar uma ampla margem de atuação para a autoridade antitruste, nunca foi utilizado.

Na hipótese de falsidade ou enganabilidade por parte do interessado para aprovação do ato de concentração, o art. 91, parágrafo único, da LDC pune com mais rigor determinando sanção de multa, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), sem prejuízo da abertura de processo administrativo para apuração da infração e da adoção de mais medidas cabíveis. Na opinião de Roberto Domingos Taufick (2012, p. 479) esse rigorismo da LDC justifica-se pelo fato da falsidade ou enganabilidade do interessado para a aprovação pela administração pública do ato de concentração desvirtuar o objetivo central da lei, que é justamente a análise prévia do ato.

Um caso importante e dos mais relevantes para o mercado brasileiro e internacional julgado pelo CADE na vigência da LDC é o caso Bayer-Monsanto, objeto do Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49, de relatoria do conselheiro Paulo Burnier da Silveira, em que figuram como requerentes Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company e como terceiros interessados Associação Brasileira dos Produtores de Sementes de Soja - ABRASS, Associação Brasileira dos Produtores de Algodão - ABRAPA, Associação Brasileira dos Produtores de Soja - APROSOJA,

³⁰ Segundo Ramsés Maciel de Castro (2014), a especificação dos valores do faturamento bruto ou volume de negócios anual realizado no País dependerá das variações que forem ocorrendo na economia ao longo do tempo e, por essa razão, deve estar sujeita a variações repentinas. Dessa forma, para que haja agilidade do Estado em promover a alteração por meio normativo mais fácil e rápido se elegeu a portaria interministerial dos Ministérios de Estado da Fazenda e da Justiça quando houver indicação do Plenário do CADE para a adequação dos valores do artigo 88, I e II, da Lei 12.529/2011 (CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. 1.ed. São Paulo. Letras Jurídicas, 2014, p.163-167).

E.I. Du Pont de Nemours and Company, Dow Agrosiences Sementes & Biotecnologia Brasil Ltda.³¹

O caso em tela trata da operação global de aquisição da Monsanto Company pela Bayer Aktiengesellschaft no valor de US\$ 66 bilhões de dólares. Essa aquisição gerou uma concentração de mercado e domínio de várias e importantes tecnologias do ramo agrícola por poucas corporações³². O processo terminou com a aprovação pelo plenário do tribunal administrativo do CADE da operação de concentração, por maioria, condicionada à celebração e ao cumprimento de Acordo em Controle de Concentrações (ACC), nos termos do voto do conselheiro-relator³³.

O ACC continha um amplo leque de remédios estruturais e comportamentais. Além de integrações verticais, a operação contava com uma série de sobreposições horizontais no conjunto de mercados divididos entre: (i) defensivos agrícolas, (ii) sementes e (iii) pesquisa e desenvolvimento (P&D) e licenciamento de biotecnologia.

As integrações verticais estavam caracterizadas por uma conexão em cadeia entre os três mercados mencionados. Especificamente em relação ao setor de sementes, houve uma divisão da cadeia produtiva em três etapas integradas verticalmente. A primeira etapa compreendia o desenvolvimento da biotecnologia; a segunda englobava o desenvolvimento e reprodução das sementes; e a terceira abrangia a produção e comercialização das sementes. Nesse contexto, algumas sociedades atuavam individualmente em cada um dos elos da cadeia, enquanto outras cooperavam conjuntamente. Além disso, na área específica de desenvolvimento de biotecnologia, foram identificadas subdivisões de elos produtivos, onde uma das sociedades envolvidas estaria presente na fase inicial (*upstream*) e a outra na fase final (*downstream*).

A Superintendência-Geral (SG) identificou problemas concorrenciais nos mercados de soja e algodão, tanto em termos de relações horizontais quanto verticais. No que se refere à integração vertical, a preocupação surgiu devido a uma das partes deter poder de mercado no desenvolvimento

³¹ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 15/02/2018, publicação DOU de 16/02/2018 da Ata da 117ª Sessão Ordinária de Julgamento.

