

**FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS**  
**ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO**  
**FGV DIREITO RIO**

**RAFAEL SALOMÃO SAFE ROMANO AGUILLAR**

**DIREITO ANTITRUSTE E PROPRIEDADE INTELECTUAL:**  
**O CASO DA NOTIFICAÇÃO DE CONTRATOS ASSOCIATIVOS**  
**COMO ATOS DE CONCENTRAÇÃO**

Rio de Janeiro

2019



**RAFAEL SALOMÃO SAFE ROMANO AGUILLAR**

**DIREITO ANTITRUSTE E PROPRIEDADE INTELECTUAL:  
O CASO DA NOTIFICAÇÃO DE CONTRATOS ASSOCIATIVOS COMO  
ATOS DE CONCENTRAÇÃO**

Dissertação para obtenção do grau de  
mestre apresentada à Escola de  
Direito do Rio de Janeiro da Fundação  
Getúlio Vargas

Área de concentração: Direito da  
Regulação

Orientador: Antônio José Maristrello  
Porto

Coorientadora: Patrícia Regina  
Pinheiro de Sampaio

Rio de Janeiro

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas/FGV

Aguillar, Rafael Salomão Safe Romano

Direito antitruste e propriedade intelectual : o caso da notificação de contratos associativos como atos de concentração / Rafael Salomão Safe Romano Aguillar. – 2019.  
237 p.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Orientador: Antônio José Maristrello Porto.

Coorientadora: Patrícia Regina Pinheiro de Sampaio.

Inclui bibliografia.

1. Direito antitruste - Brasil. 2. Propriedade intelectual. 3. Concorrência. 4. Contratos.  
I. Porto, Antônio José Maristrello. II. Sampaio, Patrícia Regina Pinheiro. III. Escola de  
Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. IV. Título.

CDD - 341.3787

RAFAEL SALOMÃO SAFE ROMANO AGUILLAR

**"DIREITO ANTITRUSTE E PROPRIEDADE INTELECTUAL: O CASO DA NOTIFICAÇÃO DE  
CONTRATOS ASSOCIATIVOS COMO ATOS DE CONCENTRAÇÃO".**

dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação  
do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em  
Direito da Regulação.

Data da defesa: 21/01/2019


**ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA**



Antônio José Maristrello Porto  
Orientador(a)



Patrícia Regina Pinheiro Sampaio  
Membro



Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo  
Membro



Vicente Bagnoli  
Membro



Mais uma vez,  
para os senhores Tufique e Benjamin.





## AGRADECIMENTOS

A Nosso Senhor Jesus Cristo, por tudo. *Cui multum datum est, multum quæretur ab eo.*

À minha mãe e ao meu irmão, pela paciência com mais este projeto “interminável”.

Ao meu orientador Antônio Porto, pelo incentivo constante e pelas conversas sinceras, e à minha coorientadora Patrícia Sampaio, pelos preciosos ensinamentos (desde os tempos do meu primeiro estágio) e pela paciência. A todos os demais professores da Escola de Direito, pela convivência enriquecedora, em particular o estimado Sérgio Guerra. E, claro, à Jaqueline, pela disposição em esclarecer e sempre ajudar o corpo discente.

A todos os queridos colegas da Melhor Turma do Mestrado. Foram excelentes e inesquecíveis os momentos que pudemos partilhar juntos nessa caminhada.

*Ad maiorem Dei Gloriam.*



*“A avaliação das leis antitruste não procedeu de uma análise da natureza ou das consequências necessárias, mas de uma reação superficial quanto aos propósitos anunciados”.*

**Murray N. Rothbard**



## RESUMO

A Lei de Defesa da Concorrência de 2011 inseriu dentre as hipóteses de ato de concentração sujeitas ao controle de estruturas os chamados “contratos associativos”. Por se tratar de categoria que carecia de definição legal, essa previsão ensejou debate a respeito de quais modalidades contratuais deveriam ser notificadas previamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o que motivou a edição de duas resoluções por esta autarquia para disciplinar a matéria. Nesse contexto, o presente trabalho almeja discutir o enquadramento de contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual como associativos e, consequentemente, a obrigatoriedade de notificação dessas operações ao CADE, além da adequação da regulamentação brasileira à prática internacional antitruste relativamente a esses contratos. Para alcançar esses desígnios, verificamos a legislação internacional pertinente, a literatura brasileira e realizamos uma pesquisa jurisprudencial junto ao CADE. Concluímos que, embora o Brasil preveja uma categoria de ato de concentração que não encontra paralelo nos Estados Unidos e na União Europeia, os atuais critérios de notificação dos contratos associativos afastam os contratos de licenciamento não exclusivo de propriedade intelectual da incidência do controle preventivo, o que deixa o ordenamento jurídico brasileiro em linha com esse *benchmark* internacional.

**Palavras-chave:** Direito Antitruste. Propriedade Intelectual. Controle de Estruturas. Contratos Associativos.



## ABSTRACT

The Brazilian 2011 Antitrust Act added to the list of concentration hypotheses that are subject to merger control the so called “associative contracts”. Since this category lacked any legal definition, that provision gave rise to a debate on what kinds of agreements should be submitted *ex ante* to the Brazilian antitrust authority (CADE), which inspired the issuance of two resolutions to regulate this matter. Out of this background, the present paper discusses if agreements on intellectual property rights fall within such category of “associative contracts” and, consequently, whether the submission of them to CADE would be mandatory. Besides, it also discusses the Brazilian regulation on this topic in view of the international antitrust practice regarding such agreements. In order to achieve these goals, it was verified the pertinent international legislation as well as the Brazilian literature, and it was performed a case law research before CADE. We concluded that, even though Brazil sets forth a category of concentration without parallel in the USA and in the European Union, the current criteria for the submission of “associative contracts” to pre-merger control do not require non-exclusive intellectual property license agreements to be notified to the local antitrust authority, what leaves Brazil in line with such international benchmark.

**Key words:** Antitrust Law. Intellectual Property. Merger Control. Brazil. Associative Contracts.





## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>17</b>
<b>1. DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DO CONTROLE ANTITRUSTE DE CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO ATOS DE CONCENTRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NA UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>23</b>
1.1. Conceito e noções gerais de Propriedade Intelectual.....	23
1.2. Principais contratos de Propriedade Intelectual.....	32
1.3. Do controle antitruste de contratos de propriedade intelectual como atos de concentração nos Estados Unidos da América .....	34
1.4. Do controle antitruste de contratos de propriedade intelectual como atos de concentração na União Europeia .....	38
<b>2. DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS .....</b>	<b>46</b>
2.1. Visão geral .....	46
2.2. Distinção dos contratos associativos das demais hipóteses do inciso IV, do artigo 90, da Lei nº. 12.529 de 2011 .....	56
2.3. Proposta de conceituação dos Contratos Associativos .....	64
2.4. A notificação de contratos sob a Lei nº. 8.884 de 1994.....	68
2.5. Decisões do CADE sob a Lei nº. 8.884 de 1994 .....	76
2.6. Decisões do CADE sob a Lei nº. 12.529 de 2011 até a Resolução nº. 10 de 2014 ...	94
2.7. A Resolução nº. 10 de 2014 e a jurisprudência do CADE.....	104
2.8. A Resolução nº. 17 de 2016 e a jurisprudência do CADE.....	115
<b>3. PESQUISA DAS DECISÕES DO CADE .....</b>	<b>124</b>
3.1. Metodologia .....	124
3.2. Resultados da pesquisa .....	127
3.2.1. Processos de ato de concentração pelo rito sumário.....	127
3.2.2. Processos de ato de concentração pelo rito ordinário.....	137
3.2.3. Processos de consulta .....	141
<b>4. DA NOTIFICAÇÃO DE CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO CONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL .....</b>	<b>143</b>
4.1. Enquadramento dos contratos de Propriedade Intelectual como associativos.....	143
4.1.1. Cessão.....	144
4.1.2. Licenciamento .....	149
4.1.3. O julgamento conjunto do <i>leading case</i> Monsanto .....	159
4.1.4. Casos seguintes ao <i>leading case</i> .....	173

4.1.5. Outros casos .....	175
4.2. Enquadramento dos contratos de propriedade intelectual na Resolução nº. 10 de 2014 do CADE e os precedentes pertinentes .....	178
4.3. Enquadramento dos contratos de propriedade intelectual na Resolução nº. 17 de 2016 do CADE e os precedentes pertinentes .....	186
<b>CONCLUSÃO</b> .....	190
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	195
Livros e Periódicos .....	195
Decisões do CADE .....	199
Legislação e Guias Oficiais .....	202
<b>ANEXOS – TABELAS COMPLETAS DA PESQUISA EMPÍRICA</b> .....	206
Tabela 5 – Processos Sumários .....	206
Tabela 6 – Processos Ordinários .....	220
Tabela 7 – Consultas .....	231

## INTRODUÇÃO

Os direitos de propriedade intelectual são a base da chamada economia da informação, que ascendeu nas últimas décadas, e constituem, portanto, um dos mais relevantes ativos econômicos da atualidade.<sup>1</sup> Assim, qualquer regulação acerca da forma pela qual se pode negociar esses direitos é de natural interesse para os seus titulares e para o mercado de forma geral. Como a propriedade intelectual confere ao seu titular o direito de excluir terceiros do gozo da criação protegida, ela possui um impacto direto na concorrência e, por conseguinte, no consumidor. Ademais, marcas e patentes podem exercer um papel central na concentração de mercado, pois são capazes de potencializar os efeitos concentrativos de fusões e aquisições.<sup>2</sup>

Por esses motivos, a propriedade intelectual atrai fortemente o interesse do Direito da Concorrência, cujo mister é a defesa da livre concorrência. Em junho de 2018, inclusive, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) celebrou um acordo de cooperação com o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para a troca de subsídios técnicos entre as duas entidades, no intuito de favorecer os estudos atinentes à interface entre propriedade intelectual e antitruste.<sup>3</sup>

O Direito Antitruste atua tradicionalmente em duas vertentes, a saber, a repressão das infrações à ordem econômica e o controle de atos de concentração, que objetiva prevenir a formação de estruturas anticompetitivas no mercado. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) não escapa dessa regra, de modo que a legislação nacional abarca esses dois prismas de atuação. Nesse contexto, os direitos de propriedade intelectual podem ser alvo tanto do controle repressivo, que investiga e sanciona os abusos de poder econômico cometidos no âmbito da fruição desses direitos, quanto do controle preventivo, que almeja impedir a formação de estruturas anticompetitivas por meio da negociação desses direitos entre os agentes econômicos.

Dentro desse cenário, o objetivo deste trabalho é discutir a necessidade e a adequação da sujeição de contratos de direitos de propriedade intelectual ao controle de estruturas no

---

<sup>1</sup> POSNER, Richard A. **The Law & Economics of Intellectual Property**. In: Daedalus, vol. 131, no. 2, spring 2002. P. 5.

<sup>2</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público. In: BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz (Org.). **20 Anos da Lei nº 9.279/1996 – Lei da Propriedade Industrial**: Estudos em homenagem ao professor Denis Borges Barbosa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. P. 469.

<sup>3</sup> Notícia publicada no *site* do CADE, na página <http://www.cade.gov.br/noticias/cade-e-inpi-celebram-acordo-de-cooperacao-tecnica>. Acesso em 16.06.2018.

Direito brasileiro, à luz das normas locais pertinentes e da legislação estadunidense e europeia, que representam o *benchmark* internacional no assunto. No bojo da discussão, ambiciona-se testar a hipótese do estabelecimento de uma exceção *a priori* para os contratos de propriedade intelectual, tendo em vista a possível ausência teórica de efeitos anticoncorrenciais em decorrência do objeto desses acordos *per se*, o que afastaria a necessidade de atuação dos órgãos de defesa pública da concorrência na vertente do controle preventivo.<sup>4</sup>

Nos Estados Unidos da América, o *Clayton Act*, tal como emendado pelo *Hart-Scott-Rodino Act*, não prevê especificamente os contratos de licença de propriedade intelectual como uma hipótese de notificação obrigatória para o controle preventivo exercido pelo *Department of Justice* (DOJ) e pela *Federal Trade Commission* (FTC).<sup>5</sup> A cessão ou o licenciamento exclusivo de direitos de propriedade intelectual, entretanto, são considerados uma aquisição de ativos nos termos da jurisprudência americana, de modo que ficam sujeitos à notificação obrigatória, contanto que preenchidos os demais requisitos legais. Como regra excepcional, expressamente contemplada no *Code of Federal Regulations*, licenças não exclusivas de patentes das áreas médica, botânica, farmacêutica, substâncias de diagnóstico e biológica, nas quais o titular retenha alguns direitos limitados, também são consideradas aquisições de ativos, sujeitando-se à notificação.<sup>6</sup>

Por sua vez, na União Europeia, a notificação de contratos de licenciamento de propriedade intelectual ao controle preventivo tampouco é expressa no Regulamento (CE) n°. 139/2004 do Conselho, que rege o controle de concentrações entre empresas. Sem embargo, nos termos da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n°. 139/2004, uma vez preenchidos os demais requisitos, considera-se a notificação desses contratos obrigatória somente se a licença for exclusiva e promover consigo a transferência do negócio com presença de mercado (isto é, elementos do ativo que constituam o conjunto ou parte de uma empresa) de uma parte a outra, com a consequente transferência do faturamento gerado pela atividade do licenciante para o licenciado exclusivo em algum território.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Sem afastar, porém, esses contratos do controle de condutas, tendo em vista que infrações da ordem econômica podem se suceder por meio do abuso de direitos de propriedade intelectual instrumentalizados por acordos contratuais, o que não está compreendido no âmbito de discussão deste trabalho, cujo foco é o controle de estruturas.

<sup>5</sup> Cf. 15 USC 18a.

<sup>6</sup> Cf. 16 CFR §801.2 (g).

<sup>7</sup> Cf. parágrafo 24 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n°. 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

No Brasil, o debate insere-se na temática maior da notificação prévia dos chamados “contratos associativos”, previstos na Lei nº. 12.529 de 30 de novembro de 2011 (doravante “Lei de Defesa da Concorrência”), que entrou em vigor em maio de 2012 e hodiernamente rege a defesa pública da concorrência. Esse diploma fixa a competência do CADE para a análise prévia dos atos de concentração econômica que se enquadrem nos pressupostos legais de notificação para aprovação da autoridade antitruste, estabelecendo dois critérios para demarcar a obrigatoriedade da notificação: um patamar de faturamento mínimo das partes envolvidas e a qualificação do ato em si como concentração econômica. Assim, devem ser notificados ao Conselho os atos cujas partes atinjam os patamares de faturamento fixados e que estejam elencados na lei como ensejadores de concentração econômica.

Dentre as hipóteses listadas pela Lei de Defesa da Concorrência como ato de concentração sujeito à notificação prévia, se encontram os chamados “contratos associativos”, uma expressão vaga que, ao contrário das demais hipóteses de atos de concentração previstas no diploma legal, tais como fusões e aquisições, por exemplo, não encontra definição no ordenamento jurídico ou referências na literatura anterior à lei.<sup>8</sup> Por conseguinte, a indefinição em torno do conceito levantou questionamentos acerca de quais modalidades contratuais deveriam ser previamente notificadas ao CADE para aprovação, o que inclui os contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual. Indaga-se, assim, se contratos de licenciamento de tecnologia seriam atos de concentração de notificação obrigatória ao CADE por se enquadrarem na categoria legal de “contratos associativos”.

O debate auferiu maior relevância uma vez que, pelo novo regime instituído na Lei de Defesa da Concorrência de 2011, os atos de concentração não podem produzir seus efeitos antes de serem aprovados pela autoridade antitruste. Ademais, sobre a ausência de notificação de ato de concentração de notificação obrigatória pairam inúmeras sanções, que incluem a nulidade do ato, multa de no mínimo 60 mil reais para entidades que não possuam faturamento, bem como, caso o ato em si configure uma infração à ordem econômica, a possibilidade de aplicação de multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto anual da empresa, e ainda a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por no mínimo cinco anos, entre outras sanções.

A despeito da ausência da expressão “contratos associativos”, já havia, ainda na vigência da Lei de Defesa da Concorrência que antecedeu a atual (Lei nº. 8.884 de 1994), o

---

<sup>8</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 55.

questionamento acerca da obrigatoriedade de notificação de determinados contratos ao CADE,<sup>9</sup> inclusive de licenciamentos de propriedade intelectual. Com efeito, sob a égide da Lei de 1994, foram submetidos ao CADE diversos contratos de licenciamento de tecnologia, particularmente pela empresa Monsanto do Brasil Ltda. e suas parceiras comerciais. A previsão da categoria de “contratos associativos” na Lei de 2011 aprofundou o debate, tendo em vista que a hipótese de notificação de contratos tornou-se expressa na lei e que o novo regime do controle de estruturas condicionou os contratos à aprovação prévia, sistema considerado mais adequado<sup>10</sup> e que inexistia no regime da lei anterior, pela qual a análise de concentrações era posterior.<sup>11</sup>

Sob a égide da Lei de 1994, o CADE deixou de conhecer 4 contratos de licenciamento de tecnologia, tendo conhecido e aprovado 5 contratos com restrições e conhecido e aprovado outros 15 contratos sem restrições.<sup>12</sup> Já sob a regência da Lei de 2011, a pesquisa empírica realizada no âmbito deste trabalho revelou que o CADE não conheceu 2 contratos de propriedade intelectual, tendo conhecido e aprovado com restrições 5 contratos e conhecido e aprovado sem restrições um total de 14 contratos, para além de ter respondido 1 consulta a respeito.<sup>13</sup> Ou seja, embora a lei atual esteja há menos tempo em vigor do que o período de vigência de sua antecessora, o CADE já teve a oportunidade de analisar uma quantidade de casos semelhante. A existência de alguns casos de não conhecimento em ambos os períodos demonstra a existência e a persistência da controvérsia acerca da necessidade de notificação desses contratos, ao passo que a quantidade mais elevada de operações aprovadas sem quaisquer restrições enseja o questionamento acerca da eficiência da obrigatoriedade de submissão prévia desses contratos ao CADE.

Em virtude dessa indefinição, passados dois anos de vigência da atual Lei de Defesa da Concorrência e o julgamento, nesse meio tempo, de alguns precedentes importantes pelo Tribunal do CADE envolvendo o licenciamento de tecnologia, nos quais houve significativa

<sup>9</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 129.

<sup>10</sup> “O controle prévio é considerado o mais adequado pelas principais jurisdições concorrenciais do mundo, como é o caso dos Estados Unidos e da Europa. São motivos que o justificam a proteção da livre concorrência e a perspectiva de se evitarem danos irreparáveis ou de difícil reparação, bem como contornar as dificuldades de se ter que anular efeitos de uma operação já consumada na hipótese de uma reprovação”. Cf. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 124.

<sup>11</sup> “Assim, com o intuito de incorporar o modelo internacional (EUA e UE) para o controle de estruturas, a NLAB [Nova Lei Antitruste Brasileira] implementou a análise prévia, ou sistema de controle prévio de operações empresariais. No controle prévio, além do risco relativo ao mérito do negócio propriamente dito, isto é, de o CADE aprovar a operação com restrições, ou de, no limite, rejeitar a operação, os agentes econômicos têm de enfrentar o que internacionalmente é conhecido como ‘gun jumping’”. Cf. GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 118.

<sup>12</sup> Levantamento do conselheiro Octaviani Luis em seu voto no Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72.

<sup>13</sup> Os dados serão apresentados e analisados no Capítulo 3 *infra*.

divergência entre os conselheiros a respeito do conhecimento dessas operações, o Conselho editou uma primeira resolução com o intuito de fixar critérios para definir quais contratos seriam de notificação obrigatória, a Resolução nº. 10 de 2014; tendo editado ainda uma segunda resolução, que revogou a precedente e segue em vigor, em 2016 (Resolução nº. 17/2016). O simples fato de o CADE ter modificado a regulamentação da questão por duas vezes e em tão curto espaço de tempo já é revelador da polêmica em torno do assunto. No que diz respeito ao objeto deste trabalho, importa salientar que os critérios de ambas as resoluções não abordam especificamente a temática da propriedade intelectual, de modo que contratos atinentes a esses direitos não foram excluídos de plano do âmbito geral dessa regulamentação. Não obstante, os números da pesquisa empírica realizada revelam uma queda no número de decisões do CADE e, portanto, da quantidade de contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual notificados ao Conselho, após a edição dessas duas resoluções.

Dado esse panorama, a presente dissertação analisará o enquadramento de contratos de propriedade intelectual no conceito de “contrato associativo” e a consequente necessidade de notificação prévia desses acordos para aprovação pelo CADE ou não. Adicionalmente, almeja-se verificar ao longo da exposição se a atual regulamentação do CADE para a notificação dos contratos associativos estaria em linha com as referências internacionais e se seria apropriada para as especificidades dos contratos de propriedade intelectual no que se refere aos riscos concorrenciais por eles ofertados. Essa regulamentação excluiria do controle preventivo contratos nocivos à livre concorrência ou incluiria desnecessariamente contratos inofensivos, ensejando, assim custos que poderiam ser evitados?

Para a consecução desses desígnios, iniciaremos com uma breve delimitação dos direitos de propriedade intelectual, perfazendo um recorte de quais são os contratos envolvendo esses direitos que são pertinentes ao objeto do estudo proposto. Em seguida, por serem as principais referências internacionais em termos de antitruste, levantaremos a legislação pertinente da União Europeia e dos Estados Unidos, o que permitirá responder se o controle preventivo dos chamados “contratos associativos” seria uma peculiaridade da legislação brasileira ou se, na verdade, ele possuiria paralelo nos ordenamentos europeu e estadunidense.

Na sequência, será proposta uma definição geral para os contratos associativos, partindo da literatura especializada e do estudo de precedentes do CADE que será exposto em seguida. Destarte, após a apresentação do conceito proposto, o histórico das decisões do CADE será percorrido em seções específicas dedicadas a cada um dos marcos legislativos relevantes desse itinerário, de modo que serão relatadas as decisões do Conselho proferidas sob a égide

das leis de defesa da concorrência de 1994 e de 2011, além das decisões exaradas durante a vigência de cada uma das duas resoluções que fixaram os critérios de notificação obrigatória desses contratos. Serão relatados, também, os resultados de pesquisa empírica realizada na base de dados eletrônica do CADE com o objetivo de perquirir como o Conselho vem decidindo, desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, os processos de controle de ato de concentração versando sobre contratos associativos em matéria de propriedade intelectual; os quais serviram de base para subsidiar todos os demais capítulos e conclusões da presente dissertação.

Ao final, será possível constatar se a atual resolução do CADE que disciplina a matéria estaria adequada para o controle estrutural preventivo de contratos de propriedade intelectual à luz do *benchmark* estrangeiro ou se ajustes seriam recomendáveis nesse sentido; além de se analisar o enquadramento dos contratos de propriedade intelectual no conceito de contrato associativo proposto a partir do arcabouço teórico anteriormente exposto, dos principais precedentes do CADE a respeito da matéria e das duas resoluções do Conselho supracitadas, o que permitirá testar a hipótese do estabelecimento de uma exceção *a priori* para os contratos de propriedade intelectual no decorrer da exposição.



## **1. DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E DO CONTROLE ANTITRUSTE DE CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO ATOS DE CONCENTRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS E NA UNIÃO EUROPEIA**

Para que possamos tratar da aplicação do controle antitruste preventivo a contratos de propriedade intelectual, faz-se necessário uma ligeira incursão propedêutica ao universo desses direitos, a fim de se delimitar as suas características distintivas, o que será feito na parte inicial deste capítulo introdutório, que também possui por escopo recortar os principais contratos atinentes aos direitos de propriedade intelectual.