³² Cite-se que o mercado de sementes transgênicas e de defensivos agrícolas estava concentrado até 2018 em um oligopólio de 4 (quatro) sociedades inovadoras *traits* de biotecnologia, que correspondem a pesquisa, desenvolvimento e licenciamento de tecnologia de eventos geneticamente modificados, no mundo: Monsanto, Bayer, Dow/DuPont e Syngenta. Com a compra mundial da Monsanto pela Bayer, esse mercado que já era concentrado passou a ser mais concentrado ainda em 3 (três) *Gene Mega Giants*. Com isso, se caminha para um mundo em que os mercados de produção de alimentos e outros produtos agrícolas estarão nas mãos de uma sociedade norte-americana, alemã e chinesa. Daí a preocupação do CADE em exigir das Requerentes Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company um Acordo em Controle de Concentração com remédios estruturais e de condutas para aprovação do ato de concentração de aquisição empresarial.

³³ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 15/02/2018, publicação DOU de 16/02/2018 da Ata da 117ª Sessão Ordinária de Julgamento.

de eventos transgênicos de soja e algodão em escala global, enquanto a outra possuía expertise em melhoramento genético dessas culturas no Brasil. A presença significativa da Monsanto no segmento a montante também gerou preocupação quanto ao fechamento do mercado, especialmente porque os concorrentes dependiam das tecnologias licenciadas por ela e pela Bayer. Além disso, o órgão destacou estratégias alternativas que poderiam prejudicar a concorrência, como o atraso no licenciamento de tecnologias para concorrentes a jusante e o aumento dos royalties cobrados. O mercado de desenvolvimento de biotecnologia de soja e algodão, além de ser dominado pelas requerentes, apresentava elevadas barreiras à entrada para novos agentes econômicos devido a investimentos em P&D, exigência de mão de obra especializada e cumprimento de requisitos regulatórios.

A avaliação do CADE também considerou que o nível de rivalidade no setor não era suficiente, uma vez que a redução do número de sociedades nos últimos anos e a dependência de inovações davam vantagens competitivas àquelas estabelecidas e consolidadas.

Além das sobreposições horizontais e integrações verticais, o caso envolvendo a aquisição de duas das quatro grandes sociedades do setor agrícola e de biotecnologia no mundo (*Gene Mega Giants*) também apresentava um fator adicional: o efeito conglomerado. Esse efeito ocorre quando elas possuem amplo portfólio de produtos na mesma cadeia, o que pode gerar efeitos tanto positivos, como eficiências na distribuição, quanto negativos, como práticas de fechamento de mercado e venda casada.

Com base nesse cenário, o CADE estabeleceu um ACC com as partes envolvidas, contendo um conjunto de remédios que poderiam solucionar os problemas decorrentes das sobreposições horizontais, integrações verticais e do efeito conglomerado. A SG sugeriu que, devido à complexidade dos problemas e às particularidades da indústria, os remédios deveriam incluir uma solução estrutural, como a alienação de capacidade relevante de ativos de P&D. Essa alienação seria realizada por um único comprador capaz de exercer rivalidade de forma efetiva, uma vez que os mercados são intensivos em tecnologia e diretamente ligados à competição por inovação. Esse comprador foi a sociedade alemã Basf SE.

O ACC firmado pela Bayer Aktiengesellschaft, Monsanto Company e o CADE para aprovação do ato de concentração teve os seguintes remédios estruturais e comportamentais previstos, com a finalidade de diminuir o poder monopolista de mercado da Bayer sobre a produção agrícola brasileira: (i) como remédio estrutural, a alienação pela Bayer Aktiengesellschaft à Basf SE (*upfront buyer*) de todos os seus ativos relacionados aos mercados de algodão (sementes e biotecnologia), soja (sementes e biotecnologia) e herbicidas não-seletivos e determinados ativos de inovação localizados fora do território brasileiro; e (ii) assunção pela Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto

Company de obrigações comportamentais. O acordo integrou a decisão proferida pelo tribunal administrativo do CADE no julgamento de 15/02/2018³⁴ no Ato de Concentração, tendo por escopo tratar das eventuais preocupações concorrenciais identificadas pelo órgão no mercado de sementes, biotecnologia e inovação de soja mitigadas por meio do desinvestimento de todos os ativos relacionados ao negócio de sementes, biotecnologia e inovação de soja da Bayer.³⁵

Em termos de remédios estruturais, o desinvestimento realizado pela Bayer Aktiengesellschaft com a venda à Basf SE de todas as suas atividades globais de pesquisa em *traits*³⁶ em soja, algodão e canola incluiu: (i) todo o negócio global de soja da Bayer, englobando; atividades comerciais e de P&D; (ii) transferência no Brasil de empregados relacionados aos negócios desinvestidos; (iii) cessão de todas as instalações (estabelecimentos comerciais) dedicadas ao negócio de soja, melhoramento genético e atividades de P&D; (iv) transferência de todos os ativos relacionados aos negócios de sementes, *traits* e inovação de algodão desinvestido; (v) obrigação de não solicitação pela Bayer e Monsanto de pelo prazo de três anos não aliciar e a fazer com que suas sociedades afiliadas não aliciem pessoal e pessoal-chave transferidos com os negócios de soja e algodão desinvestidos; (vi) transferência de todas as atividades comerciais, desenvolvimento, produção e mercados de herbicidas não seletivos à base de glufosinato de amônio³⁷.

Quanto aos remédios comportamentais, a Bayer Aktiengesellschaft e a Monsanto Company se obrigaram pelo prazo de cinco anos, contados do fechamento da operação, a adotar os seguintes compromissos: (i) política ampla de licenciamento de *traits* a terceiros, em conformidade com o princípio geral de não-discriminação e em condições isonômicas; (ii) política de licenciamento amplo a terceiros de herbicida não seletivo ou de seus ingredientes ativos em condições isonômicas e não discriminatórias; (iii) não impor, direta ou indiretamente, relações comerciais, de fato ou de direito, capazes de gerar exclusividade junto aos canais de venda (distribuidores, cooperativas e/ou

³⁴ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 15/02/2018, publicação DOU de 16/02/2018 da Ata da 117ª Sessão Ordinária de Julgamento.

³⁵ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier. Acordo em Controle de Concentrações (ACC), Número SEI 0442029, 16/02/2018, p. 5.

³⁶ O acordo firmado em controle de concentrações (ACC) define *traits* como a característica, a classificação do atributo (ou traço de característica) incorporado em uma **CULTIVAR** através de modificação genética introduzida por pesquisa biotecnológica realizada, no caso em tela, por **MONSANTO** ou **BAYER**, comumente fruto da expressão de uma determinada proteína recombinante, que ocorre em um evento de biotecnologia. O **TRAIT** é como regra geral protegido pela Lei de Propriedade Industrial. Vide BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier. Acordo em Controle de Concentrações (ACC), Número SEI 0442029, 16/02/2018, p. 5.

³⁷ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier. Acordo em Controle de Concentrações (ACC), Número SEI 0442029, 16/02/2018, p. 5/6.

multiplicadores) existentes para os mercados relevantes do ACC³⁸; (iv) não impor aos seu(s) cliente(s), nos canais de distribuição e/ou parceiros comerciais, a aquisição casada de produtos ou a impor oferta de produtos empacotados (*bundling*) que apresentem, de forma abusiva e desproporcional aos usos e costumes do mercado, condições de preço, qualidade ou entrega diferenciadas em relação à regular oferta isolada dos produtos no mercado³⁹.

Pode-se concluir da análise do Ato de Concentração do caso Bayer-Monsanto, considerando todas as variáveis que poderiam prejudicar o mercado de alimentos brasileiro, e comparando com o resultado final do ACC, que a operação de concentração foi bem-sucedida.