Na sequência, este capítulo perquirirá a regulação europeia e estadunidense a respeito do controle antitruste de contratos pela via estrutural, com foco nos direitos de propriedade intelectual, o que possibilitará averiguar se a sistemática brasileira, a ser exposta no capítulo seguinte, estaria condizente com os dois sistemas que servem de referência em direito concorrencial para o resto do mundo. Nesse sentido, a jurisdição americana foi escolhida por se distinguir como a primeira a adotar uma legislação antitruste, ao passo que a jurisdição europeia foi selecionada porque sua sistemática de controle preventivo, que combina patamares de faturamento das partes com a definição de ato de concentração como critérios para estabelecer a obrigatoriedade de notificação das operações, influenciou o legislador brasileiro na elaboração da atual lei concorrencial do país. Assim, verificaremos se o controle preventivo dos chamados “contratos associativos”, categoria que foi inserida na Lei de Defesa da Concorrência de 2011, seria uma peculiaridade da legislação brasileira ou se haveria paralelo nos ordenamentos dos Estados Unidos da América e da União Europeia.

### **1.1. Conceito e noções gerais de Propriedade Intelectual**

A expressão propriedade intelectual designa um gênero taxonômico que congrega um conjunto de distintos direitos conferidos pelo Estado, cujo traço em comum é conferir ao seu titular, por um prazo determinado, prorrogável ou não, a prerrogativa de excluir terceiros da fruição de uma determinada criação concretamente expressada e oriunda da atividade intelectual humana, desde que atendidos os requisitos legais para auferir proteção e sem prejuízo dos direitos existenciais do criador.

Perpassando os elementos da conceituação acima, pode-se destacar, em primeiro lugar, que a propriedade intelectual é um gênero, que aglutina direitos das mais variadas espécies, cada qual fruto de uma origem e caminhada histórica diversas. Assim, cada espécie de propriedade intelectual recebe um tratamento próprio na legislação, possuindo requisitos e escopos de proteção distintos, conquanto parecidos e, por vezes, análogos entre si.

Trata-se de direitos que precisam ser conferidos expressamente pelo Estado,<sup>14</sup> porque a regra é a liberdade de cópia.<sup>15</sup> Com efeito, ausente a intervenção do Estado para reconhecer e proteger esses direitos, não há nada que permita ao criador impedir, tal como num desforço possessório, que suas criações sejam livremente reproduzidas por terceiros não autorizados, uma vez que criações intelectuais constituem bens não rivais e não excludentes<sup>16</sup> do ponto de vista da teoria econômica.<sup>17</sup> Assim, como “*a utilização da informação por uma pessoa não deixa menos da mesma informação para a utilização por outra pessoa*” e “*a utilização da informação por uma pessoa não exclui outra de valer-se da mesma informação ao mesmo tempo*”,<sup>18</sup> a tutela desse bem depende do atuar do Estado. Portanto, a propriedade intelectual é uma exceção à liberdade econômica e, como tal, deve ser interpretada.<sup>19</sup>

O ordenamento jurídico qualifica esses direitos como propriedade e os bens em si como móveis.<sup>20</sup> Trata-se, no caso, de propriedade imaterial ou intangível, uma vez que o direito do proprietário incide sobre a obra em si (*corpus mysticum*) e não sobre o suporte material sobre

<sup>14</sup> O que se afirma aqui não deve ser confundido com a necessidade ou não de registro para a concessão de determinados direitos de propriedade intelectual. Assim, os direitos autorais, via de regra, independem de registro para serem protegidos, mas essa proteção só existe porque é conferida pelo Estado. É este, portanto, o sentido da assertiva do texto.

<sup>15</sup> “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”. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 85-86.

<sup>16</sup> Bem não excludente é aquele cujo uso não pode ser impedido e bem não rival é aquele cujo uso por uma pessoa não impede o uso simultâneo por outrem. Cf. MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2009. P. 224-225. No caso, “one person’s use of an idea does not diminish its availability for others to use. Thus, information use is *nonrivalrous*. Excluding some people from learning about a new idea can be expensive, because the transmission of ideas is so cheap. Thus, information is *nonexcludable*”. Cf. COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law and Economics**. 6th ed. Pearson, 2016. P. 114.

<sup>17</sup> NUNES, Ricardo Dutra. **Análise Econômica do Direito e o Sistema de Patentes como Mecanismo de Regulação da Inovação**: Comentários às Corridas por Patentes. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2016. P. 14-15.

<sup>18</sup> TIMM, Luciano Benetti; CAOVIOLA, Renato. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 243.

<sup>19</sup> “Sendo a patente uma *restrição à concorrência*, e sendo a liberdade de iniciativa um dos fundamentos da Carta da República, os limites da exclusividade patentária devem ser lidos com a restrição que pressupõe uma excepcionalidade”. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 513. Grifos do original.

<sup>20</sup> Cf. artigo 5º da Lei nº. 9.279 de 1996 e artigo 3º da Lei nº. 9.610 de 1998, v.g.

o qual a obra é fixada (*corpus mechanicum*). Assim, exemplificativamente, um compositor é titular dos direitos patrimoniais de autor sobre sua composição musical (*corpus mysticum*), o que não se confunde com a propriedade de uma partitura física onde a obra tenha sido impressa (*corpus mechanicum*).

Contrariamente à concepção tradicional do direito de propriedade, instituto que tem como uma de suas características a perpetuidade,<sup>21</sup> os direitos de propriedade intelectual são limitados no tempo. Assim, ainda que seja excepcionalmente possível prorrogar o prazo de proteção em alguns casos, indefinidamente como no caso dos registros de marca ou por um número de vezes determinado como no caso dos registros de desenho industrial,<sup>22</sup> todo direito de propriedade intelectual possui um prazo de vigência pré-determinado e limitado, findo o qual extingue-se o direito e se insere a criação no domínio público.<sup>23</sup>

Essa limitação temporal é essencial para a consecução da finalidade utilitária que usualmente serve de pressuposto teórico para a fundamentação dos direitos de propriedade intelectual, qual seja, a promoção da inovação.<sup>24</sup> Em teoria, a inexistência de limites ou a concessão de prazos de proteção excessivamente longos poderia provocar o efeito contrário de desencorajar a inovação, na medida em que possibilitariam retornos desproporcionais ao criador (*rent seeking*).<sup>25</sup> Assim, deve-se equacionar qual seria o período de proteção mais adequado para alcançar o objetivo de incentivar a inovação ao mesmo tempo em que permita o posterior acesso livre à criação por toda a sociedade.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> “Attribue-se-lhe, também, o carácter de *perpetua*. (...) Será perpetua no sentido de que a propriedade subsiste, independentemente de exercício, enquanto não sobrevem uma causa legal extintiva”. BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Coisas**. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003. P. 137. Grifos e ortografia do original.

<sup>22</sup> Cf. artigos 108 e 133 da Lei nº. 9.279 de 1996.

<sup>23</sup> Com exceção das marcas, uma vez que, finda a proteção pela extinção do registro, sua propriedade pode vir a ser adquirida por um terceiro ou mesmo pelo proprietário anterior, através de novo registro. Assim, as marcas não adentram o domínio público.

<sup>24</sup> NUNES, Ricardo Dutra. **Análise Econômica do Direito e o Sistema de Patentes como Mecanismo de Regulação da Inovação**: Comentários às Corridas por Patentes. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2016. P. 35.

<sup>25</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. P. 21.

<sup>26</sup> “Because patents may create a temporary monopoly that rewards the inventor and overcharges buyers, the optimal life of a patent strikes the best balance between encouraging creativity and discouraging dissemination. As the duration of patents increases, society enjoys more benefits from more innovation. However, the rate at which these benefits increase presumably decreases. Consequently, the marginal benefit from more innovation decreases as the duration of patents increases. As the duration of patents increases, society suffers more costs from less dissemination. Society responds to long patents by searching for substitutes for patented goods. The longer a society searches, the more substitutes it finds. As with benefits, the rate at which the social costs of patents increases presumably decreases with duration. Consequently, the marginal cost from less dissemination presumably decreases as the duration of patents increases”. Cf. COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law and Economics**. 6th ed. Pearson, 2016. P. 123.

A proteção genérica conferida pelos direitos de propriedade intelectual é aquela de excluir terceiros do uso e da fruição da criação protegida, cuja extensão varia em maior ou menor grau conforme a espécie do direito em questão. Fala-se em direito de excluir terceiros, ao invés de pura e simplesmente “exclusividade” ou mesmo em lugar do vocábulo “monopólio”, porque nem sempre o direito de propriedade intelectual *per se* garantirá ao seu titular exclusividade para gozar de sua criação. Assim, tem-se o caso das patentes dependentes, cuja implementação depende do uso de invenção alheia patenteada para ser realizada.<sup>27</sup> Nessa situação, o titular da patente dependente poderá impedir que terceiros reproduzam sua invenção, mas não poderá ele mesmo fazer uso de sua própria invenção se não obtiver uma licença da patente da qual a sua própria patente depende. Da mesma forma, pode-se cogitar da hipótese do titular de uma patente farmacêutica que não detém registro sanitário perante a autoridade competente para a comercialização de seu medicamento. Nessa situação, o titular da patente poderá impedir que terceiros fabriquem e comercializem o remédio patenteado, mas não poderá ele mesmo produzir e vender a droga ou formulação protegida em função da ausência de registro sanitário. Por fim, cabe salientar que ser titular de uma patente não garante o monopólio sobre determinado gênero de produto, na medida em que outras invenções podem concretizar e alcançar o mesmo resultado através de formas distintas, que não infrinjam a patente.<sup>28</sup>

O direito de excluir terceiros encontra uma miscelânea de limitações na legislação, as quais variam conforme a espécie de propriedade intelectual em questão.<sup>29</sup> Assim, exemplificativamente, o titular de marca registrada não pode impedir seu uso na promoção e comercialização do produto por comerciantes e distribuidores ou a sua citação em obras literárias sem conotação comercial.<sup>30</sup> Por sua vez, o titular de patente não pode impedir que terceiros realizem atividades experimentais no âmbito de pesquisas científicas e tecnológicas

<sup>27</sup> Vide definição legal do art. 70, §1º, da Lei nº. 9.279 de 1996.

<sup>28</sup> Como afirma Denis Borges Barbosa, “é necessário entender que nos direitos de Propriedade Intelectual – na patente, por exemplo – o monopólio é instrumental: a exclusividade recai sobre um **meio** de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado”. BARBOSA, Denis Borges. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. P. 32. Grifos do original.

<sup>29</sup> De certa forma, as limitações legais buscam responder as críticas que apontam que a propriedade intelectual poderia provocar o efeito reverso ao pretendido, ou seja, ela poderia acabar desincentivando a inovação. De fato, há literatura que argumenta que “os direitos de propriedade intelectual provocam uma fragmentação de direitos, o que faz com que os custos de transação tornem-se elevados para o desenvolvimento de inovações subsequentes. Isso equivale a dizer que aos titulares de dos direitos de propriedade intelectual foram concedidos o direito de excluir os demais inovadores, opondo um veto sobre a possibilidade de inovações futuras. A consequência disso seria a *tragédia dos anticomuns*”. Cf. TIMM, Luciano Benetti; CAO VILLA, Renato. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 253.

<sup>30</sup> Art. 132, I e IV, da Lei nº. 9.279 de 1996.

com a invenção ou que farmácias de manipulação produzam determinado medicamento patenteado para casos individuais de acordo com prescrição médica.<sup>31</sup> Ainda, o titular de direitos patrimoniais de autor não pode impedir citações ou a reprodução de pequenos trechos de sua obra em outras obras.<sup>32</sup>

O direito de excluir terceiros, ao lado de sua dosagem através das limitações legais, insere-se igualmente no pressuposto teórico de que a propriedade intelectual é um mecanismo de incentivo à criação. Sendo os bens intelectuais não rivais e não excludentes, gera-se uma falha de mercado que consiste na não apropriabilidade pelo inovador do valor social de sua inovação, o que desencorajaria a inovação.<sup>33</sup> Conforme delineado por William Landes e Richard Posner, o custo marginal de produzir uma cópia é baixo, ao passo que os custos de desenvolvimento de uma nova tecnologia são elevados, o que se torna um convite ao *free riding* e desmotiva os investimentos em inovação.<sup>34</sup> A fim de evitar esse desestímulo, a solução residiria na concessão de exclusividade temporária ao inovador, de modo a permitir a possível recuperação de seus custos afundados.<sup>35</sup> Ademais, o direito de excluir terceiros atuaria no incentivo à inovação também ao obrigar que os concorrentes do inovador desenvolvam tecnologias alternativas para substituir e competir com o produto protegido (*inventing around*).<sup>36</sup>

Ao prever os direitos de propriedade industrial<sup>37</sup> no rol dos direitos fundamentais insculpidos no artigo 5º, a Constituição brasileira de 1988 apresenta uma cláusula finalística

<sup>31</sup> Art. 43, II e III, da Lei nº. 9.279 de 1996.

<sup>32</sup> Art. 46, III e VIII, da Lei nº. 9.610 de 1998.

<sup>33</sup> TIMM, Luciano Benetti; CAOVIALLA, Renato. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 249.

<sup>34</sup> “To take an example from intellectual property, a firm is less likely to expend resources on developing a new product if competing firms that have not borne the expense of development can duplicate the product and produce it at the same marginal cost as the innovator; competition will drive price down to marginal cost and the sunk costs of invention will not be recouped. This prospect provides the traditional economic rationale for intellectual property rights, though it involves as we shall see a significant degree of oversimplification”. Cf. LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. P. 13.

<sup>35</sup> Naturalmente, a recuperação de qualquer investimento dependerá sempre das forças de mercado. De fato, um investimento elevado não é garantia de retorno, porquanto não será possível compensá-lo se não houver aceitação dos consumidores para o produto desenvolvido ou se houver a rápida superação dele pela inovação rival de um concorrente que vier a desenvolver uma tecnologia alternativa. Nesses casos, de nada servirá a exclusividade conferida pela propriedade intelectual, que não é capaz por si só de assegurar os retornos esperados pelo titular, que se sujeita ao mercado e à livre concorrência.

<sup>36</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. P. 298-299.

<sup>37</sup> A propriedade industrial é um subgrupo da propriedade intelectual que congrega os direitos de marca, indicação geográfica, patente, desenho industrial e a repressão à concorrência desleal. Cf. art. 2º da Lei nº. 9.279 de 1996.

que reflete a concepção utilitária da propriedade intelectual ao condicionar esses direitos ao atendimento de determinados objetivos, dentre os quais o desenvolvimento tecnológico do país.<sup>38</sup> *In verbis*:

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País; (Grifou-se)

Em razão desse condicionamento finalístico e com base na aplicação ampla do princípio constitucional da função social da propriedade,<sup>39</sup> há quem defenda a sujeição dos direitos de propriedade intelectual ao atendimento de sua função social. Trata-se de literatura que se preocupa, sobretudo, com o acesso às criações protegidas: “*a ideia subjacente é a de que os direitos de propriedade intelectual devem estar a serviço do ‘interesse público’ e de sua ‘função social’, associados aqui com justiça distributiva e acesso a medicamentos*”.<sup>40</sup>

Por fim, a definição colocada acima deixa claro que a propriedade intelectual somente protege a expressão concreta de criações advindas da atividade intelectual humana, contanto que preenchidos os requisitos legais pertinentes e de modo independente dos direitos de personalidade do autor, tal como o direito à paternidade da obra. Assim, ficam fora do escopo da propriedade intelectual as ideias em abstrato<sup>41</sup> e a simples descoberta daquilo que já existia na natureza,<sup>42</sup> sem que isso prejudique o reconhecimento do crédito devido ao idealizador ou ao descobridor. A proteção sempre dependerá, entretanto, do atendimento dos requisitos legais específicos, que variam conforme a natureza da criação e o instituto que lhe for mais adequado.

<sup>38</sup> É interessante anotar que essa cláusula finalística já não aparece nos dispositivos constitucionais que contemplam os direitos autorais e conexos, o que pode ser interpretado como um tratamento diferenciado dado pelo constituinte aos direitos oriundos de criações artísticas, quando comparados aos direitos sobre as criações do comércio e da indústria, por assim dizer. Isso provavelmente decorre da gênese diversa do *droit d’auteur* e das interpretações que dela decorrem. Confirmam-se os incisos pertinentes do art. 5º: “XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

<sup>39</sup> Art. 5º, XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”.

<sup>40</sup> TIMM, Luciano Benetti; CAOVIOLA, Renato. As teorias rivais sobre a propriedade intelectual no Brasil. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P. 260.

<sup>41</sup> Cf. artigo 10, II, da Lei nº. 9.279 de 1996 e artigo 8º, I, da Lei nº. 9.610 de 1998, v.g.

<sup>42</sup> Cf. artigo 10, I e IX, da Lei nº. 9.279 de 1996.

Os diversos direitos de propriedade intelectual encontram-se exemplificativamente listados na Convenção Estabelecendo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI),<sup>43</sup> assinada em Estocolmo em 1967, cujo artigo 2º, inciso (viii), é reproduzido abaixo:

Article 2. Definitions.

For the purposes of this Convention:

(...)

(viii) “intellectual property” shall include the rights relating to:

- literary, artistic and scientific works,
- performances of performing artists, phonograms, and broadcasts,
- inventions in all fields of human endeavor,
- scientific discoveries,
- industrial designs,
- trademarks, service marks, and commercial names and designations,
- protection against unfair competition, and all other rights resulting from intellectual activity in the industrial, scientific, literary or artistic fields.

A partir dessa referência internacional e da legislação brasileira, identificamos e listamos abaixo quais seriam os direitos de propriedade intelectual existentes em nosso ordenamento, no intuito de concluir esta seção com a delimitação dos direitos que podem constituir o objeto dos contratos de que trata o presente trabalho. São eles:

- a) **Marcas.** São sinais distintivos que identificam produtos ou serviços, diferenciando-os de seus pares.<sup>44</sup> No Brasil, podem ser registrados como marca apenas os sinais visualmente perceptíveis.<sup>45</sup> Em termos econômicos, as marcas são capazes de reduzir os custos de busca dos consumidores, uma vez que transmitem informações acerca da qualidade e proveniência do produto ou serviço, de onde advém a fundamentação para a sua proteção (evitar que *free riders* usem marca alheia para se associar ao fundo de comércio dela).<sup>46</sup>
- b) **Indicações geográficas.** São as indicações de procedência ou denominações de origem, que apontam a procedência de determinado produto ou serviço como

<sup>43</sup> Disponível em: [http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file\\_id=283854](http://www.wipo.int/wipolex/en/treaties/text.jsp?file_id=283854). Acesso em 23.05.2018.

<sup>44</sup> SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Marcas:** Aquisição, Exercício e Extinção de Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 09.

<sup>45</sup> Art. 122 da Lei nº. 9.279 de 1996.

<sup>46</sup> LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. P. 168.

pertencente a uma certa localidade geográfica, onde se encontra uma coletividade de produtores ou fornecedores.<sup>47</sup>

- c) **Patentes.** Título conferido pelo Estado que permite ao seu detentor excluir terceiros da exploração de determinada tecnologia.<sup>48</sup> No Brasil, há dois tipos: patentes de invenção e patentes de modelo de utilidade, as primeiras sendo relativas a quaisquer soluções técnicas para problemas técnicos e as segundas sendo atinentes a objetos ou partes de objetos de uso prático.<sup>49</sup>
- d) **Desenhos industriais.** Registro que protege a forma plástica ornamental exterior de objetos ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado na configuração externa de objetos, contanto que possa servir de tipo de fabricação industrial.<sup>50</sup>
- e) **Cultivares.** Registro de variedade vegetal passível de uso pelo complexo agroflorestal que seja distinguível de outras variedades por margem mínima de descritores e que seja homogênea e estável em gerações sucessivas.<sup>51</sup> O registro de cultivar confere proteção sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta, garantindo ao seu obtentor exclusividade para a comercialização do material de propagação da cultivar.<sup>52</sup> As cultivares não se confundem com tecnologias de transgenia, uma vez que estas podem ser protegidas

---

<sup>47</sup> Lei nº. 9.279 de 1996: Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço. Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

<sup>48</sup> “Uma patente, na sua formulação clássica, é um direito, conferido pelo Estado, que dá ao seu titular a exclusividade da exploração de uma tecnologia. Como contrapartida pelo acesso do público ao conhecimento dos pontos essenciais do invento, a lei dá ao titular da patente um direito limitado no tempo, no pressuposto de que é socialmente mais produtiva em tais condições a troca da exclusividade de fato (a do segredo da tecnologia) pela exclusividade temporária de direito”. BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 1099.

<sup>49</sup> Nos termos da Resolução PR nº. 85 de 2013 do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI): “As Patentes de Invenção visam a proteção das criações de caráter técnico, para solucionar problemas em uma área tecnológica específica. Enquanto as Patentes de Modelo de Utilidade são objetos que, sem visar um efeito técnico peculiar (caso em que constituiriam uma Invenção propriamente dita) se destinam a melhorar o uso do objeto, podendo acarretar uma maior eficiência ou comodidade no uso do mesmo”.

<sup>50</sup> “Assim, se a criação é técnica, teremos uma hipótese de patente de invenção ou de modelo industrial. Se a criação é puramente estética, sem aplicação a produto industrial, poder-se-á ter a proteção pelo Direito Autoral; tendo-se uma obra de arte aplicada, com a qualificação de poder servir de tipo de fabricação industrial, estamos no domínio do desenho industrial”. BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 18. Grifos do original.

<sup>51</sup> Cf. art. 3º, IV, da Lei nº. 9.456 de 1997.

<sup>52</sup> Cf. art. 8º e 9º da Lei nº. 9.456 de 1997.



por meio de patentes de invenção e serem aplicadas em variedades diferentes de uma mesma espécie vegetal.<sup>53</sup>

- f) **Topografias de circuitos integrados.** Registro de disposição geométrica ou arranjo da superfície de circuito integrado para desempenhar função eletrônica, composto por imagens que representem a configuração tridimensional das camadas que compõem o circuito.<sup>54</sup>
- g) **Direitos autorais.** Expressão que se refere tanto aos direitos morais quanto aos direitos patrimoniais do autor<sup>55</sup> sobre suas “criações do espírito”, exemplificadas pela lei como obras literárias, artísticas ou científicas, alocações, composições musicais, coreografias, cenografias, desenhos, pinturas, esculturas, fotografias, obras audiovisuais, entre outras.<sup>56</sup> De modo excepcional, protege-se por direito autoral os programas de computador.<sup>57</sup>
- h) **Direitos conexos.** Aplicação dos direitos de autor, naquilo que couber, à interpretação e à execução das obras autorais, de modo a estender a proteção autoral aos intérpretes, executantes, produtores fonográficos e radiodifusores.<sup>58</sup>
- i) **Direito de arena.** Direito exclusivo de captação, fixação, emissão, transmissão, retransmissão e reprodução de imagens de espetáculos desportivos.<sup>59</sup>
- j) **Segredos de negócio.** Informações confidenciais dos agentes econômicos, englobando segredos industriais e segredos comerciais,<sup>60</sup> que no Brasil recebem proteção por meio da repressão à concorrência desleal.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Essa questão é de extrema importância para a compreensão do modelo de negócio subjacente aos contratos de licenciamento da Monsanto no Brasil. Com efeito, o que motivava a Monsanto a licenciar suas tecnologias de soja transgênica para diversos parceiros comerciais era o objetivo de alcançar a maior penetração possível para sua tecnologia patenteada no mercado de sementes, o que se dava por meio da introdução da transgenia em questão na maior quantidade possível de variedades vegetais distintas, as quais eram desenvolvidas pelos parceiros comerciais licenciados, que detinham os direitos sobre as cultivares.

<sup>54</sup> Cf. art. 26 da Lei nº. 11.484 de 2007.

<sup>55</sup> Os direitos morais dizem respeito ao vínculo personalíssimo estabelecido entre o autor e sua obra, o que inclui os direitos de paternidade e de crédito, por exemplo. Por sua vez, os direitos patrimoniais estão relacionados à exploração econômica da obra, vale dizer, os direitos de utilizar, fruir e dispor da obra, por meio do licenciamento ou da cessão, por exemplo. Cf. art. 22, 24 e 28 da Lei nº. 9.610 de 1998.

<sup>56</sup> Cf. art. 7º da Lei nº. 9.610 de 1998.

<sup>57</sup> Cf. art. 2º da Lei nº. 9.609 de 1998.

<sup>58</sup> Cf. art. 89 da Lei nº. 9.610 de 1998.

<sup>59</sup> Cf. art. 42, *caput*, da Lei nº. 9.615 de 1998.

<sup>60</sup> FEKETE, Elisabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. P. 45-46.

<sup>61</sup> Art. 195, incisos XI e XII, da Lei nº. 9.279 de 1996.

Passados em revista os direitos de propriedade intelectual existentes em nosso ordenamento, aduziremos a seguir quais são os principais contratos pertinentes a esses direitos, cuja sujeição ao controle antitruste preventivo constitui o objeto de nossas investigações.

## 1.2. Principais contratos de Propriedade Intelectual

Tendo o proprietário as faculdades de usar, gozar e dispor da coisa,<sup>62</sup> os principais negócios jurídicos que pode realizar sobre ela são a alienação de sua propriedade ou o arrendamento de sua fruição. À primeira possibilidade correspondem os contratos de compra e venda (oneroso) e de doação (gratuito), ao passo que à segunda correspondem os contratos de locação (oneroso) e de comodato (gratuito). Em se tratando de bens incorpóreos, como no caso dos direitos de propriedade intelectual, a alienação cuida denominar-se de “cessão”,<sup>63</sup> enquanto a locação alcunha-se de “licença”,<sup>64</sup> ambos os contratos podendo ser tanto onerosos quanto gratuitos nas suas estipulações.

Nesse sentido, anota Luiz Guilherme Ros que:

Os contratos de licenciamento de patentes levam à transferência de certas faculdades da propriedade: o *uso* e o *gozo*. No entanto, o licenciado não poderá dispor da patente, haja vista que esta não lhe pertence. Sob esta perspectiva, a licença mostra-se como uma forma de contornar o dever geral de abstenção por parte de terceiros, a fim de que eles possam igualmente se aproveitar da propriedade intelectual.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Art. 1.228, *caput*, Código Civil.

<sup>63</sup> “(...) o contrato de compra e venda pode ter por objeto bens de toda natureza: corpóreos, compreendendo imóveis, móveis, semoventes, como ainda os incorpóreos, muito embora um apurado rigor terminológico reserve para a alienação onerosa deste últimos o vocábulo cessão”. PEREIRA, Caio Mário da Silva.

**Instituições de Direito Civil.** Vol. III. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. P. 146. Grifos do original.

<sup>64</sup> “Enfatizando um ou outro aspecto, os vários sistemas jurídicos vêem a licença como um contrato aproximado ao de locação de bens materiais, ou, se tomado o lado negativo, como uma promessa formal de não processar a pessoa autorizada por violação de privilégio. (...) A Licença sem royalties, acompanhando o mesmo raciocínio, se assemelharia ao comodato”. BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual.** Tomo IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 521-522.

<sup>65</sup> ROS, Luiz Guilherme. O direito concorrencial e a propriedade intelectual sob a égide dos contratos de licenciamento de patente com e sem exclusividade. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência:** Temas de Fronteira. São Paulo: Migalhas, 2015. P. 180. Grifos do original.

Condizendo com essa realidade, a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº. 9.279 de 1996 – LPI) prevê expressamente, dentre os direitos do titular de patente ou pedido de patente e do titular de registro ou pedido de registro de marca, as faculdades de ceder (artigos 58 e 130, I, LPI)<sup>66</sup> e de licenciar (artigos 61, *caput*, 130, II, e 139, *caput*, LPI)<sup>67</sup> esses direitos. Inclusive, compete ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) averbar os contratos de licença (artigos 62 e 140, LPI)<sup>68</sup> e anotar as cessões (artigos 59, I, e 136, I, LPI),<sup>69</sup> a fim de dar-lhes publicidade e para que produzam efeitos perante terceiros. Da mesma forma, a Lei de Direitos Autorais (Lei nº. 9.610 de 1998 – LDA) disciplina a cessão e o licenciamento dos direitos patrimoniais de autor (art. 49, LDA).<sup>70</sup>

Sendo assim, para analisar a incidência do controle de estruturas sobre contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual e a obrigatoriedade de sua notificação prévia, o que incluirá a discussão acerca do enquadramento desses contratos na categoria dos chamados “contratos associativos”, prevista na Lei de Defesa da Concorrência de 2011, adotaremos como recorte os contratos de cessão e de licenciamento, que são os principais negócios jurídicos que podem ter por objeto esses direitos.

---

<sup>66</sup> Art. 58. O pedido de patente ou a patente, ambos de conteúdo indivisível, poderão ser cedidos, total ou parcialmente. Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: I - ceder seu registro ou pedido de registro.

<sup>67</sup> Art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração. Art. 130. Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: (...) II - licenciar seu uso. Art. 139. O titular de registro ou o depositante de pedido de registro poderá celebrar contrato de licença para uso da marca, sem prejuízo de seu direito de exercer controle efetivo sobre as especificações, natureza e qualidade dos respectivos produtos ou serviços.

<sup>68</sup> Art. 62. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros. Art. 140. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros.

<sup>69</sup> Art. 59. O INPI fará as seguintes anotações: I - da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário. Art. 136. O INPI fará as seguintes anotações: I - da cessão, fazendo constar a qualificação completa do cessionário.

<sup>70</sup> Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito, obedecidas as seguintes limitações: I - a transmissão total compreende todos os direitos de autor, salvo os de natureza moral e os expressamente excluídos por lei; II - somente se admitirá transmissão total e definitiva dos direitos mediante estipulação contratual escrita; III - na hipótese de não haver estipulação contratual escrita, o prazo máximo será de cinco anos; IV - a cessão será válida unicamente para o país em que se firmou o contrato, salvo estipulação em contrário; V - a cessão só se operará para modalidades de utilização já existentes à data do contrato; VI - não havendo especificações quanto à modalidade de utilização, o contrato será interpretado restritivamente, entendendo-se como limitada apenas a uma que seja aquela indispensável ao cumprimento da finalidade do contrato.

### 1.3. Do controle antitruste de contratos de propriedade intelectual como atos de concentração nos Estados Unidos da América

O controle de estruturas,<sup>71</sup> realizado por meio de notificação prévia de determinadas operações às autoridades concorrenciais para aprovação, foi introduzido na legislação dos Estados Unidos da América pelo *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, de 1976, que emendou o *Clayton Act*, de 1914, o principal diploma legal do antitruste norte-americano depois do histórico *Sherman Act*, de 1890.

A obrigatoriedade da notificação de uma operação para a *Federal Trade Commission* (FTC) e para o *Department of Justice* (DOJ) americanos é determinada por uma série de critérios relativos às partes e à operação em si,<sup>72</sup> os quais se encontram sistematizados no item (a), da seção 18a, do título 15, do *United States Code* (USC), cuja regulamentação pertinente está estabelecida na seção 801, do título 16, do *Code of Federal Regulations* (CFR). No que diz respeito às partes, o adquirente ou adquirido na operação deve estar envolvido no comércio ou em atividade que afete o comércio<sup>73</sup> e, dependendo do valor da operação, o faturamento das partes deve atingir determinados patamares fixados na lei.<sup>74</sup> Em relação à operação em si, a transação deve estar contemplada nas hipóteses da lei e possuir certa magnitude financeira, abaixo da qual resta afastada a obrigatoriedade de notificar.<sup>75</sup>

Acerca das operações, segundo a lei americana, excluídas as exceções legais previstas no próprio diploma, “*no person shall acquire, directly or indirectly, any voting securities or assets of any other person, unless both persons (or in the case of a tender offer, the acquiring person) file notification*”.<sup>76</sup> Assim, devem ser notificadas transações societárias que envolvam

---

<sup>71</sup> A expressão “controle de estruturas” refere-se ao controle de atos de concentração econômica, que, segundo Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande, “busca examinar mudanças ocasionadas por movimentos empresariais nas estruturas dos mercados (e.g., número de empresas, barreiras à entrada de novos competidores, características dos produtos), de forma a evitar a formação de monopólios ou estruturas oligopolísticas que favoreçam a prática de preços supracompetitivos”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 51.

<sup>72</sup> Federal Trade Commission Premerger Notification Office. **To File or Not to File**: When You Must File a Premerger Notification Report Form. 2008.

<sup>73</sup> Cf. 15 USC 18a, (a), (1).

<sup>74</sup> Cf. 15 USC 18a, (a), (2).

<sup>75</sup> Cf. 15 USC 18a, (a), (2).

<sup>76</sup> Cf. 15 USC 18a, (a).

papéis com direito a voto e a aquisição de ativos, contanto que preenchido o requisito de magnitude da operação e, a depender deste, os parâmetros de faturamento das partes.

Em se tratando, portanto, de um contrato de cessão de direitos de propriedade intelectual, a transferência da titularidade desses ativos poderá se sujeitar à notificação obrigatória para as autoridades antitruste estadunidenses, uma vez que constitui verdadeira aquisição de ativos que não foi excepcionada pela lei ou pelo regulamento federal. Um licenciamento exclusivo, por intermédio do qual todos os direitos de uso *lato sensu* sejam transferidos ao licenciado, com exclusão do próprio licenciante, também produz o mesmo efeito de uma cessão, pois opera a integral transferência da exploração daquele ativo de uma parte à outra, de modo que poderá igualmente se sujeitar à notificação obrigatória. Por outro lado, cuidando um contrato de mero licenciamento não exclusivo desses direitos, não subsistirá a obrigatoriedade de notificação, dado que não terá havido uma aquisição, mas sim uma autorização de uso da propriedade intelectual em questão, do titular para o licenciado, dentro dos limites da licença.<sup>77</sup>

Não obstante, como regra excepcional, o *Code of Federal Regulations* estabelece expressamente que licenças de patentes das áreas médica, botânica, farmacêutica, substâncias de diagnóstico e biológica,<sup>78</sup> nas quais o licenciante retenha alguns direitos limitados, ainda assim serão consideradas, para efeitos da legislação antitruste, aquisições de ativos,<sup>79</sup> de modo que ficam sujeitas à notificação prévia desde que preenchidos os demais requisitos legais. Segundo a regulamentação federal americana, a notificação será obrigatória quando ocorrer a transferência, para um determinado campo ou indicação terapêutica, de todos os “direitos comercialmente significativos” sobre uma patente das áreas acima, do titular da patente para outra parte, ainda que o titular retenha o direito limitado de fabricar o produto patenteado para fornecê-lo ao licenciado; “direitos comercialmente significativos” sendo entendidos como os direitos sobre uma patente que garantem a exclusividade em determinada área ou indicação terapêutica apenas ao destinatário desses direitos.<sup>80</sup>

<sup>77</sup> Vide, exemplificativamente, a Interpretação Informal nº. 0601012 de 13.01.2006, a Interpretação Informal nº. 0712007 de 14.12.2007 e a Interpretação Informal nº. 0903012 de 20.03.2009, todas do Premerger Notification Office da Federal Trade Commission. Disponíveis para consulta em: <https://www.ftc.gov/enforcement/premerger-notification-program/informal-interpretations>. Acesso em 26.08.2018.

<sup>78</sup> *In verbis*: “Medical and Botanical Manufacturing”, “Pharmaceutical Preparation Manufacturing”, “In-Vitro Diagnostic Substance Manufacturing” e “Biological Product (except Diagnostic) Manufacturing”. Cf. 16 CFR §801.2, (g), (1).

<sup>79</sup> Cf. 16 CFR §801.2, (g), (2).

<sup>80</sup> Cf. 16 CFR §801.2, (g), (3) c/c 16 CFR §801.1, (o) e (p).

A FTC justificou essa regra excepcional para a indústria farmacêutica com base nos dados de notificações recebidas pela Comissão nos anos que antecederam a norma, os quais revelavam que acordos de licença nos quais o licenciante retém direitos de fabricação limitados são comuns apenas nessa indústria e eram usados como subterfúgio para escapar da obrigatoriedade de notificação, que incide somente sobre licenças exclusivas, sendo comum a alegação de que a retenção de certos direitos de fabricação pelo licenciante descaracterizava a exclusividade do licenciamento.<sup>81</sup>

Não há, pois, na lei estadunidense, hipótese de notificação obrigatória às autoridades que exercem o controle preventivo que se assemelhe àquela dos “contratos associativos” que consta da Lei de Defesa da Concorrência brasileira de 2011, de modo que uma tal espécie de acordo de associação sujeitar-se-ia ao controle repressivo na eventualidade de redundar em práticas anticompetitivas. Nesse contexto, o DOJ e a FTC editaram, em abril de 2000, as suas *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*,<sup>82</sup> a fim de propiciar uma melhor sinalização ao mercado das práticas que podem ser consideradas ilícitas por essas agências.

No que diz respeito especificamente à propriedade intelectual, restringindo-se o controle preventivo à notificação de contratos de licenciamento exclusivos, salvo a pequena exceção vista acima para a indústria farmacêutica, o DOJ e a FTC editaram, em abril de 1995, já do ponto de vista do controle repressivo, um guia acerca de sua política de *enforcement* antitruste para contratos em geral de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, que foi posteriormente revisado e atualizado em janeiro de 2017. Trata-se das *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property*,<sup>83</sup> que buscam auxiliar os agentes econômicos a compreender melhor a interpretação das agências estadunidenses a respeito de quais práticas tendem a ser consideradas anticompetitivas e potencialmente ilícitas no âmbito desses contratos, oferecendo, assim, maior segurança ao mercado.

No passado, o controle antitruste sobre os titulares de propriedade intelectual não fora admitido nos Estados Unidos, devido às peculiaridades desses direitos, que por sua natureza

---

<sup>81</sup> Vide relatório da Federal Trade Commission acerca da consulta pública realizada para a alteração da norma. Disponível em: <https://www.federalregister.gov/documents/2013/11/15/2013-27027/premerger-notification-reporting-and-waiting-period-requirements>. Acesso em 26.08.2018.

<sup>82</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. 2000. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf). Acesso em 26.08.2018.

<sup>83</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>. Acesso em 26.08.2018.

propiciam o poder de excluir terceiros. Posteriormente, a propriedade intelectual passou a ser encarada como uma forma de propriedade qualquer, sujeita, portanto, ao controle concorrencial para sancionar abusos. Anota Luciano Timm que, “*devido a isso, os contratos de transferência de tecnologia são vistos como qualquer outra forma de contrato capaz de restringir a concorrência*”.<sup>84</sup> Nos anos 1970, em decorrência de uma mentalidade de contraposição entre propriedade intelectual e antitruste, o DOJ editou um documento que ficou conhecido como *Nine No-No's*, que estabelecia uma série de cláusulas presentes em contratos de licenciamento como ilícitas *per se*.<sup>85</sup> Essa perspectiva foi, enfim, superada com a ascensão da Escola de Chicago e a defesa da regra da razão para compatibilizar ambos os institutos.<sup>86</sup>

Nesse contexto, as *Guidelines* adotadas pelo DOJ e pela FTC em 1995, e atualizadas em 2017, perfilham como matriz interpretativa a compreensão de que não há oposição entre a propriedade intelectual e o direito antitruste, na medida em que ambos compartilham o propósito de promover a inovação e o bem-estar dos consumidores. A propriedade intelectual cumpriria esse papel por ensejar o exercício de direitos de propriedade sobre novas criações, o que incentiva a inovação, um dos motores da competição, e permite a sua disseminação, beneficiando, assim, os consumidores, que passam a ter acesso a produtos e processos mais eficientes. A seu turno, o antitruste inibe certas práticas que podem prejudicar a competição e, por conseguinte, os consumidores.<sup>87</sup>

Em decorrência desse viés conciliatório, o guia adota como princípios básicos as seguintes proposições: (a) condutas envolvendo propriedade intelectual devem ser analisadas no âmbito do controle antitruste da mesma forma que condutas em torno de outros tipos de propriedade, mas sem deixar de levar em consideração as características particulares de cada

<sup>84</sup> Por tudo, v. TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 85.

<sup>85</sup> “*Essas cláusulas se referiam ao condicionamento de produtos não patenteados, retrocessão exclusiva, restrições pós-venda, tie-outs, vedação de concessão futura de licenças, licença conjunta, pagamento compulsório de royalties em quantia desarrazoada relacionados à venda do produto patentado, restrições de vendas, fixação de preço*”. TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 87.

<sup>86</sup> TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 87-88.

<sup>87</sup> “*The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare. The intellectual property laws provide incentives for innovation and its dissemination and commercialization by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, more efficient processes, and original works of expression. In the absence of intellectual property rights, imitators could more rapidly exploit the efforts of innovators and investors without providing compensation. Rapid imitation would reduce the commercial value of innovation and erode incentives to invest, ultimately to the detriment of consumers. The antitrust laws promote innovation and consumer welfare by prohibiting certain actions that may harm competition with respect to either existing or new ways of serving consumers*”. Cf. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017. P. 02.

direito determinado; (b) não há presunção de que a propriedade intelectual gera automaticamente poder de mercado; e (c) contratos de licenciamento são geralmente pró-competitivos, pois permitem a combinação de fatores de produção pelos agentes econômicos.<sup>88</sup>

Desses princípios, advém as pontuações do guia de que o licenciamento pode ser uma forma eficiente do inovador se remunerar pelos investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novas tecnologias, o que também beneficiaria os consumidores pela redução de custos e pela introdução de novos produtos. Sendo a propriedade intelectual um dos fatores de produção, seu licenciamento permite que terceiros a integrem com outros fatores, tais como fábricas e força de trabalho, o que pode ser uma escolha mais eficiente para o licenciado, cuja alternativa seria desenvolver uma tecnologia própria. Ademais, o acesso dos licenciados pode favorecer o aprimoramento da tecnologia, de modo a catapultar ainda mais a inovação. Por fim, até mesmo algumas restrições à licença podem ser eficientes, pois possibilitam que os investimentos dos licenciados sejam protegidos dentro seu âmbito de atuação, o que incentiva o desenvolvimento do produto e do mercado.<sup>89</sup>

Portanto, não há obrigatoriedade nos EUA de notificação prévia de contratos de licenciamento não exclusivo de propriedade intelectual ao controle de estruturas, havendo, por outro lado, *guidelines* específicas para informar o mercado acerca de quais práticas a autoridade antitruste considera adequadas para as avenças típicas desses contratos.

#### **1.4. Do controle antitruste de contratos de propriedade intelectual como atos de concentração na União Europeia**

A competência da União Europeia para exercer, a nível comunitário, o controle antitruste preventivo sobre atos de concentração entre empresas foi originalmente estabelecida em 1989, por meio do Regulamento (CEE) n.º. 4.064/1989 do Conselho. Atualmente, a notificação prévia de concentrações com dimensão comunitária para a Comissão Europeia é regida pelo Regulamento (CE) n.º. 139/2004 do Conselho, que define o que se considera

---

<sup>88</sup> U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017. P. 02.

<sup>89</sup> *Ibid.* P. 05.



“dimensão comunitária”, através de limiares geográficos e de faturamento das partes,<sup>90</sup> assim como as hipóteses de concentração abrangidas pelo regulamento.

Pelo artigo 3º da norma europeia, considera-se concentração uma mudança de controle duradoura que resulte de fusões ou de aquisições do controle direto ou indireto do conjunto ou de partes de outras empresas, por compra de partes do capital ou de elementos do ativo. O mesmo dispositivo esclarece ainda que o controle pode decorrer, por exemplo, de direitos de propriedade, de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa.<sup>91</sup> O considerando nº. 20 do regulamento, ao justificar essas definições, esclarece que as alterações de controle têm por efeito modificações duradouras na estrutura do mercado.

Um compilado de interpretações oficiais da Comissão Europeia a respeito do regulamento pode ser encontrado na Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho, emitida em 2008 pela Comissão. Nessa comunicação, o órgão expressou o seu entendimento de que a aquisição de ativos recai na obrigatoriedade de notificação somente se esses elementos do ativo *“constituírem o conjunto ou uma parte de uma empresa, ou seja, se representarem uma actividade traduzida por uma presença no mercado e à qual pode ser atribuído de forma inequívoca um volume de negócios”*.<sup>92</sup>

À luz da glosa oficial da Comissão, portanto, um contrato de cessão isolada de ativos de propriedade intelectual estaria sujeito ao controle preventivo europeu ao abrigo da hipótese legal de aquisição de ativos, desde que a transferência desses ativos opere consigo a transmissão de um negócio quantificável que seja representado por eles. Vale dizer, os direitos de propriedade intelectual em questão devem traduzir uma atividade econômica em si, presente no mercado, o que demanda uma análise casuística a fim de verificar a ocorrência dessa hipótese.

---

<sup>90</sup> Art. 1º do Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho.

<sup>91</sup> Art. 3º. 1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da: a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo directo ou indirecto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas. 2. O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente: a) Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos activos de uma empresa; b) Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

<sup>92</sup> Cf. parágrafo 24 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

Essa mesma comunicação oficial da Comissão, não descuidando da ausência de menção expressa a contratos de licenciamento no regulamento, houve por bem abordar a temática desses contratos, tendo em vista que eles não operam a transferência da propriedade do ativo, conforme transcrevemos abaixo:

“Uma operação limitada aos activos incorpóreos, nomeadamente marcas, patentes ou direitos de autor, pode ser igualmente considerada uma concentração se esses activos constituírem actividades às quais está associado um volume de negócios. De qualquer modo, a transferência de licenças relativas a marcas, patentes ou direitos de autor, sem ser acompanhada de elementos do activo complementares, apenas poderá preencher esses critérios no caso de se tratar de licenças exclusivas, pelo menos num território específico, e a transferência dessas licenças contribuir para a transferência da actividade geradora de volume de negócios. Relativamente às licenças não exclusivas, parece excluído que elas possam constituir, por si só, uma actividade à qual se associa um volume de negócios”.<sup>93</sup>

Destarte, uma vez preenchidos os demais requisitos legais, contratos de licenciamento isolado de propriedade intelectual, nos termos da Comunicação Consolidada da Comissão, devem ser notificados ao controle de estruturas europeu somente se a licença for exclusiva e promover consigo a transferência do negócio com presença de mercado (isto é, elementos do ativo que constituam o conjunto ou parte de uma empresa, nos termos da Comunicação) de uma parte a outra, com a consequente transmissão do faturamento gerado pela atividade do licenciante para o licenciado exclusivo em algum território. A princípio, portanto, licenças não exclusivas seriam incapazes de ensejar esses efeitos concentrativos, de modo que escapam da obrigatoriedade de notificação prévia à Comissão.