Compreende-se que o CADE encontrou uma solução coerente que busca proteger o mercado sem impedir a livre concorrência, permitindo a entrada de um concorrente - a Basf SE - com força competitiva. Isso contribuiu para aumentar a rivalidade e a competição saudável entre as sociedades. A aprovação da aquisição com restrições, apesar de suscetível a críticas por concentrar o mercado de soja - uma das principais *commodities* do mercado exportador brasileiro - pode ser considerada acertada, pois o ACC mostrou-se capaz de mitigar os efeitos estáticos e dinâmicos, bem como os problemas de natureza horizontal, vertical e de portfólio levantados pelo ato de concentração, sem interferir no potencial que pode ser gerado pelos incentivos dessas sociedades em P&D.

Através do estudo do controle prévio do ato de concentração exigido pela LDC no controle das estruturas mediante o controle preventivo do CADE, observa-se a existência de três vieses legais que o legislador buscou proteger na instituição deste instituto: empresa, Estado e sociedade. O primeiro viés na questão da concentração empresarial é a sociedade, aqui considerada como a pessoa jurídica que exerce a empresa. Ela, como agente do processo econômico, deve assumir a devida responsabilidade social quando da realização de um ato de integração empresarial que implique concentração e poder de mercado. Pela função social, o titular da empresa deve fazer uso dos meios produtivos considerando o bem das pessoas e da sociedade civil, segundo o princípio constitucional da solidariedade social (artigo 3º, I, da Constituição Federal).

³⁸ O acordo firmado em controle de concentrações (ACC) define mercados relevantes do ACC como: (i) àqueles mercados no Brasil nos quais haverá desinvestimento de ativos para a **BASF** (com exceção de canola, que não ensejou concentração horizontal no Brasil); (ii) àqueles mercados no Brasil nos quais a Superintendência-Geral do CADE identificou preocupações concorrenciais, mais precisamente: mercados de **TRAITS** e sementes de algodão, mercados de **TRAITS** e sementes de soja; e (iii) ao mercado de herbicidas não seletivos à base de Glufosinato de amônio no Brasil. Vide BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier. Acordo em Controle de Concentrações (ACC), Número SEI 0442029, 16/02/2018, p. 4.

³⁹ BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier. Acordo em Controle de Concentrações (ACC), Número SEI 0442029, 16/02/2018, p. 6/8.

O segundo viés é o Estado, personificado pela autoridade antitruste do CADE. O Estado, por meio do CADE, tem o grande desafio de assegurar o exercício livre da concorrência e da iniciativa privada mais responsável na economia. A permissividade em relação aos atos de concentração pode levar ao aumento de infrações concorrenciais, em aglutinações que venham a abarcar parcela exagerada do mercado. Tal situação pode eliminar a concorrência e levar ao aumento arbitrário dos lucros como resultado do abuso do poder econômico, cuja correção para se desfazer o ato de concentração ou algum de seus efeitos pode ser extremamente difícil ou até mesmo impossível de surtir efeito no mercado e na sociedade, tendo em vista os impactos econômicos irreversíveis na concorrência.

Por fim, o terceiro e último viés é o da sociedade civil, destinatária da norma. O interesse tutelado pelo direito da concorrência na LDC é o da coletividade (art. 1º, parágrafo único). Na visão do Direito *pro societate*, a lógica mercantil deve ter como finalidade a persecução do bem comum. Esse bem comum engloba agentes empresariais, trabalhadores e consumidores que são os principais atores do mercado. O controle prévio dos atos de concentração vem como uma forma de proteção à sociedade, pois sendo prévio o critério de notificação desses atos ao CADE, as partes envolvidas terão o dever legal de colaborar ao máximo para a celeridade da análise, ao mesmo tempo em que serão ampliadas as opções para a solução de problemas concorrenciais eventualmente surgidos.