Embora não haja no Regulamento (CE) nº. 139/2004 uma hipótese de nomenclatura similar àquela dos “contratos associativos” previstos na Lei de Defesa da Concorrência brasileira de 2011, o parágrafo 18 da Comunicação Consolidada da Comissão atenta para o fato de que a aquisição de controle pode se dar pela via contratual, através de um acordo que conduza ao controle da gestão e dos recursos de outra empresa por um dos contratantes. O parágrafo 20, por sua vez, alerta para situações excepcionais de “controle de fato”, nas quais ocorre uma dependência econômica pela qual um terceiro consegue exercer uma influência decisiva sobre a empresa, a exemplo do que poderia se suceder com contratos de longo prazo demasiadamente importantes para um negócio e que estejam conjugados com outros fatores estruturais. Assim, hipoteticamente, um fornecedor poderia exercer controle de fato sobre seu cliente por

---

<sup>93</sup> *Ibid.*

intermédio de um contrato duradouro de fornecimento de determinado insumo essencial à atividade do contratante, o que caracterizaria uma situação de aquisição de controle notificável.

Não obstante, a hipótese contemplada no Regulamento (CE) n.º. 139/2004 que mais se aproxima dos contratos associativos, na medida em que se afasta dos casos de aquisição de controle que são objeto de outro inciso na lei brasileira, é aquela que enuncia que a “*criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma concentração*”.<sup>94</sup> Trata-se, conforme se pode apurar na versão em inglês do regulamento, da hipótese das *joint ventures*, que em português aparecem designadas pela expressão “empresa comum” na tradução oficial da União Europeia.

Sobre a notificação prévia da formação de *joint ventures*, a Comunicação Consolidada da Comissão esclarece que a autonomia mencionada no regulamento, que deve caracterizar essas entidades, é meramente operacional, o que significa que, para consistir numa concentração notificável, a empresa comum, embora constitua uma operação apartada de suas empresas-mães, não deve ter liberdade para a tomada das decisões estratégicas do negócio.<sup>95</sup> A Comunicação esclarece ainda que a *joint venture* “*deve funcionar num mercado, desempenhando as funções habitualmente desenvolvidas por outras empresas presentes nesse mercado*”, de modo que ela deverá dispor de sua própria gestão e ter acesso aos recursos necessários para o desempenho de suas atividades de forma duradoura no mercado.<sup>96</sup> Isso quer dizer que, se a *joint venture* cumprir apenas uma função específica no âmbito da atuação de suas empresas-mães, ela não será considerada uma entidade autônoma nos termos do regulamento europeu para efeitos de notificação ao controle preventivo, uma vez que não terá acesso ao mercado nos termos estabelecidos acima.<sup>97</sup>

Assim, desde que preenchidos os demais requisitos legais, a formação de uma *joint venture* por meio de uma associação entre dois agentes econômicos deverá ser submetida ao controle de estruturas europeu quando importar na criação de uma empresa comum autônoma, com estrutura própria para atuar por si no mercado, mas cujas decisões estratégicas são tomadas pelas empresas-mães que a constituíram, as *co-venturers* no negócio. Essa é, portanto, uma hipótese de notificação de ato de concentração que se distancia das demais situações de fusão

<sup>94</sup> Art. 3º, 4, do Regulamento (CE) n.º. 139/2004 do Conselho.

<sup>95</sup> Cf. parágrafo 93 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º. 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

<sup>96</sup> Cf. parágrafo 94 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º. 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

<sup>97</sup> Cf. parágrafo 95 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º. 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

e de aquisição de ativos, aproximando-se, assim, das hipóteses elencadas pela lei brasileira no inciso que prevê os chamados contratos associativos, que também contempla as *joint ventures*, conforme será visto no capítulo seguinte.

Do ponto de vista do controle repressivo, cabe mencionar que o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia estatui, em seu artigo 101, que são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos, associações e práticas concertadas de empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os membros da união e que “*tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*”. O tratado lista, na sequência, algumas práticas exemplificativas de condutas ilícitas, que são tidas por ele como nulas.<sup>98</sup> No passado, essas disposições do tratado chegaram a embasar posições contrárias a licenciamentos exclusivos de tecnologia e a restrições territoriais por parte da Comissão e da Corte Europeia de Justiça, as quais foram sendo revistas e lapidadas ao longo do tempo.<sup>99</sup>

O parágrafo 3, do mesmo artigo 101 do Tratado, todavia, autoriza que se isentem em bloco, por meio de declaração específica de inaplicabilidade, determinadas categorias de acordos, associações, decisões ou práticas concertadas que “*contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico*”, desde que:

“aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
- b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.<sup>100</sup>

No que diz respeito especificamente à propriedade intelectual, cabe noticiar que o uso da faculdade de se declarar a inaplicabilidade das disposições do artigo 101 do Tratado, nos

<sup>98</sup> “a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”.

<sup>99</sup> JOHANSSON, Camilla. **Licensing in the perspective of EC Competition Law**. Master thesis, School of Economics and Commercial Law. Göteborg University. P. 17-18.

<sup>100</sup> Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, Artigo 101.3. Para maior facilidade de interpretação, vale mencionar que, na versão em inglês do tratado, o termo “utilizadores” refere-se a “*consumers*”, ao passo que “lucro” guarda relação com o vocábulo “*benefit*”.

termos do parágrafo acima, foi exercido pela Comissão Europeia através dos Regulamentos (CE) nº. 2349/1984 e nº. 556/1989, posteriormente substituídos pelo Regulamento (CE) nº. 240/1996, que, por sua vez, foi substituído pelo Regulamento (CE) nº. 772/2004. Por fim, este último foi posteriormente substituído pelo Regulamento (UE) nº. 316/2014 da Comissão, atualmente em vigor. Este regulamento isenta expressamente os acordos de transferência de tecnologia, entendidos como os contratos de licenciamento de determinados direitos de propriedade intelectual (patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, topografias, cultivares, *know-how*). Segundo Camilla Johansson, a exceção em bloco estabelecida pelo regulamento de 2004, hoje atualizado pelo regulamento de 2014, tornou o licenciamento de tecnologia, em muitos aspectos, mais fácil para as partes.<sup>101</sup>

A concepção geral do Regulamento (UE) nº. 316/2014, que fundamenta a isenção por ele concedida, é a de que os contratos de licenciamento de tecnologia tipicamente contribuem para aprimorar a eficiência econômica e promover a livre concorrência, na medida em que podem reduzir investimentos duplicados em pesquisa e desenvolvimento ao mesmo tempo em que reforçam os incentivos à realização de novas pesquisas, promovem a inovação incremental, facilitam a disseminação da tecnologia e, por fim, fomentam a concorrência no mercado dos produtos pertinentes.<sup>102</sup>

Destarte, o Regulamento (UE) nº. 316/2014 dispõe que o artigo 101.1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia celebrados entre (apenas) duas empresas, as quais, se forem concorrentes, não detenham participação conjunta no mercado relevante superior a 20% e, se não forem concorrentes, devem possuir um *market share* agregado não superior a 30% no mercado relevante.<sup>103</sup> Essa demarcação deve-se à inferência de que quanto maior o poder de mercado das partes (aqui representado pela *proxy* do *market share*), menores as chances de que os efeitos pró-competitivos esperados dos contratos de licenciamento se concretizem.<sup>104</sup>

O regulamento estabelece, todavia, que a isenção não será aplicável ao licenciamento firmado entre concorrentes quando houver no contrato (direta ou indiretamente, isolada ou em conjunto com outros fatores) determinadas cláusulas consideradas como “restrições graves”, a exemplo das seguintes limitações: controle de preços para venda dos produtos a terceiros,

---

<sup>101</sup> JOHANSSON, Camilla. **Licensing in the perspective of EC Competition Law**. Master thesis, School of Economics and Commercial Law. Göteborg University. P. 50.

<sup>102</sup> Considerando 4 do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

<sup>103</sup> Art. 3º do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

<sup>104</sup> Considerando 5 do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

impedimentos para que o licenciado possa explorar suas próprias tecnologias ou pesquise o desenvolvimento de novas tecnologias, limitações de produção que não digam respeito aos produtos que apliquem a tecnologia licenciada e a repartição de mercados e clientes (admitindo-se exceções quanto a esta última, a exemplo da definição de territórios para licenciados exclusivos). *Mutatis mutandis*, restrições semelhantes são aplicáveis aos licenciamentos entre não concorrentes, conquanto se admita a imposição de preço máximo, ou a recomendação de preço de referência, e se interditem limitações territoriais da licença, com algumas exceções (a exemplo da reserva de território ao próprio licenciante).<sup>105</sup>

Da mesma forma, o regulamento exclui expressamente de sua isenção quaisquer obrigações, fixadas direta ou indiretamente, que proíbam que uma das partes questione a validade de direitos de propriedade intelectual de titularidade da outra, e que imponham ao licenciado o dever de ceder ou licenciar com exclusividade ao licenciante (ou a terceiro por este designado) melhoramentos ou novas aplicações da tecnologia licenciada que forem desenvolvidas pelo licenciado.<sup>106</sup>

Por fim, o regulamento ressalva ainda que a sua isenção poderá ser retirada em casos individuais pela Comissão, sempre que se verificar que o contrato em questão produz efeitos incompatíveis com o artigo 101.3, do Tratado, a saber, quando houver restrição do acesso de tecnologias de terceiros ao mercado e quando houver restrição do acesso de potenciais licenciados ao mercado, situações essas que podem decorrer do efeito cumulativo de outros contratos.<sup>107</sup>

Caso um determinado contrato não se enquadre nos critérios do Regulamento (UE) n.º 316/2014 da Comissão para usufruir da isenção do artigo 101.3 do Tratado, a Comissão poderá, de ofício, declarar através de decisão a inaplicabilidade do artigo 101.1 do Tratado a um determinado acordo ou prática, conforme dispõe o artigo 10 do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho.<sup>108</sup>

Assim, em resumo, contando com limiares de *market share* que objetivam impedir a aplicação das benesses do regulamento para partes com presumido poder de mercado, a

<sup>105</sup> Art. 4.º do Regulamento (UE) n.º 316/2014.

<sup>106</sup> Art. 5.º do Regulamento (UE) n.º 316/2014.

<sup>107</sup> Art. 6.º do Regulamento (UE) n.º 316/2014.

<sup>108</sup> “Sempre que o interesse público comunitário relacionado com a aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado assim o exija, a Comissão, pode, através de decisão, declarar oficiosamente que o artigo 81.º do Tratado não se aplica a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada, quer por não estarem preenchidas as condições do n.º 1 do artigo 81.º do Tratado, quer por estarem preenchidas as condições do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”.

legislação antitruste europeia adota a posição de que contratos de licenciamento de propriedade intelectual produzem efeitos pró-competitivos que, em geral, superam eventuais restrições à livre concorrência advindas desses mesmos acordos, motivo pelo qual vigora a isenção do controle repressivo para essa categoria, nos termos do permissivo do tratado.

## 2. DOS CONTRATOS ASSOCIATIVOS

### 2.1. Visão geral

A expressão “contratos associativos” refere-se a uma das hipóteses de ato de concentração econômica previstas no artigo 90 da atual Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº. 12.529 de 2011 – LDC).

Pela sistemática do controle de estruturas estabelecida no artigo 88 da lei, devem ser submetidos à análise do CADE os atos de concentração econômica nos quais, cumulativamente, “pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$400.000.000,00” e “pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$30.000.000,00”. Conforme autorizado pelo §1º, do mesmo artigo, esses valores foram atualizados pela Portaria Interministerial nº. 994 de 30 de maio de 2012, dos ministérios da Justiça e da Fazenda, passando a ser, respectivamente, 750 milhões e 75 milhões de reais.

Assim, nos termos do §2º, do artigo 88, o CADE realizará um controle prévio dos atos de concentração nos quais as partes contratantes atendam a esses patamares mínimos de faturamento, podendo aprovar sem ressalvas, aprovar condicionado a restrições ou reprovar a operação (art. 61, *caput*, da LDC). Logo, operações de concentração econômica cujas partes não alcancem os níveis de faturamento acima não precisam ser notificadas para apreciação prévia e autorização pelo CADE, ficando ressalvada, no entanto, a faculdade do CADE de requerer a submissão dessas operações no prazo de um ano contado da consumação (art. 88, §7º, LDC).

Estabelecido o critério objetivo de faturamento pelas partes para a submissão dos atos de concentração econômica ao controle prévio da autoridade antitruste, resta convencionar quais seriam as operações sujeitas a esse controle estrutural. Em outras palavras, resta definir quais seriam os atos de concentração de notificação obrigatória ao CADE.<sup>109</sup>

---

<sup>109</sup> “A identificação das operações de notificação obrigatória ao CADE envolve dois estágios: a caracterização como um *ato de concentração*, nos termos do art. 90 (...); e a identificação dos *faturamentos dos grupos das empresas envolvidas no ato de concentração*” (grifos do original). Cf. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva;



Ao contrário de nossa legislação antitruste anterior (Lei nº. 8.884 de 1994), que definia os atos sujeitos ao controle do CADE, conquanto de forma vaga e aberta, conforme veremos adiante (vide art. 54, *caput* e §3º), a atual Lei de Defesa da Concorrência, tendo em vista que “*é desejável que o controle de estruturas seja seletivo e tenha como objeto situações associadas a grandes preocupações concorrenciais*”,<sup>110</sup> lista *numerus clausus* as hipóteses que configuram ato de concentração sujeito à aprovação prévia pelo CADE.<sup>111</sup> Assim, o artigo 90 da lei estatui:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

A leitura do dispositivo acima revela que praticamente todas as hipóteses de ato de concentração contempladas na lei referem-se a operações de natureza societária. Assim, afora a aquisição de ativos em geral (inciso II), encontram-se previstas operações de *mergers*, que são as fusões e incorporações (incisos I e III), e *acquisitions*, que são as aquisições de controle ou de partes de empresa (inciso II). Por fim, prevê-se ainda a formação de consórcios como ato de concentração (inciso IV), exceto se “*destinados às licitações promovidas pela administração pública*” (art. 90, parágrafo único, LDC).

Embora existam controvérsias a respeito da notificação de aquisições de participações não majoritárias, o CADE buscou saná-las por meio de sua Resolução nº. 2 de 2012 (hoje atualizada pela Resolução nº. 9 de 2014), cujos artigos 9º e 10 fixam critérios objetivos para estabelecer as hipóteses de obrigatoriedade de submissão dessas aquisições. Sendo assim, regulamentada a questão das aquisições, pode-se dizer que as operações societárias mencionadas acima, conquanto suscitem alguns debates, não trazem dúvidas assaz intrincadas no que se refere à submissão delas ao controle de estruturas, porquanto constituem institutos

---

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 59.

<sup>110</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 113.

<sup>111</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 438.

jurídicos que já possuem previsão legal sedimentada em legislação própria.<sup>112</sup> Como afirma Luiza Kharmandayan, que foi assessora da presidência no CADE, por mais que possa haver certas zonas cinzentas, “*tratam-se de noções familiares ao direito concorrencial ou cujo sentido é notório*”.<sup>113</sup>

Em contraste, porém, encontramos dentre as hipóteses de ato de concentração do artigo 90 as “*joint ventures*” e os chamados “contratos associativos” (inciso IV), que não foram definidos pelo legislador em nenhuma outra parte da Lei de Defesa da Concorrência de 2011 ou alhures no ordenamento jurídico.<sup>114</sup> Trata-se, pois, de conceito novo ao Direito Antitruste e ainda incipiente também nos demais ramos do Direito, que não oferecem maiores esclarecimentos a seu respeito.<sup>115</sup> Embora não haja “*maiores dúvidas de que podem ser considerados atos de concentração*”, resta a questão de “*saber que contratos se enquadram nessa categoria*”<sup>116</sup> em meio à miríade de contratos celebrados entre os agentes econômicos que não oferecem quaisquer riscos à livre concorrência.<sup>117</sup>

Seguindo a tipologia proposta por Calixto Salomão Filho ainda na vigência da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, pode-se afirmar que as operações societárias elencadas nos incisos I, II e III do artigo 90, da atual Lei de Defesa da Concorrência configuram “concentração empresarial”, na medida em que, com exceção das aquisições de participação minoritária,<sup>118</sup> criam um único centro de decisão ou ensejam controle compartilhado. Deste feitio, elas instituem uma “*mudança estrutural duradoura nas empresas*”, pela qual se autoriza considerar que as partes anteriormente independentes passaram a constituir um único agente econômico

<sup>112</sup> Vide os artigos 1.116 e 1.119 do Código Civil (Lei nº. 10.406 de 2002) e os artigos 227, 228 e 278 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404 de 1976).

<sup>113</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 407.

<sup>114</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 55. Sem embargo, vale anotar que a Resolução nº. 15 de 1998 do CADE já mencionava as *joint ventures* como hipótese de ato de concentração de notificação obrigatória (item II.1 do Anexo I da referida norma).

<sup>115</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 408.

<sup>116</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 122.

<sup>117</sup> Como reconhece Carlos Ragazzo, “*no Brasil, existe ainda alguma dúvida com relação a quais operações (ou mesmo contratos) devem ser apresentadas para análise*”. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. P. 173.

<sup>118</sup> Embora não possam ser caracterizadas de plano como concentração empresarial no sentido proposto por Salomão Filho, dado que não necessariamente originam um único centro decisório, as aquisições de participação minoritária ainda assim podem vir a ensejar concentração econômica, o que decorreria das situações de “*influência dominante*”. A esse respeito, conferir: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 281 e seguintes.

no mercado,<sup>119</sup> o que justifica a submissão dessas operações ao controle de estruturas. Na sistemática legislativa hodierna, essas concentrações serão relevantes do ponto de vista do controle preventivo sempre que as partes envolvidas se enquadrarem nos parâmetros de faturamento mencionados acima.

De outro lado, segundo a mesma tipologia, as hipóteses do inciso IV, do artigo 90, consistem em casos de “cooperação empresarial”, porquanto cuidam da uniformização de certos comportamentos ou de atividade conjunta realizada por partes independentes.<sup>120</sup> Para Calixto Salomão, enquanto a mera realização de uma concentração empresarial já é capaz de eliminar a concorrência, uma vez que leva à supressão de um concorrente, é a natureza específica de cada acordo de cooperação que determina se haverá restrições à concorrência ou não.<sup>121</sup> Por este motivo, Paulo Todescan anota que a qualificação de uma cooperação empresarial no que se refere aos seus efeitos concorrenciais perpassa necessariamente pela análise do conteúdo do acordo e pela verificação do grau de limitação à concorrência provocado, o que deve ser feito levando-se em consideração o poder de mercado das partes envolvidas.<sup>122</sup>

Assim, contratos de cooperação ocupam uma posição intermediária entre as operações submetidas ao controle de estruturas e os casos levados ao controle de condutas.<sup>123</sup> Nesse sentido, Paula Forgioni aponta os potenciais efeitos prejudiciais à livre concorrência que podem advir desses acordos de cooperação entre agentes econômicos, sejam eles concorrentes ou não:

“Os acordos entre os agentes econômicos tendem, muitas vezes, a viabilizar a reprodução de condições monopolísticas e, por essa razão, são tradicionalmente regulamentados pelas legislações antitruste. A união entre agentes (concorrentes ou não) é capaz de dar lugar a poder econômico tal que permita aos partícipes desfrutar de posição de indiferença e independência em relação aos outras empresas [*sic*], impactando o funcionamento do mercado. Os acordos podem diminuir as oportunidades de negócios para os não participantes, excluindo-os ou prejudicando-os no jogo concorrencial”.<sup>124</sup>

<sup>119</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 267-268.

<sup>120</sup> *Ibid.* P. 267.

<sup>121</sup> *Ibid.* P. 362.

<sup>122</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia**: estudos para o debate brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 157-158.

<sup>123</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 239.

<sup>124</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P.347-348.

Nem todos os casos de cooperação empresarial, contudo, podem ser considerados atos de concentração econômica para efeitos de submissão ao controle de estruturas, pois a simples cooperação entre agentes não é suficiente para se pressupor a formação de uma nova estrutura que potencial ou efetivamente restrinja a livre concorrência. É o que pontua Deborah Caixeta, que foi assistente técnica no CADE, ao mencionar as críticas que são dirigidas à sujeição de acordos de cooperação ao controle de estruturas, porquanto, “*dentro dessa modalidade, é difícil traçar uma linha exata que distinga os atos ordinários empregados pelas empresas no curso normal do negócio, daqueles atos que de fato tem relevância para o direito da concorrência*”.<sup>125</sup>

Nos Estados Unidos, essa fronteira foi explorada pelas *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors* editadas pelo DOJ e pela FTC em abril de 2000. Segundo as diretrizes americanas, há uma série de fatores que ajudam a distinguir uma colaboração de um ato de concentração, a exemplo da duração e da permanência da competição entre as partes: enquanto acordos de colaboração costumam preservar algum grau de competição e ter duração limitada, concentrações eliminam completamente a concorrência entre as partes e são planejadas para produzir efeitos permanentes.<sup>126</sup>

Em geral, os contratos de cooperação visam ao estabelecimento de uma relação mais ou menos contínua e estável entre as partes. No entanto, dentro dessa configuração abrangente, eles tanto podem propiciar a organização e a estruturação de uma atividade econômica independente e comum entre os contratantes, que passarão a atuar de forma conjunta no mercado, quanto ensejar transações meramente sinalagmáticas, que não extrapolam simples permutas, nas quais, apesar da cooperação, persistem objetivos contrapostos entre as partes.<sup>127</sup> Para efeitos de submissão do contrato ao controle de estruturas, esta última hipótese não se afigura justificável.

<sup>125</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 96.

<sup>126</sup> Ainda segundo as diretrizes, “*the Agencies treat a competitor collaboration as a horizontal merger in a relevant market and analyze the collaboration pursuant to the Horizontal Merger Guidelines if appropriate, which ordinarily is when: (a) the participants are competitors in that relevant market; (b) the formation of the collaboration involves an efficiency-enhancing integration of economic activity in the relevant market; (c) the integration eliminates all competition among the participants in the relevant market; and (d) the collaboration does not terminate within a sufficiently limited period by its own specific and express terms*”. Cf. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. 2000. Item 1.3.

<sup>127</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 237.

Do ponto de vista prático, não seria viável que o CADE analisasse, em sede de controle de estruturas, todo e qualquer contrato celebrado entre empresas que ultrapassem os patamares legais de faturamento.<sup>128</sup> Sendo assim, é necessário interpretar a Lei para determinar quais contratos constituem apenas negócios jurídicos inofensivos do dia a dia e quais contratos deverão ser de notificação obrigatória ao CADE por serem, nos termos do art. 90, IV, LDC, “associativos” e, portanto, representarem maiores riscos à livre concorrência segundo o entendimento do legislador de 2011.

Numa perspectiva histórica, Luiza Kharmandayan sublinha que a previsão dos contratos associativos na Lei de Defesa da Concorrência de 2011 não se deu por acaso, uma vez que está diretamente relacionada à experiência do CADE com a notificação e a análise de contratos sob a égide da Lei de 1994, conforme será tratado em detalhes adiante. *In verbis*:

“A adoção desse conceito não foi aleatória. Dada a amplitude dos critérios vigentes sob a antiga lei, diversos contratos eram notificados ao Cade como ato de concentração. Ademais, conforme a jurisprudência demonstra, uma série deles apresentava riscos concorrenciais que mereciam a análise da autoridade. A inserção do conceito de contratos associativos, portanto, se pretendia em linha com as demais modificações levadas a cabo pela nova lei, na medida em que visava conferir mais previsibilidade quanto a quais contratos deveriam ser notificados à autoridade antitruste”.<sup>129</sup>

Portanto, embora não a tenha definido, o art. 90 da lei instituiu uma categoria de contratos cuja celebração atrai o controle antitruste de estruturas, deixando de relegar o controle antitruste sobre esses acordos apenas à vertente repressiva do controle de condutas anticompetitivas. Vale dizer, a lei trata aqui dessa categoria de contratos como ato estrutural, sujeito ao controle preventivo, *a priori*, de concentrações econômicas, e não como objeto material de condutas anticoncorrenciais, que, constituindo infração da ordem econômica, ficam sujeitas ao controle repressivo, *a posteriori*, da autoridade antitruste.<sup>130</sup> Conforme posto na

<sup>128</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 117.

<sup>129</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 407.

<sup>130</sup> Conforme será tratado adiante, uma das discussões que permeou precedentes importantes no CADE foi justamente a indagação se contratos de licenciamento não exclusivo de direitos de propriedade intelectual deveriam ser objeto do controle *a posteriori* de condutas ou do controle prévio de estruturas. Destarte, no Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, entre Bayer S.A. e Monsanto do Brasil Ltda., por exemplo, a Superintendência-Geral do CADE não conheceu da operação, um contrato de licenciamento não exclusivo de tecnologia da Monsanto para a Bayer, com base, dentre outros argumentos, no entendimento de que o controle repressivo de infrações à ordem econômica seria mais adequado do que a vertente preventiva do direito antitruste

Introdução, nosso objetivo será verificar a necessidade e a adequação da submissão de contratos envolvendo propriedade intelectual a esse controle preventivo, tendo em vista que, dependendo do que o CADE vier a aprovar, pode-se acabar legitimando uma série de condutas.

A indefinição que permeia a notificação de contratos sob a égide da atual Lei de Defesa da Concorrência provocou uma intensa demanda por parte do setor privado para que a questão fosse regulamentada e esclarecida,<sup>131</sup> o que levou o CADE, passados dois anos de vigência da lei e o julgamento, nesse meio tempo, de alguns precedentes importantes pelo Tribunal da autarquia, a editar uma resolução com o intuito de fixar critérios para definir quais contratos seriam de notificação obrigatória: a Resolução nº. 10 de 2014, que, após consulta pública, foi revogada e substituída posteriormente pela atual Resolução nº. 17 de 2016, que segue em vigor. Essas duas resoluções serão abordadas mais adiante, em seções específicas.

Paulo Leonardo Casagrande, ao especular acerca do sentido da expressão “contrato associativo”, afirmou que “*o termo parece fazer referência ao conceito de ‘contratti associativi’, desenvolvido pela doutrina comercialista italiana para se referir a instrumentos que formalizam regras quanto ao desempenho de atividade conjunta pelas partes, por meio de uma organização especializada como uma sociedade empresarial ou associação*”.<sup>132</sup>

Ainda com base na literatura italiana, Anna Luiza Duarte Maiello aponta que o “fenômeno associativo” é identificado como uma categoria especial de contratos nos quais há uma comunhão de escopo entre as partes, em contraposição aos contratos de troca ou permuta. Nestes, cada contratante perseguiria objetivos contrapostos, a prestação de um indo de encontro à vantagem do outro. Naqueles, por outro lado, as prestações das partes são preordenadas para a realização do escopo em comum assumido por elas. Assim, “*a função do contrato não se exaure com a execução das obrigações das partes, a qual constitui, na verdade, a premissa para outra atividade, a realização da finalidade do contrato*”.<sup>133</sup>

Seguindo por esta linha, Ana Frazão defende que é preciso diferenciar os contratos associativos dos contratos tradicionais de troca, permuta ou intercâmbio em geral e, sobretudo, dos “contratos relacionais”, que seriam uma terceira via entre a empresa e o mercado (*make or*

---

para controlar esses contratos. O Tribunal do CADE, contudo, avocou o processo e conheceu a operação para aprová-la com restrições.

<sup>131</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 403.

<sup>132</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. P. 242-243.

<sup>133</sup> MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2012. P. 110.

*buy*), no sentido de que proporcionam soluções de cooperação entre as partes que buscam o equilíbrio entre, de um lado, a estabilidade da empresa, que representaria a produção dentro da própria organização empresarial, e, de outro lado, a flexibilidade do mercado, que representaria a possibilidade de aquisição do insumo em questão de um terceiro fornecedor. Destarte, os contratos relacionais, como solução intermediária entre empresa e mercado, proporcionariam às partes maior adaptabilidade a situações futuras. Os contratos associativos, por sua vez, ultrapassariam o grau de cooperação presente nos contratos relacionais, na medida em que eles criariam uma nova estrutura empresarial – o que os torna, naturalmente, sujeitos ao controle antitruste de estruturas.<sup>134</sup> A distinção entre os contratos relacionais em geral e os contratos associativos residiria, essencialmente, no fato de que estes últimos apresentariam (a) um fim em comum e (b) algum tipo de organização entre as partes.

Assim, para Frazão, a principal característica dos contratos associativos seria a existência de um propósito comum entre os contratantes. Ao contrário dos habituais contratos sinalagmáticos, nos quais cada parte satisfaz as necessidades da outra por meio de sua contraprestação, nos contratos associativos os contratantes satisfazem uma necessidade comum, tendo em vista que compartilham do mesmo objetivo.<sup>135</sup> A cooperação entre as partes deixa de ser um dever lateral, típico da boa-fé objetiva que deve permear todos os contratos, e passa a corresponder à “*própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na consecução de um fim comum e da assunção de uma álea comum*”.<sup>136</sup>

Além do escopo comum, os contratos associativos também seriam caracterizados, segundo Ana Frazão, por apresentar um aspecto organizacional diferenciado. Esse elemento organizativo seria o pressuposto inerente dos contratos associativos que “*assegura a viabilidade da execução do fim comum*”. Destarte, as partes estruturariam uma organização comum para atender ao seu propósito compartilhado, sendo ela “*um dos aspectos importantes para se compreender como os contratos associativos são capazes de criar, na prática, uma empresa comum*”.<sup>137</sup>

Destarte, para Ana Frazão, os critérios identificadores de uma nova estrutura, formada através de um contrato associativo, seriam, em síntese, “*a existência de um fim comum e de uma estrutura organizativa mínima para assegurar o cumprimento de tal fim*”, os quais

---

<sup>134</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 203, 206 e 209.

<sup>135</sup> *Ibid.* P. 210-211.

<sup>136</sup> *Ibid.* P. 212.

<sup>137</sup> *Ibid.* P. 213.

denotam um grau de cooperação aprofundado entre os contratantes. Esse vínculo ensejaria a formação de um novo empreendimento econômico sob direção comum, o que justifica a sujeição desses contratos ao controle de estruturas.<sup>138</sup>

Deborah Batista Caixeta, em artigo dedicado à conceituação dos contratos associativos enquanto categoria de ato de concentração, parte do mesmo arcabouço teórico empregado por Ana Frazão, segundo o qual, hodiernamente, acordos de cooperação refletem a superação da lógica dicotômica tradicional do *make or buy*, que, conforme visto acima, simboliza as opções de, respectivamente, produzir internamente ou adquirir bens e serviços no mercado.<sup>139</sup> Destarte, o cenário contemporâneo é marcado pelo surgimento de modalidades contratuais mais flexíveis de organização da atividade econômica, que representam uma terceira via entre a empresa e o mercado. Esses modelos alternativos preservam as vantagens da flexibilidade e da redução de custos oferecidas pelas opções de mercado, ao mesmo tempo em que garantem a estabilidade típica da empresa.<sup>140</sup> Nesse contexto, esses acordos levantam preocupações concorrenciais na medida em que possuem a capacidade de modificar a estrutura competitiva do mercado.<sup>141</sup>

No entanto, Deborah Caixeta sustenta que, para estar sujeito ao controle antitruste de estruturas, um acordo de cooperação deve exprimir uma “cooperação qualificada”, isto é, implicar elementos concentrativos. Tal caráter concentrativo far-se-ia presente por meio da fixação de um escopo comum entre as partes e pela formação de uma nova unidade empresarial, decorrente da perda relativa de autonomia implícita no fim comum acertado. Esse fenômeno ocorreria em todas as hipóteses de ato de concentração listadas no inciso IV, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência.<sup>142</sup>

Sendo assim, dentre as muitas possibilidades de contratos híbridos, isto é, aqueles que se situam entre o extremo dos contratos comutativos, que estabelecem uma relação bilateral de troca pura e simples de contraprestações, e a extremidade dos contratos de sociedade, caracterizados pela instituição de uma hierarquia e pela convergência de interesses para a consecução de um fim comum, é preciso distinguir quais contratos cooperativos seriam, tal como os consórcios e as *joint ventures*, relevantes para o controle de estruturas brasileiro, uma vez que se enquadram na categoria de “contratos associativos” prevista na Lei.<sup>143</sup>

---

<sup>138</sup> *Ibid.* P. 214.

<sup>139</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº. 1, Maio 2016. P. 98.

<sup>140</sup> *Ibid.* P. 98-99.

<sup>141</sup> *Ibid.* P. 101.

<sup>142</sup> *Ibid.* P. 102-103.

<sup>143</sup> *Ibid.* P. 109-110.



Nesse sentido, para Deborah Caixeta, contratos associativos seriam “*qualquer relação contratual que apresente: (i) uma cooperação estável e (ii) um escopo comum entre as partes relacionadas*”.<sup>144</sup> Assim, estabilidade na relação e comunhão de fins seriam os elementos essenciais que traduziriam a natureza associativa de um contrato de cooperação para a autora, que sublinha na sequência que:

“Nestes contratos, na medida em que as partes se associam para lograr um fim comum, é possível verificar que as suas necessidades são as mesmas ou muito próximas, havendo entre as contratantes uma solidariedade de interesses em que as vantagens de uma são as vantagens da outra. Por tal razão entende-se que o fim comum estabelece uma forma de integração empresarial, resultando, assim, em uma unidade empresarial no que se refere ao objetivo em comum.

Considerando o conceito proposto, os contratos associativos são, portanto, objeto de controle concorrencial de estruturas na medida em que resultam formas de concentração por cooperação, já que resultam na formação de uma nova unidade empresarial, em razão da perda da autonomia econômica preexistente entre as partes relacionadas em função do objetivo fixado entre elas”.<sup>145</sup>

Para Anna Binotto, a delimitação dos contratos de cooperação que devem ser submetidos ao controle de estruturas perpassa a categorização dos contratos a partir da intenção das partes, do grau de vinculação entre elas e da função econômica do contrato. Nesse sentido, os contratos associativos seriam aqueles acordos de cooperação em que predomina a função econômica de organização, esta entendida como o exercício de influência concorrencial recíproca de uma parte sobre as atividades da outra no âmbito do desenvolvimento de um empreendimento econômico conjunto. Essa perda de autonomia relativa das partes decorreria do compartilhamento de um objetivo comum entre elas, que traduziria um “ímpeto de concentração empresarial” que fundamenta a sujeição desses contratos ao controle preventivo. “*Seria, portanto, pela identificação deste propósito comum que se diferenciariam os contratos associativos dos demais contratos de cooperação e relação*”.<sup>146</sup>

Paula Forgioni também ressalta a presença de um escopo comum como principal elemento dos contratos associativos. Segundo a Forgioni, embora inexista definição legal ou consenso na literatura, contratos associativos e *joint ventures* ocorrem quando empresas se associam para realizar um determinado empreendimento acordado entre elas, geralmente uma

---

<sup>144</sup> *Ibid.* P. 114.

<sup>145</sup> *Ibid.* P. 114.

<sup>146</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 240-241.

atividade que visa ao lucro. As partes nesses contratos “*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 são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste*”.<sup>147</sup>

Exemplificando os efeitos normalmente derivados dos contratos associativos, que ensejam as preocupações concorrenciais apontadas acima, Eduardo Caminati Anders, nos seus comentários à Lei de Defesa da Concorrência, anota que

“a associação entre empresas por meio de um contrato associativo proporciona, em regra, o compartilhamento de informações e/ou infraestrutura que podem ter aptidão de interferir no comportamento das partes do negócio jurídico no(s) mercado(s) de atuação, ou ainda no comportamento delas com terceiros (concorrentes, clientes, fornecedores, entre outros)”.<sup>148</sup>

Sendo assim, constata-se a partir da literatura que esses contratos ensejam preocupações concorrenciais, a despeito de ainda carecerem de uma delimitação precisa de sua categoria. Logo, antes de avançar no objetivo de discutir o enquadramento dos contratos envolvendo propriedade intelectual no seu âmbito, faz-se necessário propor uma conceituação para os contratos associativos, na esteira da doutrina acima. Sem embargo, esse exercício de definição não pode prescindir de uma diferenciação dos contratos associativos das demais espécies de ato de concentração previstas no inciso IV, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência, motivo pelo qual essa distinção será o objeto das reflexões subsequentes, que antecedem o conceito proposto.

## **2.2. Distinção dos contratos associativos das demais hipóteses do inciso IV, do artigo 90, da Lei nº. 12.529 de 2011**

Deveras contribui para melhor delimitar os contratos associativos distingui-los das demais hipóteses de ato de concentração que com eles dividem espaço no inciso IV, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência, o que há de ser feito antes de se propor uma conceituação.

<sup>147</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª ed. São Paulo: RT, 2016. P. 418.

<sup>148</sup> CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 205.

Com efeito, os demais incisos do referido dispositivo cuidam de hipóteses que não se confundem com os contratos associativos, tendo em vista que enunciam, conforme verificado acima, operações de natureza societária (*mergers & acquisitions*) e a aquisição pura e simples de ativos em geral. Por outro lado, as situações que coabitam o inciso IV com os contratos associativos, vale dizer, consórcios e *joint ventures*, guardam incontornáveis semelhanças com eles, conforme será tratado adiante, o que justifica a demarcação pretendida nesta seção.

As aludidas semelhanças entre, de um lado, os contratos associativos e, de outro, os consórcios e as *joint ventures*, levaram Ana Frazão a propor que aqueles seriam o gênero, do qual estes últimos seriam as espécies.<sup>149</sup> Logo, dada essa relação taxonômica, infere-se que os consórcios e as *joint ventures* compartilham das características essenciais dos contratos associativos escaladas pela autora, quais sejam, uma cooperação qualificada entre as partes voltada para o atingimento de um objetivo comum, a qual se concretiza através de uma estrutura organizativa capaz de pô-lo em prática. Sem prejuízo, por serem espécie, deteriam características adicionais que, sem extrapolar o gênero, permitiriam diferenciá-los.

Nesse mesmo sentido, o conselheiro do CADE Alessandro Octaviani Luis, ao relatar o Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, aduziu em seu voto que as características gerais, mas não exaustivas ou exclusivas, das modalidades contratuais elencadas no inciso IV, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência são: (i) a comunhão de interesses e (ii) o exercício de empreendimento comum por meio da (iii) coordenação de atividades empresariais, com o (iv) compartilhamento dos riscos da atividade.

A vagueza da expressão “contratos associativos”, que a torna assaz abrangente, e as características dos consórcios e *joint ventures*, que, conforme será visto adiante, autorizam o abrigo deles sob o teto comum do contrato associativo, nos levam a concordar com a especificação pugnada por Ana Frazão. Destarte, consideraremos os consórcios e *joint ventures* como espécies do gênero contrato associativo.

Encetando as elucubrações desta seção pelos consórcios, é mister aduzir que se trata de figura prevista na Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº. 6.404 de 1976 – LSA), que encerra breve regulamentação do instituto. Assim, tal como se sucede com as operações societárias dos demais incisos do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência (fusão, incorporação, aquisição de controle ou de participação), não há grandes controvérsias na individualização dos

---

<sup>149</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 201.

consórcios e, por conseguinte, na aplicação da lei, tendo em vista a sua tipicidade. Dispõe, pois, o artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas que:

Art. 278. As companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento, observado o disposto neste Capítulo.

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

Depreende-se da leitura do dispositivo acima que a constituição de consórcios, que não dão origem a uma nova pessoa jurídica, objetiva a realização de empreendimento comum por partes que, conquanto se associem, permanecem independentes entre si. José Edwaldo Tavares Borba destaca esse caráter mais restrito dos consórcios ao compará-los com os grupos societários (art. 265 e seguintes, LSA): *“Enquanto a formação de grupo tem um sentido amplo e abrangente, o consórcio, que também é um contrato entre sociedades, restringe-se à conjugação de empresas para a execução de empreendimento determinado”*.<sup>150</sup>

O empreendimento comum e específico que constitui o objeto do consórcio, embora não leve à criação de uma nova pessoa jurídica, decerto pressupõe algum grau de organização conjunta para a realização do seu propósito. Essa necessidade é pontuada por Borba ao consignar que *“as empresas consorciadas, por se aplicarem, em conjunto, ao empreendimento, necessitam, normalmente, de uma coordenação comum”*.<sup>151</sup> Assim, *“os consorciados ou consortes, em decorrência do contrato que celebraram entre si, assumem obrigações e encargos que se destinam à viabilização do empreendimento que se propuseram realizar”*.<sup>152</sup>

Logo, dada a comunhão de escopo e a presença de uma estrutura organizativa, verifica-se de plano a adequação da inserção dos consórcios na tipologia dos contratos associativos, tal como proposto por Ana Frazão, para quem *“não há maiores discussões no sentido de que os consórcios são efetivamente um contrato associativo”*.<sup>153</sup>

<sup>150</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. P. 528.

<sup>151</sup> *Ibid.* P. 529.

<sup>152</sup> *Ibid.* P. 528.

<sup>153</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 215.

Essa mesma facilidade prática e conceitual, todavia, já não se sucede no campo dos contratos de *joint venture*, que são atípicos. Assim, na ausência de uma definição legal, há que se recorrer à literatura.

Luciano Timm, Rafael Ribeiro e Angela Estrella apresentam a *joint venture* como “uma figura jurídica que pode ser entendida como contrato de colaboração empresarial”. Essa colaboração teria como característica principal a “realização de um projeto comum, por prazo definido”. Assim, “o contrato é celebrado entre duas ou mais pessoas jurídicas que se associam, criando ou não uma nova empresa, para realizar uma atividade econômica produtiva ou de serviços, com fins lucrativos”.<sup>154</sup>

Como sublinhado acima, as *joint ventures* podem ser meramente contratuais (*non-corporate*) ou dar azo à criação de novas pessoas jurídicas (*corporate*).<sup>155</sup> Ao originar uma nova sociedade, a distinção da *corporate joint venture* do gênero contrato associativo fica assaz clara, pois esse é um resultado que não decorre automaticamente de qualquer associação. O maior desafio, portanto, reside na diferenciação das *non-corporate joint ventures* do gênero dos contratos associativos.

À citada colaboração para um projeto comum, Matteo Arcari acrescenta a necessidade de uma integração funcional entre partes para realizá-lo como elemento caracterizador da *joint venture*, que,

“apesar do termo vago e que possa significar atualmente quase todas as formas de cooperação em empresas, é normalmente referido como um acordo de parceria visando a consecução de um projeto em conjunto, cuja importância ou complexidade reclamam a integração funcional, caso contrário dificilmente se concretiza o empreendimento”.<sup>156</sup>

Destarte, para o autor,

“Pode-se conceituar a *joint venture* como uma associação de pessoas físicas ou jurídicas, que se engajam num negócio particular, visando o lucro, onde exista uma verdadeira comunidade de interesses, onde se repartam os lucros e prejuízos, com

<sup>154</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 94.

<sup>155</sup> BASSO, Maristela. **Joint Ventures**: manual prático das associações empresariais. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 43.

<sup>156</sup> In: NIARADI, George Augusto (coord). **Contratos Internacionais**: aspectos gerais e com o poder público. São Paulo: Lex, 2008. P. 43.

possível direito de controle de uma das partes, tudo previamente ajustado em contrato escrito”.<sup>157</sup>

Maristela Basso destaca a natureza associativa das *joint ventures* ao descrevê-las como “*mecanismos de cooperação entre empresas, que não têm forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual: possuem natureza associativa (partilha dos meios e dos riscos), podendo apresentar objetivos e duração limitados ou ilimitados*”.<sup>158</sup> Assim, para a autora, a característica primordial de uma *joint venture* é a realização de um empreendimento comum por empresas independentes, que cooperam para esse fim.<sup>159</sup>

Nesse mesmo sentido, Ana Michavila Núñez também acentua a autonomia das partes ao caracterizar as *joint ventures* como “*la colaboración entre empresas para la realización de un proyecto o actividad determinados, que se caracteriza por que las partes mantienen su autonomía y comparten el control sobre el negocio común*”.<sup>160</sup> A seu turno, Deborah Batista Caixeta aduz que, a despeito dessa autonomia, as partes estabelecem uma estrutura própria de organização do empreendimento, cujo intuito é permitir o compartilhamento dos riscos da atividade conjunta.<sup>161</sup>

Após chamarem a atenção para a amplitude da expressão *joint venture*, “*figura genérica que se refere a uma enorme variedade de negócios, sejam eles de natureza concentrativa ou colaborativa, com união estável de interesses de duas ou mais empresas ou apenas alinhamentos pontuais e efêmeros entre elas, com ou sem estruturação de estrutura empresarial autônoma*”,<sup>162</sup> Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande defendem que somente deveriam ser notificados ao CADE os consórcios e *joint ventures* que efetivamente configurassem ato de concentração, oferecendo, pois, riscos à livre concorrência. Assim, os autores consignam que:

“O fator primordial a ser considerado para a caracterização de um “consórcio ou *joint venture*” como um ato de concentração deveria ser o *desenvolvimento de atividade econômica autônoma* como objeto desses instrumentos, com correlatos elementos de

<sup>157</sup> *Ibid.* P. 45.

<sup>158</sup> BASSO, Maristela. **Joint Ventures**: manual prático das associações empresariais. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. P. 42.

<sup>159</sup> *Ibid.* P. 39.

<sup>160</sup> NÚÑEZ, Ana Michavila. **La joint venture contractual en el ámbito internacional**. In: Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI, nº 27. Junho 2014. P. 03.

<sup>161</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 106.

<sup>162</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 57.

*institucionalização* para conferir à atividade algum grau de estabilidade ao longo do tempo. Com isso, as hipóteses do inciso IV estariam em linha com aquelas dos primeiros três incisos do art. 88, as quais claramente apresentam eventos empresariais em que há efetiva concentração empresarial, com estruturação de vínculos duradouros entre empresas independentes ou unificação permanente de centros decisórios”.<sup>163</sup>

Ana Frazão leciona que o termo *joint venture* indica a “*associação entre duas ou mais empresas que, embora mantenham sua independência e autonomia e não constituam propriamente um grupo societário, unem-se para o exercício de uma empresa comum*”.<sup>164</sup> Assim, nas *joint ventures* contratuais, as contratantes, conquanto autônomas, exercem a atividade empresarial de modo compartilhado, o que engloba a assunção da álea do negócio.<sup>165</sup>

Segundo, pois, Ana Frazão, as *joint ventures* levam à criação de uma “*organização própria ou pelo menos de uma interdependência organizativa que permita acompanhar, executar e monitorar a realização da empresa comum*” e envolvem necessariamente a assunção comum do risco do negócio, que é “*inerente à própria ideia de empresa comum*”.<sup>166</sup>

Portanto, as *joint ventures* partilham com os consórcios e as sociedades, outras espécies do gênero contrato associativo, a característica de “*comunhão de interesses e de coordenação de atividades empresariais para exercer um empreendimento comum sob risco comum das participantes*”. Sem embargo, elas apresentariam a peculiaridade de “*implementar uma empresa comum de acordo com parâmetros mais flexíveis do que os previstos para a sociedade e o consórcio*”, de onde adviria sua distinguibilidade e atratividade perante outras alternativas contratuais.<sup>167</sup>

Do panorama doutrinário acima, pode-se depreender que os elementos adicionais que são centrais para especificar as *non-corporate joint ventures* dentro do gênero contrato associativo seriam a assunção comum do risco empresarial, que não decorre de toda e qualquer associação, e um grau de organização para a consecução da empresa comum maior e mais complexo do que aquele observado nos contratos associativos mais genéricos, ainda que inferior e menos sofisticado do que aquele presente nos consórcios.