Dessa forma, a sociedade civil passará a ter muito mais segurança jurídica, não correndo o risco de desfazer o ato de fusão ou aquisição. O Estado, representado pelo CADE, passará a fazer uma análise mais célere e efetiva previamente a consumação da operação de concentração e a sociedade terá como benefícios uma maior eficiência no mercado com a integração empresarial em termos de novas tecnologias voltadas a produção, maior capacidade de investimento em pesquisa e desenvolvimento (P&D), o lançamento de novos e eficientes produtos e soluções e preços mais baixos e acessíveis para produtos cada vez mais diversificados e melhores no mercado.

5. CONCLUSÃO

Em linhas conclusivas, pode-se afirmar que o direito antitruste tem como parâmetro de validade e eficácia os princípios, valores, garantias e regras dispostos nos artigos 1º, 3º e 5º e 170 da Constituição de 1988. A LDC foi criada para reestruturar o SBDC e fortalecer a prevenção e repressão das infrações à ordem econômica, tendo a coletividade como a titular dos bens jurídicos protegidos por ela, conforme o seu artigo 1º, parágrafo único. Nesse contexto, as sociedades têm o dever de submeter previamente os atos de concentração dos quais participam para aprovação da autoridade antitruste a fim de que a operação possa ser consumada.



A atuação do CADE no exercício das suas competências é pautada por dois mecanismos de controle, denominados de controle das estruturas e controle das condutas. O primeiro visa reprimir o abuso do poder econômico por parte do Estado brasileiro, personificado no CADE, em cumprimento ao artigo 173, §4º, da Constituição Federal. No controle das estruturas, objeto do presente estudo, cabe ao CADE a função preventiva de prevenir as condutas danosas à concorrência empresarial. Esse controle é exercido por meio do controle exclusivamente prévio do ato de concentração com impedimento da sua eficácia até o julgamento final.

A existência de um controle comportamental do CADE em relação às condutas dos agentes econômicos só se torna efetivo e possível em relação às sociedades com poder no mercado graças ao controle estrutural. Esse controle preventivo visa garantir o cumprimento de objetivos por meio de remédios estruturais e comportamentais que evitem abusos, condutas desleais ou tendentes à dominação de mercado, eliminação da concorrência ou aumento arbitrário dos lucros.

No que diz respeito ao papel dos direitos de propriedade intelectual, pode-se concluir que eles desempenham um papel fundamental, especialmente no âmbito da inovação tecnológica. Pode-se afirmar, assim, que o exercício dos direitos de propriedade intelectual é plenamente compatível com a existência de uma política antitruste eficaz e efetiva. Na realidade, tanto a política de proteção dos direitos de propriedade intelectual, quanto a política de defesa da concorrência são meios complementares para estimular a competitividade e o progresso econômico da nação.

É importante destacar que tanto a LDC quanto a doutrina antitruste reconhecem de forma inequívoca a autorização para que o CADE intervenha a fim de coibir e sancionar infrações à ordem econômica relacionadas aos direitos de propriedade intelectual. Isso pôde ser constatado na análise das hipóteses dos incisos V, VIII, XIV e XIX, do §3º, do artigo 36 e o artigo 38, IV, alínea *a*, em que o exercício dos direitos de propriedade intelectual configura a prática de condutas anticoncorrenciais.

Da análise dessas normas, segundo a doutrina antitruste e a jurisprudência do CADE, chega-se à conclusão de que para determinar a metodologia aplicável às infrações antitrustes relacionadas aos direitos de propriedade intelectual, é útil categorizar as violações à ordem econômica em dois grupos principais: (a) infrações resultantes do exercício ilegítimo (sem base legal ou mediante fraudes) dos direitos de propriedade intelectual; e (b) infrações decorrentes do uso abusivo dos direitos de propriedade intelectual.