<sup>163</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 58. Grifos do original.

<sup>164</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 216.

<sup>165</sup> Nesses contratos associativos, as “partes, embora mantenham a autonomia jurídica e patrimonial, passam a exercer a atividade empresarial de forma compartilhada, assumindo conjuntamente a respectiva álea do negócio”. Cf. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 211.

<sup>166</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 219.

<sup>167</sup> *Ibid.* P. 218.

A maior intensidade da organização empresarial nas *joint ventures* foi notada pelo conselheiro Alessandro Octaviani Luis ao relatar o Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, no qual explicitou em seu voto que:

“a adoção de uma "organização comum" entre os contratantes varia em intensidade de um modelo contratual para o outro, sendo mais rígida na formação de um consórcio (que possui previsão legal na Lei das S.A.) ou de uma *joint venture* (na qual, frequentemente, temos interdependência organizativa entre os participantes, inclusive com centro de receitas e despesas), sendo ainda mais flexível em contratos associativos *stricto sensu*”.<sup>168</sup>

Sejam quais forem, entretanto, as características distintivas das *joint ventures*, é uníssona a percepção de que elas possibilitam “a agregação de poder empresarial dos contratantes que, no caso, servirá para a realização da empresa comum”.<sup>169</sup> Por conseguinte, “é inequívoco que um novo centro de poder empresarial é criado”,<sup>170</sup> de onde fica nítida a ocorrência de concentração empresarial, que fundamenta a submissão dos contratos de *joint venture* ao controle de estruturas da autoridade antitruste. Com efeito, é de se esperar que, ao menos no que diz respeito à empresa comum, os contratantes deixem de concorrer entre si, tendo em vista o novo centro de decisões conjuntas criado, o que justifica as preocupações concorrenciais atinentes a esses contratos.<sup>171</sup>

Calixto Salomão Filho qualifica a *joint venture* como um “tipo híbrido”, que transita entre a cooperação e a concentração empresarial em função de suas características. As *joint ventures* cooperativas seriam aquelas em que os partícipes atuam no mesmo mercado ou em mercados complementares ao da *joint venture*, ao passo que as *joint ventures* concentrativas assumiriam atividades econômicas preexistentes de suas participantes, as quais se retirariam desse mercado específico para dar lugar ao seu empreendimento conjunto, de onde advém a nítida concentração que lhes adjetiva e que fundamenta sua sujeição ao controle de estruturas.<sup>172</sup> Destarte, nas *joint ventures* cooperativas, como não faria sentido que os partícipes concorressem entre si e com a sua empresa em comum, tendo em vista que todos atuam no mesmo mercado ou em mercados complementares, a principal preocupação concorrencial adviria da tendência

<sup>168</sup> Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, voto do conselheiro relator Alessandro Octaviani Luis, p. 45.

<sup>169</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 222.

<sup>170</sup> *Ibid.* P. 222.

<sup>171</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 106.

<sup>172</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 359-360.



a que o acordo entre as partes verse sobre elementos mercadológicos relevantes, como a definição de preços e a fixação das quantidades de produção entre elas. Logo, a provável ocorrência de efeitos anticompetitivos como sucedâneo da cooperação empresarial por meio da *joint venture* dependerá do conteúdo do acordo e do poder de mercado das partes,<sup>173</sup> o que justifica a sua submissão preventiva ao controle de estruturas. Em ambas as modalidades antevistas por Salomão Filho, portanto, as *joint ventures* inspiram a cautela peculiar do sistema antitruste.

Do ponto de vista normativo, vale observar que a Resolução nº. 2 de 2012 do CADE, que disciplina a notificação dos atos de concentração e institui os formulários a serem preenchidos pelos requerentes, faz menção a duas modalidades de *joint venture* no item III.2, a, 7-8, de ambos os seus anexos,<sup>174</sup> quais sejam, a “clássica” e a “concentracionista”. Nos termos do formulário, a *joint venture* clássica seria aquela em que se dá a “criação de empresa para explorar outro mercado”, ao passo que a *joint venture* concentracionista teria por escopo a “criação de empresa para explorar mercado já explorado pelas empresas associadas”; ambas as modalidades devendo ser notificadas ao CADE.

Ainda na mesma resolução, o artigo 8º, inciso I, autoriza que as *joint ventures* “clássicas ou cooperativas” sejam submetidas ao procedimento sumário de análise dos atos de concentração, que é empregado para os casos que, “em virtude da simplicidade das operações, tenham menor potencial ofensivo à concorrência” (art. 6º, Resolução nº. 2 de 2012 do CADE). Segundo esse dispositivo, as *joint ventures* clássicas seriam

“casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados”.

A regulamentação do CADE, portanto, interpreta a *joint venture* essencialmente como a criação de uma nova empresa, através da cooperação entre agentes econômicos, e deixa claro que elas devem ser notificadas ao controle prévio de estruturas, ainda que se dediquem à exploração de mercado do qual as contratantes não façam parte e mesmo que não ensejem a criação de uma nova pessoa jurídica. Assim, quaisquer contratos de cooperação para a

<sup>173</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia**: estudos para o debate brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 164-165.

<sup>174</sup> O Anexo I, da Resolução nº. 2 de 2012 do CADE, estabelece o formulário para a notificação de atos de concentração pelo rito ordinário, ao passo que o Anexo II estabelece o formulário para o rito sumário.

exploração de uma nova empresa comum devem ser submetidos ao CADE para aprovação prévia, uma vez atendido o critério legal de faturamento.

A Resolução nº. 2 de 2012 do CADE, contudo, é silente a respeito dos contratos associativos, cuja notificação só veio a ser regulamentada em 2014 pela Resolução do CADE nº. 10/2014, posteriormente revogada pela Resolução nº. 17 de 2016. Naturalmente, os formulários da Resolução nº. 2/2012 não tolhiam a notificação desses contratos, dado que o número 9, do item III.2, *a*, alude a qualquer “outra forma de operação não coberta pelas alternativas anteriores”. No entanto, a regulamentação então vigente claramente carecia de uma definição acerca da notificação dos contratos de cooperação empresarial que não configurassem uma *joint venture* por não darem lugar a uma empresa comum. Quais hipóteses de cooperação deveriam, portanto, ser notificadas à autoridade antitruste a título de “contrato associativo”? Quais seriam os contornos dessa sorte de contratos?

Apresentada, pois, a delimitação das duas hipóteses finais de ato de concentração presentes no inciso IV, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência, passa-se a uma proposta de conceituação para os contratos associativos previstos no princípio desse mesmo inciso.

### **2.3. Proposta de conceituação dos Contratos Associativos**

A partir das observações traçadas nas duas seções anteriores, pode-se afirmar, em linhas gerais, que os contratos associativos são aqueles que ultrapassam a mera comutatividade dos contratos sinalagmáticos em razão da presença de um fim em comum entre as partes. Destarte, a existência de um escopo compartilhado pelos contratantes é o que define a associação entre eles, na medida em que é através dessa comunhão de interesses que se revela o objetivo das partes de se associar, isto é, de atuar conjuntamente.

Nos contratos comutativos, cada parte compromete-se a adimplir as obrigações que lhe competem e almeja apenas receber a sua devida contraprestação, sem deter um interesse direto nas atividades da outra parte e sem pretender influenciar os negócios e decisões dela diretamente. No contrato associativo, supera-se esse estágio de relativo desinteresse, a partir da existência de um objetivo comum entre as partes, que faz que elas deixem de ser indiferentes aos negócios da outra. Estabelece-se uma afinidade de vontades, voltada à consecução do

objetivo comum, que se pressupõe mutuamente benéfico para ambos os lados, de onde advêm a influência e o interesse recíprocos. Há, pois, uma cooperação qualificada, que ultrapassa a boa-fé objetiva que deve permear todo e qualquer contrato, com o fito de se alcançar o propósito comum, que pode se confundir com o próprio objeto do contrato. Sem embargo, o contrato associativo não chega ao extremo do contrato de sociedade, ápice de uma associação, pelo qual as partes, ao convergirem seus interesses para a consecução do fim comum, instituem uma hierarquia, assumem responsabilidades em nome do negócio e compartilham os seus riscos e resultados.

Nesse cenário, é válido reforçar que o interesse do controle preventivo nos contratos associativos deve-se à possibilidade de o atuar conjunto das partes ensejar danos à livre concorrência, como resultado da coordenação dos esforços delas para atingir o seu objetivo comum. Como explica Ana Frazão, “*por meio dos contratos associativos, institui-se uma direção unitária sobre o empreendimento comum, de forma semelhante ao que ocorre nos grupos societários por meio dos instrumentos societários*”.<sup>175</sup> Este fator denota precisamente a ocorrência de concentração econômica, que fundamenta a submissão desses contratos ao controle de estruturas.

Um possível produto do atuar conjunto das partes para alcançar o seu objetivo comum, mas que não é imprescindível para caracterizar os contratos associativos, é a realização de uma atividade compartilhada e a repartição dos riscos e resultados dessa atividade. Com efeito, o atuar das partes visando seu fim em comum pode limitar-se à coordenação de atividades próprias do âmbito de cada parte ou pode traduzir-se na realização de uma nova atividade de modo conjunto por elas, cujos riscos e resultados serão partilhados. Destarte, cada parte associada no contrato pode arcar apenas com os riscos inerentes à sua própria atividade, com a qual contribui para o escopo comum do acordo, ou pode participar da realização de uma nova atividade em conjunto com a outra, repartindo-se os frutos e os riscos dela decorrentes.

Nesse contexto, importa salientar que o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade desenvolvida entre as partes constitui um indício relevante para se constatar a presença de um escopo comum entre elas, o qual caracteriza os contratos associativos segundo a nossa proposta de conceituação. A explicação para isso reside no fato de que o compartilhamento dos riscos e resultados representa uma espécie de resultado prático que se pode esperar da consecução do objetivo comum das partes. Nesse sentido, a repartição dos

---

<sup>175</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 214-215.

frutos e dos ônus denota a cumplicidade própria do atuar conjunto para se atingir um desígnio comum, retratando a medida da associação entre as partes e o interesse delas na atividade objeto da associação.

Deborah Caixeta corrobora esse entendimento e frisa a instrumentalidade da repartição de riscos e resultados ao aduzir que:

“(...) a existência de cláusulas contratuais que estabeleçam compartilhamento de lucros ou prejuízos constituem fortes indícios da existência de um fim comum entre as partes relacionadas. Isso porque, qualquer previsão de participação nos benefícios constitui um resultado funcional para a realização de uma atividade programada, configurando, assim, um meio com respeito a um fim. Isso significa que a participação no resultado assume importância enquanto constitui instrumento para o exercício da atividade relacionada ao fim comum. A tal respeito, a característica do fenômeno associativo consiste, assim, na expressão de uma ação com valor metaindividual, em que é subentendido um interesse pertencente a uma coletividade e cuja realização constitui o fim da ação conjunta”.<sup>176</sup>

Nesta altura, convém recordar que, se o contrato proporcionar o estabelecimento de uma nova empresa comum, com um maior nível de organização, cujo negócio seja autônomo e cujos riscos e resultados sejam compartilhados entre as partes, esse será um aprofundamento da associação, que se insula no gênero dos contratos associativos e adentra na espécie das *joint ventures*, conforme delineado anteriormente. Com efeito, o desenvolvimento de um novo negócio independente das atividades dos *co-venturers*, com a assunção comum do risco empresarial por eles, não decorre de toda e qualquer associação e exige um grau mais elevado e complexo de organização para a consecução da empresa comum, o que distingue a espécie das *joint ventures* do gênero dos contratos associativos. Portanto, as *joint ventures* podem ser interpretadas como o aprofundamento de uma associação.

Por derradeiro, na caracterização dos contratos associativos, deve-se destacar que a estabilidade da relação entre as partes exerce um papel essencial, pois a associação pressupõe uma certa dose de continuidade e de permanência no relacionamento estabelecido entre elas para alcançar o seu fim comum. Com efeito, uma cooperação qualificada voltada para a consecução de um objetivo comum não condiz com o imediatismo das contraprestações de um contrato comutativo. De fato, ainda que contratos comutativos possam, porventura, possuir longos prazos de vigência, os contratos associativos estão mais intrinsecamente voltados para

---

<sup>176</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 123.

o desenvolvimento de uma relação duradoura entre as partes, pois não é da natureza da associação ser efêmera como o mero cumprimento de obrigações pontuais, mesmo que sucessivas.<sup>177</sup>

Afinal, não se deve olvidar que tratamos aqui de contratos associativos como espécie de ato de concentração no âmbito do direito antitruste. Logo, é preciso ter em mente que contratos de curta duração dificilmente possuem o condão de provocar mudanças duradouras na estrutura de um determinado mercado, de modo que é razoável pressupor a estabilidade como elemento essencial dos contratos associativos enquanto ato de concentração de notificação obrigatória ao CADE. Nesse sentido, Deborah Caixeta defende que,

“para a configuração de um ato de concentração, é necessário que ocorram alterações minimamente permanentes na estrutura do mercado, razão pela qual o prazo contratual é o primeiro elemento de distinção entre os meros contratos comutativos e os contratos associativos”.<sup>178</sup>

Os contornos suficientes e necessários para a caracterização dos contratos associativos são, portanto, a estabilidade e a comunhão de desígnios para a realização de um propósito comum entre as partes. Naturalmente, essa demarcação do conceito é crucial porque, como aduz Ana Frazão, a mera existência de cooperação entre empresas, ainda que intensa, não é o bastante para configurar um ato de concentração, senão praticamente todos os contratos empresariais de longa duração estariam sujeitos à aprovação pelo CADE.<sup>179</sup>

Não obstante, é igualmente natural que o reconhecimento dessas características essenciais nos casos concretos não seja uma tarefa trivial. Por esse motivo, é preciso que a autoridade antitruste faça uso de critérios que permitam identificar, na prática, quando o contrato em análise estabelece uma relação estável e evidencia a presença de um objetivo comum entre os contratantes. Questões como o prazo de vigência do contrato e a previsão do compartilhamento de riscos e resultados entre as partes assumirão extrema importância nesse contexto, servindo de indícios relevantes para guiar a construção do mecanismo de notificação de contratos ao CADE.

---

<sup>177</sup> *Ibid.* P. 122.

<sup>178</sup> *Id.*

<sup>179</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 117.

É nesse panorama que Deborah Caixeta propõe um caminho para se atingir a delimitação dos contratos notificáveis:

“(…) Um ponto de partida para esta análise seria compreender os contratos associativos a partir de elementos contratuais que possam afastar o caráter puramente comutativo do contrato, procurando estabelecer, nestes casos, uma combinação de critérios jurídicos de apreciação de formas de coordenação de comportamentos empresariais, que podem levar à efeito de concentração de mercado (...), a partir dos quais seja possível presumir que as partes estejam atuando como uma unidade empresarial distinta daquela preexistente a operação”.<sup>180</sup>

O CADE efetivamente se propôs a esse exercício e editou duas resoluções, em 2014 e 2016, para fixar os critérios que serviriam de parâmetro para determinar quais contratos devem ser obrigatoriamente notificados ao controle preventivo e quais não carecem de submissão prévia ao órgão antitruste. Essas duas regulamentações serão abordadas mais adiante, em seções especificamente dedicadas a cada uma delas. No entanto, antes de tratar das resoluções, é assaz proveitoso percorrer a mesma trajetória que foi cursada pelo CADE para chegar no atual momento normativo, pois o passeio por esse itinerário ajuda na compreensão das decisões que foram tomadas. Sendo assim, discorreremos na sequência a respeito da legislação que antecedeu a Lei de Defesa da Concorrência contemporânea.

## 2.4. A notificação de contratos sob a Lei nº. 8.884 de 1994

Proposta uma conceituação para os contratos associativos previstos na atual Lei de Defesa da Concorrência, assiste os nossos objetivos a averiguação do regime vigente sob a égide da legislação antitruste anterior, na medida em que essa perspectiva histórica auxiliará na compreensão do caminhar normativo e jurisprudencial do CADE no que diz respeito ao controle de contratos pela via estrutural. Sendo assim, cumpre verificar a sistemática da Lei nº. 8.884 de 1994, cujo dispositivo pertinente, o artigo 54, *caput* e §3º, estatuiu em sua redação original:

---

<sup>180</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 115.

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

(...)

§3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.

A leitura do artigo 54, que alude a atos que, “sob qualquer forma”, possam limitar ou prejudicar a livre concorrência “de qualquer forma”, revela que o sistema adotado pela Lei de 1994 era amplo e vago o suficiente para abranger o controle de contratos pela via estrutural, a despeito da ausência de menção expressa a eles como modalidade de ato de concentração no dispositivo em si.<sup>181</sup> Por sinal, o próprio capítulo da lei no qual o artigo 54 está inserido (Capítulo I, do Título VII) intitula-se “Do Controle de Atos e Contratos”.

Reforça esse entendimento o que dispunha a redação original do §3º do mesmo artigo, que se refere a “qualquer forma de concentração econômica”, exemplificando alguns desses atos na sequência. Esses atos, entretanto, são condicionados pelo §3º a dois critérios objetivos alternativos, quais sejam, participação das partes no mercado relevante igual ou superior a 30% em decorrência da operação<sup>182</sup> e faturamento bruto anual de qualquer das partes envolvidas igual ou superior a determinado valor, medido em unidades fiscais de referência.

Posteriormente, a redação do §3º foi alterada pelas medidas provisórias 1.950 de 2000 e 2.055 de 2000, sendo esta última convertida na Lei nº. 10.149 de 2000, que reduziu o critério de participação no mercado relevante para 20% e atualizou o parâmetro de faturamento para 400 milhões de reais. *In verbis*:

§3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos

<sup>181</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 122.

<sup>182</sup> Vale observar que Calixto Salomão Filho defende a aplicação do dispositivo também à participação das partes no mercado que seja anterior à operação. Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 298-299.

participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

A amplitude do texto do *caput* do artigo 54 e o teor meramente exemplificativo do §3º, do mesmo artigo, sugerem que o parâmetro de submissão à análise do controle de estruturas pelo CADE orientar-se-ia, sob a regência da Lei de 1994, mais pelos efeitos do que pela forma do ato praticado. Destarte, qualquer ato que tivesse o potencial de limitar ou de prejudicar a livre concorrência deveria, em tese, ser submetido ao exame da autoridade antitruste, o que ensejava uma dose de subjetividade no modelo. José Marcelo Martins Proença pontua que

“a lei brasileira, em seu art. 54, quando se refere, em forma elíptica, a ato de concentração, deve-se entender todo ato jurídico que importe na concentração do poder econômico de duas ou mais empresas, antes independentes, desprezando-se a forma do ato jurídico de integração empresarial, ou seja, se se trata de aquisição, fusão, cisão, incorporação, *joint ventures*, contratos de longa duração ou qualquer outro”.<sup>183</sup>

Para Fábio Ulhoa Coelho, a Lei não poderia ter listado exaustivamente todos os atos potencialmente restritivos da livre concorrência, dado a enorme plêiade de formas por eles assumidas. Consequentemente, o legislador adotou “*um critério altamente genérico, que possibilita a mais ampla atuação da autoridade antitruste*”.<sup>184</sup> Assim, para Luciano Sotero Santiago, esse conteúdo genérico e amplo alcança não apenas as formas de concentração empresarial previstas ou não na legislação comercial, mas também “*as diversas formas de cooperação empresarial, com destaque para os acordos de cooperação, as associações entre empresas e as joint ventures*”.<sup>185</sup>

Segundo Paulo Leonardo Casagrande, a Lei de Defesa da Concorrência de 1994 estabelecia uma inadequada confusão entre os critérios de notificação (isto é, de conhecimento) de acordos de cooperação econômica e os critérios de análise substantiva dessas operações (isto é, o seu exame de mérito). Em razão disso, Paulo Casagrande aponta que um dos grandes embaraços da notificação de contratos de cooperação sob a égide da Lei de 1994 era a admissão

<sup>183</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. P. 113.

<sup>184</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 126.

<sup>185</sup> SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. P. 248.



implícita pelas partes de que aquele ato poderia “limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência”, no dizer do artigo 54 da lei.<sup>186</sup>

Diversamente da Lei de 1994, a atual Lei de Defesa da Concorrência houve por bem perfilar critérios objetivos para o controle preventivo de estruturas.<sup>187</sup> Com efeito, a Lei de 2011 assevera que devem ser submetidos ao CADE apenas os atos de concentração econômica cujas partes envolvidas recaiam nas balizas de faturamento fixadas no artigo 88, ficando ressalvada, todavia, a faculdade da autoridade antitruste de requerer a submissão de operações que não atendam a esse critério no prazo de um ano (art. 88, §7º, LDC). Adicionalmente, a Lei de 2011 ainda enumera expressamente, no artigo 90, o que se considera ato de concentração para efeitos de notificação prévia ao CADE, denotando, assim, o intuito de suprimir a subjetividade presente na Lei de 1994, conquanto subsistam controvérsias – tais como aquela que constitui o objeto deste estudo, os contratos associativos.<sup>188</sup>

Esse contraste entre a atual Lei de Defesa da Concorrência e a legislação anterior não passou despercebido na literatura:

“Ao contrário da Lei 8.884/1994, que contém redação bastante aberta quanto à caracterização de um ato de concentração, a nova lei de defesa da concorrência traz maior segurança jurídica ao estipular de maneira objetiva as hipóteses de atos de concentração.

(...) Para que o controle de estruturas seja mais eficiente, é fundamental possibilitar ao administrado identificar com clareza as hipóteses de negócios jurídicos que precisam passar pela análise e aprovação da autoridade concorrencial. Nesse sentido, a Lei 12.529/2011 representa um avanço em relação à Lei 8.884/1994”.<sup>189</sup>

“A Lei Antitruste, portanto, não atribui muita importância à forma, ou modalidade, da operação empresarial para caracterizá-la como ato de concentração, mas, sim, ao fato do negócio ter possibilidade de alterar as relações de concorrência no mercado em que é realizado. É fato (...) que para efeito da incidência da Lei Antitruste no controle de estruturas, esse princípio é mais presente na Lei n. 8.884/94 (que atrela aos “atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes”, além dos critérios objetivos do §3º), que na NLAB [Nova Lei Antitruste Brasileira] (art. 88, I e II, em que a incidência se dá apenas em razão do faturamento das partes).

<sup>186</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. P. 207.

<sup>187</sup> CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 40.

<sup>188</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 122.

<sup>189</sup> CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 201 e 203.

A própria jurisprudência do CADE privilegia, no sentido da NLAB, a eleição de critérios objetivos (faturamento dos grupos empresariais envolvidos na operação – com base no art. 54, §3º) para determinar se uma operação deve ou não ser submetida ao SBDC para sua avaliação como ato de concentração”.<sup>190</sup>

No Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38, o conselheiro Marcos Paulo Verissimo expressou, em seu voto, que a configuração de um ato de concentração econômica, para efeitos da legislação antitruste, independe de fórmulas jurídicas específicas, de modo que eles podem decorrer tanto de uma concentração empresarial formal (fusão, aquisição de controle ou criação de novas sociedades, *e. g.*) quanto de arranjos contratuais específicos, sobretudo no campo das relações verticais,<sup>191</sup> onde soem ser celebrados contratos exclusivos de distribuição, fornecimento e transferência de direitos variados, inclusive o licenciamento de propriedade intelectual.