Em ambos os casos, em se tratando de direito de propriedade industrial de patente, resta claro que dentre as punições previstas na LDC está a possibilidade de o CADE recomendar ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI a concessão de licença compulsória da patente de titularidade do infrator, quando ela estiver relacionada ao abuso desse direito (art. 38, IV, alínea *a*,

da LDC). Atendendo-se às diretrizes do art. 68, da Lei nº 9.279/1996, a condenação administrativa da licença compulsória da patente caberá ao CADE, enquanto a execução dessa licença compulsória de acordo com a condenação do CADE será de competência do INPI.

As hipóteses para o controle preventivo do CADE ao ato de concentração sujeito à notificação prévia estão configuradas no artigo 90 da LDC. No caso dos contratos de propriedade intelectual, pode-se concluir que, nas hipóteses de cessão e licenciamentos exclusivos de propriedade intelectual, esses contratos deverão ser tratados como aquisição de ativo para serem levados à submissão prévia do CADE pela norma do inciso II do citado artigo da LDC. Quando integrantes da aquisição ou fusão de sociedade(s) com o repasse da sua atividade e da sua participação no mercado no exercício daquela atividade, exigem a notificação prévia ao CADE devido à possível alteração na estrutura do mercado, o que pode configurar efetiva concentração à luz do mesmo artigo. Contratos simples de licença e cessão estão isentos desse controle das estruturas pelo CADE.

O caso de enquadramento de um contrato de licenciamento de propriedade intelectual como um contrato associativo, na forma do inciso IV do artigo 90 da LDC, pode ocorrer quando esse acordo configurar um real potencial concentrativo por envolver o estabelecimento de empreendimentos em comum entre concorrentes. Licenciamentos amplos demais, que ultrapassem uma relação de licenciamento puro e simples, e configurem a realização de um propósito ou fim comum entre as partes de empreender, caracteriza uma associação que justifica a notificação prévia do acordo ao CADE para o controle desse ato de concentração.

Do estudo do controle prévio dos atos de concentração pelo CADE, conclui-se que as concentrações empresariais, em essência, constituem um elemento fulcral para a competitividade empresarial no sentido de proporcionar desempenho e eficiência econômica no processo de produção. Essas concentrações ocorrem por meio de operações societárias de fusão; aquisição de controle; aquisição de quotas ou ações sem aquisição de controle; consolidação de controle; aquisição de ativos; incorporação; formação de *holding* e *joint ventures*. Porém, para fins do direito antitruste, as concentrações empresariais são classificadas em 3 espécies: horizontal, vertical ou conglomerada. Todas elas estão sujeitas ao controle prévio pelo CADE para que possam ser consumadas e eficazes.

Casos emblemáticos, como a aquisição da Kolynos pela Colgate-Palmolive e a aquisição da Monsanto pela Bayer, mostram a eficácia do controle prévio dos atos de concentração. No primeiro, o CADE impôs medidas restritivas que permitiram a entrada de novos concorrentes e reduziram a concentração econômica no mercado de cremes dentais, beneficiando consumidores e levando a um aumento da concorrência. Isso resultou na redução dos preços dos cremes dentais e uma maior variedade de novos produtos inovadores. No caso Bayer-Monsanto, os remédios estruturais e

comportamentais aplicados preservaram a livre concorrência no setor agrícola e permitiram a entrada da BASF SE no Brasil, dinamizando o mercado e mantendo os incentivos em pesquisa e desenvolvimento no setor.

A instituição do controle prévio dos atos de concentração pelo CADE permite aferir, sob a perspectiva da empresa, a segurança jurídica de que o seu ato de integração não alterará o controle da estrutura do mercado e não importará em infração à ordem econômica que exija o desfazimento. Sob o ângulo do Estado, personificado pelo CADE, o controle prévio dos atos de concentração permite tornar o controle preventivo efetivo, garantindo o cumprimento dos comandos constitucionais de preservação da livre iniciativa (artigo 170, *caput*, da Constituição Federal), da liberdade de concorrência (artigo 170, IV, da Constituição Federal) e da repressão ao abuso do poder econômico (artigo 173, §4º, da Constituição Federal). Todos eles que orientam o Estado brasileiro a conceder a preponderância do exercício das atividades econômicas à iniciativa privada e, concomitantemente, estabelecer o dever estatal de proteger o mercado do abuso do poder econômico. Ao fim e ao cabo, com a eficiente regulamentação institucional a sociedade encontra no livre mercado e na liberdade de iniciativa o ambiente necessário para alcançar o almejado desenvolvimento socioeconômico nacional.

REFERÊNCIAS:

AGUILLAR, Rafael Salomão Safe Romano. **Direito antitruste e propriedade intelectual: o caso da notificação de contratos associativos como atos de concentração**. Dissertação de Mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro. Fundação Getúlio Vargas. 2019.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo I. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2010.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo II. 2.ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2017.

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. 2ª tiragem. São Paulo. Editora Saraiva. 2012.

- BECKETT, Kaitlin. **Competition, Patents and Innovation II 2009**. OECD. 2010.



- BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 27/95**, K&S Aquisições Ltda e Kolynos do Brasil S/A, Relatora Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva, julgado em 18/09/1996.

- BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 15/02/2018, publicação DOU de 16/02/2018 da Ata da 117ª Sessão Ordinária de Julgamento.

- BRASIL, CADE, **Ato de Concentração nº 08700.001097/2017-49**, Bayer Aktiengesellschaft e Monsanto Company, Relator-Conselheiro Paulo Burnier. Acordo em Controle de Concentrações (ACC), Número SEI 0442029, 16/02/2018.

- BRASIL, CADE, **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51**, Número SEI: 0000502, de 16/12/2014.

- BRASIL, CADE. **Inquérito Administrativo nº 08012.002673/2007-51**, Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, Voto Número SEI: 0455672, de 19/03/2018.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.000015/2018-20**, Número SEI: 0510295, Nota Técnica SG de 09/08/2018.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08012.011615/2008-08**, Número SEI: 0564869, Nota Técnica SG de 14/01/2019.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.000270/2018-72**, Número SEI: 0725949, Nota Técnica SG de 12/03/2020.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08012.007147/2009-40**, Número SEI: 0768732, Nota Técnica SG de 19/06/2020.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08012.001693/2011-91**, Número SEI: 0848987, Número SEI: 0564869, Nota Técnica SG de 29/12/2020.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.002142/2022-40**, Número SEI: 1138278, Nota Técnica SG de 25/10/2022.

- BRASIL, CADE, **Inquérito Administrativo nº 08700.001893/2021-68**, Número SEI: 1195168, Nota Técnica SG de 27/02/2023.

- BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Relatora: Conselheira Ana Frazão. Número SEI: 0076796. Julgado em 03/07/2015.

- BRASIL, CADE, **Procedimento Preparatório nº 08700.002142/2022-40**, Número SEI: 1107520, Nota Técnica SG de 23/08/2022.

- BRASIL, CADE, **Nota Técnica nº 19/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE**, Inquérito Administrativo nº 08012.001693/2011-91, Número SEI 0848987, Nota Técnica SG de 29/12/2020.

- BRASIL, CADE, **Portaria Interministerial nº. 994**, de 30 de maio de 2012, Ministérios de Estado da Justiça e da Fazenda, Diário Oficial da União. Brasília, DF, 31/05/2012.

- BRASIL, CADE, **Resolução CADE nº 33**, de 14 de abril de 2022. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e consolida as Resoluções nº 02/2012, 09/2014 e 16/2016. Brasília, DF, Diário Oficial da União (DOU) de 19/04/2022, Seção 1, p. 72-76.

- BRASIL, **Constituição Federal de 1988**, Atualizada até a Emenda Constitucional nº 132, de 21 de dezembro de 2023, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21/12/2023.

- BRASIL, **Lei nº 6.385**, de 07 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília, Diário Oficial da União (DOU), 09 de dezembro de 1976.

- BRASIL, **Lei nº 7.492**, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União (DOU), 18 de junho de 1986.

- BRASIL, **Lei 9.279**, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 15/05/1996.