Assim, para o conselheiro Verissimo, a necessidade de submissão de um contrato ao controle de estruturas, sob a Lei de 1994, deveria ser estabelecida a partir da caracterização do negócio jurídico em questão como ato de concentração ou não, uma vez que nem todo contrato teria o condão de produzir concentração econômica. A seu turno, sob o regime da Lei de 2011, a questão central seria o enquadramento do contrato em tela como associativo, tal como previsto no inciso IV do artigo 90. Naturalmente, a eventualidade da não subsunção de um contrato a esses critérios e, portanto, da sua não notificação ao CADE para controle preventivo de estruturas não significa a sua imunidade ao Direito Antitruste, mas apenas que o controle a ser exercido sobre ele dar-se-á na modalidade repressiva do controle de condutas.

No Ato de Concentração nº. 08012.011058/2005-74, o conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, em voto-vista, destacou que a vagueza do artigo 54, da Lei de 1994, era proposital, de modo que competia ao operador do Direito fazer um juízo prévio de conhecimento que se confundia com o próprio mérito do controle de estruturas, porquanto dizia respeito à potencial lesividade do contrato notificado à livre concorrência. Consignou, pois, o conselheiro Cueva que:

“(…) o *caput* do art. 54, redigido de maneira propositalmente vaga pelo legislador, exige que o aplicador do direito emita um juízo sobre a potencial lesividade da

<sup>190</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 119.

<sup>191</sup> Relações verticais são aquelas travadas entre agentes econômicos que se encontram em níveis diferentes de uma mesma cadeia produtiva. Por sua vez, relações horizontais são aquelas que ocorrem entre agentes no mesmo nível de uma cadeia, havendo, portanto, relação de concorrência entre eles.

operação previamente a seu conhecimento. Esse juízo é necessariamente casuístico, formulado caso a caso de acordo com as características do ato notificado, já que é impossível estabelecer uma tipologia cerrada de todos os atos que não possam *a priori* limitar ou prejudicar a concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes. Mais: esse juízo é prévio, mas não é apriorístico, pois não se baseia em categorias abstratas, mas, ao revés, nas peculiaridades do caso. Ou seja, implica uma análise de mérito, ainda que simplificada”.<sup>192</sup>

Nesse mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho aduz que, em face da inexistência, na Lei de 1994, de enumeração dos atos restritivos ou prejudiciais à concorrência que demandam aprovação pelo CADE, “*faz-se indispensável, assim, a análise concreta dos efeitos jurídicos, potenciais ou efetivos, de cada transação ou negócio, para decidir sobre a necessidade ou não da aprovação administrativa*”.<sup>193</sup>

Destarte, a indefinição que permeou a Lei de 1994 impeliu os agentes econômicos a notificar alguns contratos ao CADE por precaução, sempre que os critérios de faturamento ou de *market share* do §3º, do art. 54, restassem atendidos pelas partes na operação. No que diz respeito ao objeto específico deste estudo, cabe ressaltar que, dentre os contratos notificados *ad cautelam* ao CADE sob a égide da Lei de 1994, havia licenciamentos de direitos de propriedade intelectual, conforme será visto adiante ao apresentarmos precedentes na matéria. Nesse sentido, a recomendação de Luciano Timm, Rafael Ribeiro e Angela Estrella:

“Atente-se, ainda, ao fato de a transferência de tecnologia estar intrinsecamente ligada ao poder econômico e ao domínio de mercado, o que também se encontra tutelado pela legislação concorrencial (no Brasil, art. 54 da Lei nº 8.884/94). De modo que, se estiverem presentes os requisitos da legislação antitruste (faturamento de uma das empresas superior a R\$ 400 milhões ao ano ou 20% do mercado relevante), a operação deve ser submetida ao Cade”.<sup>194</sup>

Naturalmente, essa submissão por cautela de contratos de licenciamento ao controle de estruturas importava em custos adicionais para as partes, os quais poderiam ser evitados por meio da definição clara de critérios de notificação para esse tipo de operação. De fato, a ausência de critérios específicos tanto de conhecimento quanto de mérito gerava incertezas

<sup>192</sup> Ato de Concentração nº. 08012.011058/2005-74, voto-vista do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 02. Grifos do original.

<sup>193</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. P. 125.

<sup>194</sup> TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 88.

acerca da licitude do acordo, ensejando “custos significativos” aos contratantes no dizer de Paulo Leonardo Casagrande.<sup>195</sup>

Ademais, a submissão por cautela de contratos à análise do CADE deve ser compreendida no contexto da sistemática então vigente, pela qual o controle de estruturas não era prévio. Com efeito, em consonância com o §4º, do art. 54, da Lei de 1994, a notificação de ato de concentração ao CADE poderia ocorrer em até quinze dias úteis contados de sua realização.<sup>196</sup> Por conseguinte, a notificação de um contrato não era tão conturbada quanto poderia ser, dado que a submissão ao CADE ocorria com o negócio jurídico já em vigor e em vias de consumação, o que tendia a pressionar a autoridade antitruste pela aprovação. Nesse sentido, as anotações de Eduardo Gaban e Juliana Domingues:

“Com relação ao risco de mérito, as partes, embora contassem com a previsão legal de que a eficácia do negócio dependia da aprovação do CADE (Lei n. 8.884/94, art. 54, §7º), usualmente aceleravam os atos de consumação da operação (como incorporação de ações, unificação de administrações, demissão de funcionários etc.). (...) Isso acabava por criar uma situação irreversível (“fato consumado”) que diminuía a eficácia de uma decisão futura de restrições ou de veto por parte do CADE. Aproveitando-se desse cenário, os agentes privados, engajados em operações com riscos reais para a concorrência, alegavam que a ‘morosidade do SBDC’ (fazendo alusão à conhecida ‘morosidade da Justiça’) não poderia prejudicar-lhes a liberdade de iniciativa e, via de consequência, a economia como um todo”.<sup>197</sup>

Carlos Ragazzo observa que o modelo de análise posterior de atos de concentração criava incentivos perversos tanto para as partes quanto para os conselheiros do CADE, na medida em que aquelas acabavam sendo estimuladas a sonegar informações no momento da notificação para retardar o exame do CADE (comportamento de *hold up*), ao passo que estes não possuíam nenhum estímulo para resolver o caso rapidamente, porquanto o prazo para decidir era suspenso a cada novo ofício de requisição de informações complementares.<sup>198</sup>

A partir da atual Lei de Defesa da Concorrência, a análise preventiva do controle de estruturas passou a ser efetivamente *a priori*, devendo o ato ser submetido pelas partes ao

<sup>195</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. P. 232.

<sup>196</sup> Art. 54, §4º. Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à Seae.

<sup>197</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 117.

<sup>198</sup> RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. P. 177.

CADE antes de produzir quaisquer efeitos (art. 88, §2º, *in initio*, LDC). O novo regime de notificação modifica os incentivos das partes, que tendem a colaborar mais ativamente com a autoridade antitruste, fornecendo todas as informações e esclarecimentos necessários, a fim de obter a aprovação da operação o mais rápido possível.<sup>199</sup> Passa-se a falar de *gun jumping* na prática brasileira, fenômeno já bem conhecido no exterior e que consiste no perfazimento de ações de consumação (trocas de ativos, v. g.) ou tendentes à consumação da operação notificada (tais como o compartilhamento de informações estratégicas e confidenciais entre as partes ou a suspensão da publicidade competitiva entre elas, *etc*) antes da manifestação da autoridade antitruste.<sup>200</sup>

Pela Lei de 2011, as sanções pela prática de *gun jumping* são severas, incluindo a nulidade do ato e multa de no mínimo 60 mil e no máximo 60 milhões reais (art. 88, §3º, LDC), e ainda, se o ato em si configurar uma infração à ordem econômica, a possibilidade de aplicação de multa de 0,1% a 20% do faturamento bruto anual da empresa (art. 37, I, LDC), a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por no mínimo cinco anos (art. 38, II, LDC), entre outras sanções. Na Apuração de Ato de Concentração nº. 08012.007161/2013-71, por exemplo, o CADE aplicou, por meio da celebração de Acordo em Controle de Concentração, uma multa de 30 milhões de reais à Technicolor S.A. em razão da consumação da aquisição de uma subsidiária integral da Cisco Systems, Inc. antes da aprovação pelo Conselho.

Nesse sentido, Ana Frazão observa que:

“(...) o controle de estruturas, especialmente quando ocorre na modalidade prévia, adotada pelo Brasil desde a vigência da Lei n. 12.529/2011, impõe altos custos às empresas, na medida em que impede a eficácia dos atos de concentração de notificação obrigatória enquanto não forem aprovados pela autoridade concorrencial.

Consequentemente, o objeto do controle de estruturas deve ser definido a partir de critérios rigorosos, claros e objetivos, a fim de delimitar com precisão as operações que devem estar sujeitas ao escrutínio antitruste e aquelas que podem ser consumadas desde já, ainda que sujeitas ao posterior controle de condutas”.<sup>201</sup>

<sup>199</sup> CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 208.

<sup>200</sup> GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 118.

<sup>201</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 113-114.

Destarte, a transição para o regime de análise prévia, instituído pela Lei de Defesa da Concorrência de 2011, aprofundou os custos e os riscos associados à incerteza da necessidade de notificação de contratos ao CADE para o controle de concentrações, na medida em que a nova lei não definiu o que seriam os “contratos associativos” previstos no art. 90, IV, e dado que os contratos não podem mais produzir seus efeitos antes da aprovação da autoridade antitruste (art. 88, §§ 3º e 4º, LDC), que deixou de poder ser pressionada pela prática de atos de consumação anteriores ao exame do caso.

Portanto, tendo em vista a amplitude do art. 54, *caput*, da Lei de 1994 e a indefinição em torno do conceito de “contrato associativo” da Lei de 2011, pode-se afirmar que nenhum dos dois diplomas fixou critérios objetivos para a submissão de contratos ao controle de estruturas. Sendo assim, ausente o esteio de uma definição legal, impende que se verifique como o CADE decidiu a questão em sua jurisprudência, o que passaremos a fazer nas seções seguintes, que abordarão o exame de contratos em geral ao longo da trajetória legislativa na matéria, a saber, a Lei de 1994, a Lei de 2011 e as duas resoluções do CADE que regulamentaram a notificação de contratos associativos. Na sequência, tratar-se-á especificamente dos contratos envolvendo propriedade intelectual, o que terá lugar em maior profundidade nos capítulos subsequentes.

## **2.5. Decisões do CADE sob a Lei nº. 8.884 de 1994**

Conforme explicitado na seção precedente, sob a regência da Lei nº. 8.884 de 1994, o parâmetro de submissão de atos de concentração à análise do controle de estruturas orientava-se mais pelos efeitos do que pela forma do ato praticado. Seguindo, pois, os ditames do artigo 54 daquele diploma, qualquer ato que tivesse o potencial de limitar ou de prejudicar a livre concorrência deveria, em tese, ser submetido ao escrutínio do CADE. Na prática, contudo, o mercado guiava-se sobretudo pelos critérios de faturamento e de *market share* do §3º do mesmo artigo 54.

Como não havia na legislação anterior a hipótese expressa de “contratos associativos” enquanto atos de concentração econômica, eram notificados ao controle de estruturas contratos diversos, sempre que as partes atendessem a algum dos critérios de faturamento ou de *market*

*share*. Consequentemente, como o cerne da questão girava em torno dos potenciais efeitos anticompetitivos do contrato, a discussão a respeito do conhecimento da operação, quando presente, confundia-se com o próprio mérito do ato de concentração ou se limitava aos critérios objetivos supracitados.

Sob a égide da Lei de 1994, portanto, não se travava o debate que se encontra no âmago deste trabalho, qual seja, a definição dos contratos associativos (categoria então sequer prevista), o que, em outras palavras, se traduz na delimitação de quais contratos devem se submeter ao controle de estruturas por gerarem concentração no mercado, decorrente da associação dos contratantes para alcançar um objetivo comum, e quais restam sujeitos ao controle de condutas. No máximo, havia a discussão mais ampla acerca do que constituiria um ato de concentração, que poderia, naturalmente, abranger determinados contratos com características de associação entre as partes.

Essas atribuições na aplicação da Lei de 1994 são reveladas no Ato de Concentração nº. 08012.011058/2005-74, julgado pelo CADE em julho de 2006. A operação cuidava de contrato de fornecimento de clínquer, um insumo utilizado na produção de cimento, celebrado entre Camargo Corrêa Cimentos S.A. e Holcim (Brasil) S.A., pelo qual esta venderia o aludido insumo para uma determinada fábrica de cimento daquela. Ambas as partes eram concorrentes no mercado de cimento, mas não atuavam no mercado de clínquer, de modo que o objetivo do contrato limitar-se-ia à compra e venda desse material para reduzir os custos da Camargo Corrêa naquela fábrica específica e para gerar uma receita extra nas operações (ociosas) da Holcim naquela mesma localidade. Não havia exclusividade e o prazo inicial previsto era de um ano, podendo ser renovado.

O conselheiro relator, Paulo Furquim de Azevedo, entendeu que o contrato não se enquadraria nos atos contemplados pelo artigo 54 da Lei de 1994, porquanto dele não decorreria qualquer espécie de concentração econômica (aquisição de controle, transferência de ativos, *etc*) e porque tampouco haveria qualquer disposição potencialmente anticompetitiva que justificasse a sua subsunção aos termos da lei. Embora o conselheiro Furquim de Azevedo tenha reconhecido que contratos de fornecimento podem eventualmente configurar ato de concentração, ele afirmou que não vislumbrava a presença das condições necessárias para tanto no contrato em espécie. Para o relator, contratos de fornecimento somente se qualificariam como ato de concentração se estivessem conjugados com cláusulas que estabelecessem restrições verticais significativas à livre concorrência, identificadas exemplificativamente por ele como a transferência de direito de uso de ativos relevantes ou disposições de exclusividade

que limitassem o direito de decisão sobre o uso desses ativos. Por esse motivo, o relator votou pelo não conhecimento da operação.

Nessa ocasião, todavia, prevaleceu no Tribunal do CADE a posição do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, para quem o relator, ao concluir que o contrato não implicaria risco concorrencial, já teria adentrado no mérito da operação, mesmo que de forma rasa, uma vez que a potencial nocividade do acordo somente poderia ser constatada a partir da análise de seu conteúdo. Destarte, Cueva defendeu em seu voto-vista que o conhecimento ou não de contratos depende de uma “*análise de mérito, ainda que simplificada*”, que deve ocorrer sempre no caso concreto e não com base em categorias abstratas. Ou seja, como seria impossível fazer uma tipologia fechada de atos que *a priori* não seriam lesivos à concorrência, a análise deve ser sempre casuística.

Prevalecendo a posição do conselheiro Cueva, o contrato de fornecimento de clínquer foi conhecido por 4 a 3, vencidos os conselheiros Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado, Abraham Benzaquen Sicsú e o relator Paulo Furquim de Azevedo, e subsequentemente aprovado sem restrições pela unanimidade do Tribunal do CADE, tendo em vista que as partes continuariam concorrendo no mercado de cimento. Sendo assim, percebe-se que não foi travada discussão a respeito da ocorrência de uma “associação” entre as partes e que o contrato foi conhecido com base no critério legal de faturamento e em decorrência da “potencial nocividade do contrato de fornecimento”, que “só pode ser determinada após análise do conteúdo do contrato”.

Situação diversa, todavia, sucedeu-se no Ato de Concentração nº. 08012.000182/2010-77, julgado pelo CADE em março de 2010, onde predominou a tese de não conhecimento da operação. Tratava-se, no caso, de contrato de fornecimento não exclusivo de herbicida formulado à base de glifosato, firmado entre Iharabras S.A. Indústrias Químicas e Monsanto do Brasil Ltda., pelo qual esta se comprometia a fornecer o aludido defensivo agrícola àquela pelo prazo de dois anos, passíveis de renovação. Ambas as partes eram fabricantes do produto desde antes da operação e competiam entre si nesse que era um mercado bastante pulverizado, tanto do ponto de vista da quantidade de ofertantes (fabricantes ou importadores) quanto no que dizia respeito à existência de produtos alternativos ao glifosato. Enquanto a Monsanto era líder do mercado, a Iharabras detinha participação desprezível, de modo que o objetivo do contrato era incrementar a capacidade desta última de comercializar e distribuir o produto, mantendo-se as condições de concorrência entre elas.

O parecer conjunto da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda, e da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça,



o parecer da Procuradoria do CADE e o voto do conselheiro relator, Ricardo Machado Ruiz, foram uníssomos ao defender o conhecimento da operação, exclusivamente em decorrência do patamar de faturamento da Monsanto, e a sua aprovação sem restrições, em razão da ausência de cláusulas de exclusividade e de não concorrência entre as partes.

Preponderou no julgamento, entretanto, a divergência inaugurada pelo voto-vista do então presidente do CADE, Arthur Sanchez Badin, que foi acompanhado por todos os demais conselheiros na sua argumentação pelo não conhecimento da operação. Segundo Badin, após realizar um levantamento dos precedentes do CADE acerca da matéria, constata-se que a maciça maioria dos contratos de fornecimento é conhecida e aprovada sem restrições pelo rito sumário, sendo poucos os casos em que se impõe algum tipo de limitação. A explicação para isso residiria na natureza dos contratos de fornecimento, que não ensejariam *a priori* concentração econômica, porquanto a transferência, o compartilhamento ou a cessão de ativos não seriam típicas desses contratos. Deste feitio, nos raros casos em que foram impostas restrições, estas se deveram unicamente à presença de cláusulas de exclusividade e não à relação de fornecimento em si.

À luz dessas observações, o conselheiro Badin propôs cinco critérios que justificariam a desnecessidade de se conhecer, e portanto de se notificar, um contrato de fornecimento ao controle de estruturas. São eles: (a) ausência de transferência de direitos sobre ativos concorrencialmente relevantes; (b) ausência de cláusulas de exclusividade ou equivalentes, que de qualquer forma possam restringir o direito de decisão das partes sobre os ativos; (c) prazo de vigência inferior a cinco anos, incluindo renovações; (d) possibilidade de rescisão imediata sem ônus a qualquer das partes; e (e) volume de produtos/serviços negociados inferior ao percentual de *market share* previsto na Lei de 1994 (art. 54, §3º). Atendidas essas premissas, o contrato prescindiria de notificação ao CADE, uma vez que esses fatores seriam suficientes para pressupor que o acordo não será capaz de limitar ou prejudicar a livre concorrência ou de resultar na dominação de mercados. Uma vez que o contrato de fornecimento em tela preencheria os requisitos acima, ele não foi conhecido, restando sujeito ao controle de condutas.

Além dos contratos de fornecimento, outra modalidade contratual rotineiramente notificada ao CADE e que ensejou debates sob a égide da Lei de 1994 é aquela dos acordos de *codeshare* entre companhias aéreas, por intermédio dos quais são pactuadas alianças que entabulam diferentes níveis de cooperação no mercado entre as signatárias. Conforme anotou Anna Binotto, “*tornou-se entendimento praticamente sedimentado que os contratos de codeshare seriam de notificação obrigatória ao Cade, porque configuravam uma cooperação*

*horizontal, e porque implicariam o compartilhamento de algumas informações operacionais das companhias aéreas*".<sup>202</sup> Geralmente, o *codeshare* típico permite a disponibilização recíproca de assentos nos voos das contratantes, de modo que uma companhia pode ofertar e vender assentos para voos de sua parceira e vice-versa.

Esse foi precisamente o caso do contrato de *codeshare* firmado entre TAM Linhas Aéreas S.A. e Transportes Aéreos Portugueses S.A. em 2007, autuado no CADE como Ato de Concentração nº. 08012.011318/2007-73. O acordo estabelecia que determinados voos operados pela TAM poderiam ser ofertados e vendidos pela TAP e vice-versa, de forma que ambas as companhias pudessem complementar as suas respectivas malhas através das rotas operadas pela parceira. Na época, a TAM oferecia voos internacionais somente para Alemanha, Itália, França e Reino Unido, deixando de operar, portanto, nas rotas diretas do Brasil para Portugal.

Em seu parecer, a SEAE expressou que a notificação de acordos de *codeshare* não seria obrigatória sob a regência da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, por se tratar de cooperação, e não de concentração econômica. Apesar disso, a notificação ao sistema antitruste seria "no mínimo recomendável", pois esses contratos envolvem o compartilhamento de capacidade produtiva.<sup>203</sup> Nesse sentido, a SEAE defendeu o conhecimento da operação em questão, com base no art. 54 da Lei de 1994, porque "*tanto TAM quanto TAP apresentam volume de vendas de passagens aéreas significativamente elevados no Brasil e, portanto, seus atos podem afetar o mercado, inclusive um acordo de cooperação, o qual deve ser analisado*". No mérito, a secretaria recomendou a aprovação da operação sem restrições porque não haveria sobreposição horizontal entre as rotas ofertadas pelas partes, tendo em vista que a TAM não operava voos para Portugal. Logo, não haveria qualquer impacto no ambiente concorrencial brasileiro, em razão da inocorrência de concentração horizontal na estrutura da oferta.

Por sua vez, juntamente à análise do caso concreto entre TAM e TAP, a SDE apresentou em anexo à sua recomendação um estudo abstrato acerca da lesividade dos contratos de *codeshare* em geral para a livre concorrência. Tratava-se do parecer conjunto 03/2008 da própria SDE e da CGAE (Coordenação Geral de Análise Econômica), intitulado "Acordos de Código Compartilhado (*codeshare*) & Potencial Lesivo à Concorrência", no qual foram

---

<sup>202</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 253.

<sup>203</sup> Esse posicionamento da SEAE teve como referência o voto do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado no Ato de Concentração nº. 08012.002442/2004-23, cujas requerentes foram Líder Táxi Aéreo S.A. e Air Brasil Helicópteros do Brasil S.A.

definidas etapas para um exame preliminar desses contratos, cujo fito era determinar a necessidade de notificação deles ao sistema antitruste ou não.<sup>204</sup> Destarte, em função do grande número de acordos de *codeshare* que eram notificados por cautela ao CADE e da ausência de um entendimento firmado a esse respeito na jurisprudência do Conselho, a secretaria propôs um critério composto por três etapas para estabelecer quais características fariam que um contrato de *codeshare* apresentasse potencial lesivo à concorrência, o que, nos termos do artigo 54 da Lei de 1994, torná-lo-ia de notificação obrigatória às autoridades concorrenciais brasileiras. O método de exame sugerido no parecer foi condensado da forma abaixo:

**“Etapa 1: Definição do mercado relevante.** O mercado relevante deve ser definido como o de prestação de serviços de transporte aéreo de passageiros levando em conta as rotas entre dois aeroportos.

**Etapa 2: Existência de poder de mercado presumido prévio ou decorrente da operação.** Presume-se que os acordos de *codeshare* que não envolvam empresas que detenham, isolada ou conjuntamente, uma parcela igual ou superior a 20% do mercado relevante não gerarão custos econômicos e, portanto, não terão potencial lesivo à concorrência. O percentual de 20% é adotado em vista da presunção de existência de poder de mercado estabelecida no artigo 20, §3º, da Lei n. 8.884/94. Caso as companhias aéreas detenham, isolada ou conjuntamente, percentual igual ou superior a 20% do mercado afetado, deve-se passar para a Etapa 3 a fim de se determinar a necessidade de notificação.