- BRASIL, **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 01/11/2011 e retificado em 02/12/2011.
- BRASIL, STF. **MS 23452**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16.09.1999, DJ 12-05-2000 PP-00020 EMENT VOL-01990-01 PP-00086.
- CARVALHOSA, Modesto. **Direito econômico: obras completas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. 1.ed. São Paulo. Letras Jurídicas, 2014.
- FORGIONI, Paula A. O que esperar do antitruste brasileiro no século XXI. **Revista Jurídica**, nº 1, p. 1713-1742, 2015.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 12 ed. rev. e atual. São Paulo. Thomson Reuters Brasil, 2022.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (organizador). **Direito da concorrência: case law**. São Paulo. Editora Singular, 2000.
- IBRAC, Revista do IBRAC, volume 3, nº 10, outubro de 1996, **caderno de jurisprudência**, São Paulo, 1996.
- LEISTER, Ana Carolina Corrêa da Costa. Bens imateriais, teoria dos clubes e análise econômica do Direito. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**. Nova Lima. Volume 20, 2010, p. 163-212.
- MAGALHÃES, Guilherme Canedo de. **O abuso do poder econômico: apuração e repressão**. Rio de Janeiro: Artenova, 1. ed., 1975.
- MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- NELSON, Richard R. Economic development from the perspective of evolutionary economic theory. **Oxford development studies**, v. 36, n. 1, p. 9-21, 2008.

- PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Col. Direito Econômico – Direito Concorrencial**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Não paginado.

- PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coordenação). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro. FGV Editora, 2019.

- RAMOS, André Santa Cruz e GUTERRES, Thiago Martins. **Lei de Propriedade Industrial Comentada: Lei 9.279, de 14 de maio de 1996**. Salvador. Ed. Jus Podivm. 2016.

- ROCHA, Jakson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticável. **Scientia Iuris**, v. 21, n. 2, p. 64-97, 2017.

- ROXO, Lucimar Antonio Teixeira; SANTAROSSA, Eduardo Trapp; BERTOTTI, Gustavo. Aglomerados produtivos e concentração: uma análise teórico-conceitual. **Anais do V Encontro de Economia Catarinense, Florianópolis**, p. 29-50, 2011.

- SALGADO, Lucia Helena. O caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, p. 29-42, 2003.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3.ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2007.

- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. 1.ed. 2ª tiragem. São Paulo. Malheiros Editores, 2007.

- SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 2.ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

- SCHUARTZ, Luís Fernando. Ilícito Antitruste e Acordos entre Concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord.); FAGUNDES, Jorge; PONDÉ, João Luiz; SCHUARTZ, Luís Fernando; MELLO, Maria Tereza Leopardi. **Ensaio sobre economia e direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

SERRA, Pablo; GONZÁLES, Aldo; e DUNNE, Niamh. Background Paper, Session 1: **Competition Principles in Essential Facilities**. Latin American Competition Forum. OCDE, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**, 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira – A Lei 12.529/2011 Comentada e a Análise Prévia no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro. Forense. São Paulo. Método. 2012.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira. Avaliação Crítica, Jurisprudência, Doutrina e Estudo Comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.

Sobre o autor:

Eduardo Tibau de Vasconcellos Dias

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Cândido Mendes, Pós-Graduado em Direito da Propriedade Intelectual pela PUC-Rio, Direito da Mídia e *Compliance* pela FGV/RJ, Mestre em Propriedade Intelectual e Inovação pelo INPI e Doutorando em Direito na linha de pesquisa em Empresa e Atividades Econômicas na UERJ.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4623-2953>

E-mail: edutibau@uol.com.br

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves

Professor Titular de Direito Comercial da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Professor Associado de Direito Comercial da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ no Programa de Pós-Graduação em Direito na linha de pesquisa em Empresa e Atividades Econômicas. Doutor e Mestre em Direito Civil pela UERJ.

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4623-2953>

E-mail: asaa@uol.com.br