**Etapa 3: Rotas sobrepostas ou complementares.** Superada a Etapa 2, caso o *codeshare* envolva rotas sobrepostas, considerando a ambigüidade dos efeitos concorrenciais gerados por esse tipo de acordo, entende-se que é hipótese de notificação obrigatória. Por outro lado, não há, *prima facie*, potencial lesivo à concorrência caso o *codeshare* refira-se a rotas complementares e, cumulativamente, (i) abranja o mero compartilhamento de assentos em uma aeronave, com a manutenção de completa independência entre os centros decisórios e de comercialização de cada companhia aérea (exceto a permissão para pontuação em programas de milhagem); e (ii) sejam operados em redes que envolvam aeroportos atendidos por outras companhias aéreas e com capacidade para suportar aumentos no número de passageiros e no número vôos, e em cidades com demanda latente (i.e., há presença de economia de densidade). Todos os acordos complementares firmados em condições diversas das apresentadas têm a possibilidade, ainda que potencial, de limitar ou de qualquer forma prejudicar a concorrência, devendo ser submetidos à apreciação das autoridades brasileiras de defesa da concorrência, nos termos do artigo 54 da Lei n. 8.884/94”.<sup>205</sup>

<sup>204</sup> Nesse parecer, como embasamento teórico para estabelecer se um acordo seria de notificação obrigatória por apresentar potencial de lesar a livre concorrência, a CGAE/SDE afirmam adotar o ótimo de Pareto, em contraposição à eficiência de Kaldor-Hicks, como critério de análise. Assim, a dispensa de notificação de um contrato para a autoridade antitruste somente seria possível nos casos em que o aumento no bem-estar dos agentes envolvidos não implicasse na piora do bem-estar de qualquer outro agente afetado.

<sup>205</sup> Parecer CGAE/SDE 03/2008, p. 11-12. Disponível no Ato de Concentração nº. 08012.011318/2007-73. Grifos do original.

Malgrado a apresentação dos critérios acima, no caso concreto, a SDE considerou que não havia nos autos elementos suficientes para que o teste fosse aplicado adequadamente. Em primeiro lugar, no requerimento do ato de concentração, as companhias não haviam prestado informações acerca de suas respectivas participações de mercado nas rotas afetadas pelo acordo, o que impede o cumprimento da Etapa 2. Em segundo lugar, presumindo-se atendida a Etapa 2, ainda assim a aplicação do teste restaria prejudicada, pois embora o acordo abrangesse apenas o mero compartilhamento de assentos, não havia elementos suficientes nos autos para se analisar a ocorrência ou não de economias de densidade na rede abarcada pelo *codeshare* em tela (isto é, se o aumento do número de passageiros transportados na rede em questão é possível sem que seja necessário ampliar a rede existente), de modo que o cumprimento da Etapa 3 também ficava obstado.

Em razão dos impedimentos observados para aplicar o teste e do fato de que a SEAE já havia recomendado a aprovação da operação sem restrições, a SDE adotou uma solução pragmática e recomendou, em nome da eficiência administrativa e da economia processual, que o contrato fosse conhecido, seguindo a recomendação da SEAE no que diz respeito ao mérito, ou seja, que a operação fosse aprovada sem restrições. Em outras palavras, como o mérito já havia sido avaliado e a operação, a princípio, tendia a ser aprovada sem restrições, não seria necessário e eficiente prolongar a análise de mero conhecimento do ato por meio do requerimento de novas informações às partes, que possibilitassem a aplicação do teste proposto.

A despeito, portanto, do esforço de sistematização da SDE no sentido de prover critérios objetivos para se estabelecer a obrigatoriedade de notificação de contratos de *codeshare*, o acordo do caso concreto, entre TAP e TAM, acabou sendo conhecido com base no faturamento das empresas e, no mérito, aprovado sem restrições. Com efeito, a Procuradoria do CADE recomendou o conhecimento do ato em função do faturamento e do *market share* da TAM e o conselheiro relator, Fernando de Magalhães Furlan, seguiu a mesma linha em seu voto, de modo que a operação foi conhecida e aprovada sem restrições pela unanimidade do Tribunal do CADE em julho de 2008.

Na sequência dessa decisão, diversos outros atos de concentração atinentes a acordos de *codeshare* foram julgados pelo CADE sem que fossem empregados os critérios propostos pela SDE para estabelecer a obrigatoriedade de notificação desses contratos, que foram conhecidos apenas com base no faturamento das partes contratantes, mantendo-se inalterada a prática de então. Entre os casos decididos, pode-se citar exemplificativamente o Ato de Concentração nº. 08012.010497/2008-11, celebrado entre TAM e Air Canada e julgado em

fevereiro de 2009, e o Ato de Concentração nº. 08012.003128/2009-44, firmado entre Gol e Air France e julgado em junho de 2009. Ambos cuidavam de acordos de *codeshare* típicos, que foram conhecidos com base somente no faturamento da parte brasileira e aprovados sem restrições pela unanimidade do CADE em razão da ausência de sobreposição nas rotas pertinentes.

Os exemplos acima, que ilustram a diversidade de interpretações do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência quanto a uma mesma espécie contratual (contratos de fornecimento e contratos de *codeshare*), demonstram a dificuldade do CADE em estabelecer critérios para demarcar a obrigatoriedade de notificação de contratos ao controle de estruturas na vigência da Lei de Defesa da Concorrência de 1994. Sem surpresa, essas mesmas circunstâncias repetiam-se no que se refere aos contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual.

O conselheiro Marcos Paulo Verissimo, ao atuar como relator do Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38, fez um breve levantamento das decisões proferidas pelo CADE, no âmbito do controle de estruturas, a respeito de contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual submetidos à análise da autarquia sob a égide da Lei de 1994. Esse precedente em particular, que foi julgado de forma conjunta com outros três atos de concentração de idêntica natureza, cuidava de contrato de licenciamento de tecnologia de soja transgênica firmado entre Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. e constitui o mais relevante *leading case* brasileiro na matéria em função da profundidade com que o tema foi tratado, motivo pelo qual ele será analisado em maiores detalhes no Capítulo 4. Não obstante, por ora interessa-nos noticiar as considerações do voto do relator acerca do histórico das decisões do CADE, que o levou a defender o não conhecimento da operação.

Em seu voto, o conselheiro Verissimo reportou que, embora diversos contratos de licenciamento de tecnologia tenham sido submetidos ao exame preventivo do CADE sob a regência da Lei de 1994, muitos dos quais envolvendo a própria Monsanto, essas operações eram conhecidas sem que houvesse um debate aprofundado a respeito da obrigatoriedade de sua notificação, a despeito do fato de que a subsunção delas ao artigo 54 fosse, nas suas palavras, no mínimo duvidosa. Segundo Verissimo, não houve em nenhum desses precedentes “*discussão substantiva quanto ao enquadramento do licenciamento não exclusivo de tecnologia no conceito de ‘ato de concentração’, tendo sido limitado o debate de conhecimento ao faturamento das partes*”.<sup>206</sup>

---

<sup>206</sup> Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38, voto do conselheiro relator Marcos Paulo Verissimo, p. 07.

Além da superficialidade das decisões de conhecimento, o conselheiro Verissimo destacou ainda que a maioria dos contratos de licenciamento notificados era aprovada sem restrições, sequer havendo “*qualquer análise específica de condições de mercado ou participações dos atores envolvidos, ou mesmo sem qualquer outro tipo de análise efetivamente própria ao controle preventivo de concentrações*”.<sup>207</sup> Nos poucos casos em que foram impostas ressalvas, as restrições estavam sempre relacionadas à estipulação de obrigações laterais à licença, geralmente cláusulas de exclusividade, que permitiam ao licenciante exercer certo controle sobre as decisões comerciais do licenciado. Tratava-se, como se sucedeu no Ato de Concentração nº. 08012.003711/2000-17, relativo a contrato de licenciamento firmado entre a Monsanto e a Coodetec, de cláusulas de exclusividade que obrigavam a licenciada a testar a resistência das variedades de semente por ela desenvolvidas, mas contendo a tecnologia transgênica da Monsanto, somente para herbicidas fabricados pela própria Monsanto, além de cláusulas que impediam a licenciada de pesquisar e testar outras sementes resistentes a herbicidas à base de glifosato que não fossem aquelas com tecnologia da Monsanto. Nessa e em outras ocasiões similares, o CADE determinou a remoção dessa espécie de disposições, uma vez que elas proporcionariam a extensão do poder de mercado da Monsanto no segmento de tecnologia genética para o mercado de herbicidas.

No Ato de Concentração nº. 08012.003296/2007-78, atinente a outro acordo de licenciamento de tecnologia da Monsanto, este celebrado com Brasmax Genética Ltda., o conselheiro relator, Abraham Benzaquen Sicsú, em linha com as observações da SEAE, resumiu as preocupações do CADE com essa espécie de operação, destacando que elas podem resultar na criação de barreiras à entrada de desenvolvedores de novas tecnologias. Segundo Sicsú, licenças não exclusivas que, a princípio, seriam benéficas à livre concorrência, por franquearem ao mercado o acesso a novas tecnologias patenteadas, poderiam se degenerar em fontes de danos ao ambiente concorrencial quando o licenciante estabelecesse regras de exclusividade laterais que impedissem o licenciado de acessar outras tecnologias fornecidas por terceiros. *In verbis*:

“Operações envolvendo licenciamento de tecnologia ao desenvolvimento, produção e comercialização de sementes, em geral, não têm o condão de gerar danos à concorrência. Tais operações possibilitam a uma empresa ter acesso à tecnologia-chave para a produção de produto (no caso sementes), o que não seria possível dada

---

<sup>207</sup> Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38, voto do conselheiro relator Marcos Paulo Verissimo, p. 03.

a existência de monopólio dessa tecnologia por parte de outra empresa atuante no mercado.

(...)

Quando o contrato apresenta cláusulas em direção a uma vinculação de exclusividade no fornecimento de inovação, cria-se a dependência a apenas um produtor de tecnologia por meio de mecanismos que fecham o acesso ao mercado de melhoramento de empresas que seguem outras rotas tecnológicas que, com o tempo podem mostrar-se mais eficientes, o que é nocivo para a concorrência dentro da análise de mercados de inovação.

Mesmo que outras empresas desejem fornecer o produto tecnológico e consigam passar à frente da fronteira tecnológica, a concorrência tecnológica é inibida por conta de obrigações contratuais assumidas. Os detentores brasileiros de banco de germoplasma ficariam vinculados apenas ao produto da Monsanto. Tanto empresas existentes quanto entrantes nos mercados de biotecnologia vêem seu acesso ao mercado obstaculizado”.<sup>208</sup>

Consolidando-se esse posicionamento do CADE com o passar dos anos, em 2010 adveio o primeiro precedente de não conhecimento de um contrato de licenciamento não exclusivo de direitos de propriedade intelectual. Tratava-se do Ato de Concentração nº. 08012.000344/2010-71, mais uma vez referente a licenciamento de tecnologia de soja transgênica celebrado entre a Monsanto do Brasil Ltda. e uma de suas parceiras comerciais, no caso a FTS Sementes S.A. O relator, conselheiro Olavo Zago Chinaglia, refletindo sobre o fato de que o CADE já havia, em diversas ocasiões, analisado e aprovado sem restrições esse tipo de contrato, por considerá-los pró-competitivos, e ponderando que as vezes em que foram impostas restrições estas estavam relacionadas a cláusulas de exclusividade que, naquele caso concreto, não se faziam presentes, interpretou que, à luz do artigo 54 da Lei de 1994, contratos dessa espécie não ofereciam o risco potencial de limitar ou prejudicar a livre concorrência, de modo que não seria justificado o conhecimento dessas operações para o exame do controle de estruturas. Segundo o relator:

“Trata-se, tão somente, do licenciamento de um direito de propriedade intelectual, equiparável, para todos os fins, à venda de um produto ou à prestação de serviços, no cotidiano das atividades das Requerentes. A rigor, o único efeito concorrencial possível oriundo da operação notificada seria o ingresso de um novo competidor no mercado, o que só poderia ensejar preocupações para os rivais já estabelecidos.

Esses fatos afastam a necessidade de análise prévia desse contrato pelos órgãos antitrustes, impondo o não-conhecimento do ato de concentração”.<sup>209</sup>

<sup>208</sup> Ato de Concentração nº. 08012.003296/2007-78, voto do conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, p. 03-04.

<sup>209</sup> Ato de Concentração nº. 08012.000344/2010-71, voto do conselheiro Olavo Zago Chinaglia, p. 04.

Destarte, o conselheiro Chinaglia defendeu que contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual não configurariam concentração econômica no sentido do §3º, do art. 54, da Lei de 1994, uma vez que não implicam na transferência de ativos operacionais, na realização de operações societárias ou na formação de *joint ventures*, entre outras formas típicas de concentração. Em razão disso, tampouco seriam aplicáveis, para fins de conhecimento desse tipo de operação, as presunções relativas de *market share* e de faturamento das partes que constam do mesmo dispositivo legal, porque elas seriam pertinentes somente aos atos de concentração, do rol dos quais o relator já havia descartado a inclusão dos contratos de licença de propriedade intelectual. Sendo assim, a única possibilidade de enquadramento desses contratos nas hipóteses do controle de estruturas dar-se-ia com base na redação genérica do *caput* do artigo 54, que se referia a atos que pudessem de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência.

Como a jurisprudência do Conselho revelava, entretanto, que isso só seria possível através de cláusulas laterais anticompetitivas, a exemplo da imposição de cláusulas de exclusividade tais como aquelas mencionadas acima, não haveria fundamento para se conhecer das operações de licenciamento de direitos de propriedade intelectual quando disposições restritivas desse estilo estivessem ausentes do contrato notificado. Deste feitio, como essa seria precisamente a situação do acordo analisado naquele caso concreto, o relator votou pelo não conhecimento da operação, tendo sido seguido pela unanimidade dos demais conselheiros do Tribunal do CADE presentes. Sem embargo, o conselheiro Olavo Chinaglia houve por bem ressaltar que eventuais abusos de posição dominante praticados pela licenciante ficariam sujeitos ao controle de conduta dos órgãos antitruste, que poderiam, por exemplo, sancionar possíveis “exclusividades de fato” impostas por fora do contrato sobre a licenciada.

No mesmo ano em que foi proferida a decisão acima, um segundo contrato de licenciamento de direitos de propriedade intelectual não foi conhecido pelo CADE. Tratou-se do Ato de Concentração nº. 08012.005472/2010-10, que cuidava de licença de tecnologia para a produção de sementes transgênicas de algodão firmado entre Bayer S.A. e Dow Agrosiences Industrial Ltda., o qual tampouco previa quaisquer cláusulas de exclusividade. O relator César Costa Alves Mattos defendeu que fosse adotado o precedente anterior relatado pelo conselheiro Olavo Chinaglia, por considerar que a operação não se subsumiria ao artigo 54 da Lei de 1994, no que foi seguido pela unanimidade do Tribunal. Em voto-vista, o presidente do CADE, conselheiro Arthur Sanchez Badin, pretendeu sistematizar os critérios de não conhecimento que



vinham se delineando no Conselho e propôs duas características simultâneas e imprescindíveis para demarcar os contratos de licença de propriedade intelectual que não constituiriam ato de concentração, a saber: “(i) a ausência de cláusula de exclusividade ou de não-concorrência; e (ii) o ativo, ou o conjunto de ativos, envolvido na operação não representa[r] mais de 20% do faturamento da empresa ou do estabelecimento comercial”.<sup>210</sup>

Após as decisões acima, dois novos contratos de licenciamento não exclusivo de tecnologia da Monsanto com suas parceiras comerciais foram notificados ao CADE no ano de 2012, pouco antes da entrada em vigor da Lei de 2011, quais sejam, o Ato de Concentração nº. 08700.003989/2012-70, firmado com Tropical Melhoramentos e Genética Ltda., e o Ato de Concentração nº. 08700.003897/2012-90, firmado com Cooperativa Central Gaúcha Ltda., ambos de relatoria do conselheiro Ricardo Machado Ruiz e julgados de acordo com a Lei de 1994. O CADE, sem fazer qualquer referência aos dois precedentes de não conhecimento citados, por unanimidade conheceu ambas as operações com base apenas no faturamento das partes e as aprovou sem restrições em razão da ausência de sobreposição horizontal e de cláusulas de exclusividade. Interrompeu-se prematuramente, assim, a ainda tênue construção de uma jurisprudência desfavorável ao conhecimento dessa modalidade de contrato.

Uma vez esboçado esse panorama histórico, o conselheiro Marcos Paulo Verissimo prosseguiu em seu voto no Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38 com o elenco das razões pelas quais defendia, naquele caso concreto, o não conhecimento do contrato *sub judice*, em linha com os critérios observados no estudo dos precedentes do CADE. Os argumentos em questão serão expostos e abordados em profundidade no Capítulo 4 *infra*, por este se tratar do principal *leading case* do assunto. O relato da posição do conselheiro Verissimo, que por sinal não foi seguida pela maioria do Tribunal, já cumpre, todavia, com o desiderato desta seção de demonstrar a existência da controvérsia em torno do conhecimento de contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual na jurisprudência do Conselho.

Na vigência da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, nos autos do Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, que cuidava de contrato de licenciamento de tecnologia de soja transgênica entre Monsanto do Brasil Ltda. e Bayer S.A., o conselheiro Alessandro Octaviani Luis elaborou em seu voto uma tabela com a retrospectiva dos principais embates no CADE acerca da necessidade de se conhecer ou não esse tipo de contrato desde a Lei de 1994, a qual encontra-se reproduzida abaixo:

---

<sup>210</sup> Ato de Concentração nº. 08012.005472/2010-10, voto do conselheiro Arthur Sanchez Badin, p. 11-12.

Tabela 1: Atos de Concentração de licenciamento de tecnologia, compilados pelo conselheiro Octaviani Luis.

Ato de concentração	Requerentes	Operação	Cláusula de exclusividade	Conhecimento ou não conhecimento	Decisão
08012.008359 /2005-11 Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva	Monsanto do Brasil Ltda. e Agroeste Sementes S/A	Trata-se de contrato de licenciamento de propriedade intelectual celebrado pela Monsanto do Brasil Ltda., na qualidade de licenciante, e pela sociedade Agroeste Sementes S/A, na qualidade de licenciada.	-	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical.
08012.004808 /2000-01 Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva	Monsanto do Brasil Ltda. e EMBRAPA	Trata-se de licenciamento de tecnologia para a produção de sementes.	Sim	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical.
08012.003711 /2000-17 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central Agropecuária de Desenvolvimento Tecnológico e Econômico Ltda.	Trata-se de acordo comercial firmado entre a Monsanto e Coodetec disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrição – eliminar as cláusulas de exclusividade e – absterem-se de introduzir novas cláusulas que possam produzir os mesmos efeitos das que foram suprimidas.
08012.003997 /2003-83 Relator: Conselheiro Ricardo Villas Boas Cueva	Monsanto do Brasil Ltda. e a Fundação Mato Grosso Unisoja S/A	Trata-se de acordo comercial firmado entre a Monsanto, FMT e Unisoja, disciplinando as condições pelas quais poderão elas explorar comercialmente as variedades de sementes de soja de propriedade da FMT e Unisoja que contenham o gene Roundup Ready, o qual, por sua vez, é de propriedade da Monsanto Company.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrição. (i) Alteração dos textos das Cláusulas que conferem exclusividade de licenciamento – 2.4., (ii) Alteração do texto da Cláusula 3.1.2 – rescisão contratual imotivada, por parte da Monsanto (denúncia vazia).

Ato de concentração	Requerentes	Operação	Cláusula de exclusividade	Conhecimento ou não conhecimento	Decisão
08012.009265 /2005-69 Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos	Monsanto do Brasil Ltda. e Agromen Sementes Agrícolas Ltda.	Licenciamento, pela Monsanto, à Agromen de tecnologia para a produção de sementes de milho.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade.
08012.000766 /2006-61 Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo	Dow Agrosciences Industrial Ltda. e Monsanto do Brasil Ltda.	Acordo global, firmado no exterior, mediante o qual o Grupo Dow concede à Monsanto licenciamento não exclusivo da tecnologia Widestrike para algodão.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade.
08012.008656 /2006-47 Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú	Monsanto do Brasil Ltda. e COODETEC	Licenciamento, pela Monsanto, à COODETEC de tecnologia para produção de sementes de milho.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade.
08012.000311 /2007-26 Relator: Conselheiro Luís Fernando Schuartz	Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda.	Trata-se de contrato de licenciamento de tecnologia.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrições.
08012.008725 /2007-01 Relator: Conselheiro Luís Fernando Schuartz	Monsanto do Brasil Ltda. e Alellyx S/A e Canavialis S/A	Contrato de licenciamento de tecnologia para cana-de-açúcar (o compartilhamento de determinados bens e a cooperação técnica entre as Requerentes).	-	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical
08012.003296 /2007-78 Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú	Monsanto do Brasil Ltda. e Brasmax Genética Ltda.	Trata-se de acordo de licenciamento firmado entre a Monsanto e Brasmax, disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrições.  (i) Alteração dos textos das Cláusulas que conferem exclusividade de licenciamento – 2.4.,  (ii) Alteração do texto da Cláusula 3.1.2 – rescisão contratual imotivada, por parte da

<b>Ato de concentração</b>	<b>Requerentes</b>	<b>Operação</b>	<b>Cláusula de exclusividade</b>	<b>Conhecimento ou não conhecimento</b>	<b>Decisão</b>
					Monsanto (denúncia vazia).
08012.004091/2007-18 Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú	Associadas Don Mario S.A. e Monsanto do Brasil Ltda.	Trata-se de acordo de licenciamento firmado entre a Monsanto e Don Mario disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Sim	Conhecimento	Aprovação com restrições. (i) Alteração dos textos das Cláusulas que conferem exclusividade de licenciamento – 2.4., (ii) Alteração do texto da Cláusula 3.1.2 – rescisão contratual imotivada, por parte da Monsanto (denúncia vazia).
08012.006198/2008-73 Relator: Conselheiro Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado	Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda.	Trata-se de acordo de licenciamento firmado entre a Monsanto e Nidera, disciplinando as condições de exploração comercial da semente da Soja Roundup Ready.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de exclusividades.
08012.010018/2008-58 Relator: Conselheiro Olavo Zago Chingaglia	Monsanto do Brasil Ltda. e Nufarm Indústria Química e Farmacêutica S.A.	Trata-se de Contrato de fornecimento de insumo (ácido glifosato) para herbicida celebrado entre a Monsanto e a Nufarm.	Não	Não-Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito.
08012.006556/2008-48 Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo	Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda.	Trata-se da concessão de licenciamentos recíprocos e não exclusivos de tecnologias entre a Monsanto e a Syngenta Seeds.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal ou vertical e (ii) ausência de exclusividade no licenciamento.
08012.006367/2009-56 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Razzzo	Monsanto do Brasil Ltda. e Milenia Agrociências S.A.	Trata-se de Contrato de Fornecimento de Ácido de Glifosato entre grupos Monsanto e Makhteshim Agam.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições.

<b>Ato de concentração</b>	<b>Requerentes</b>	<b>Operação</b>	<b>Cláusula de exclusividade</b>	<b>Conhecimento ou não conhecimento</b>	<b>Decisão</b>
08012.001558 /2009-21 Relator: Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan	Monsanto do Brasil Ltda. e Melhoramento Agropastoril Ltda.	Trata-se de acordo comercial firmado entre Monsanto e Melhoramento Agropastoril Ltda., disciplinando as condições de uso da tecnologia Roundup Ready.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de exclusividade no licenciamento.
08012.001559 /2009-76 Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho	Monsanto do Brasil Ltda. e Soytech Seeds Pesquisa em Soja Ltda.	Trata-se de acordo comercial não exclusivo firmado entre Monsanto e Soytech para exploração comercial da tecnologia Roundup Ready.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de exclusividade no licenciamento.
08012.001560 /2009-09 Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos	Monsanto do Brasil Ltda. e Wehrtec-Tecnologia Agrícola Ltda.	Trata-se de Acordo Comercial, não exclusivo, celebrado entre Monsanto e Wehrtec.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições (i) ausência de sobreposição horizontal, (ii) integração vertical irrelevante e (iii) ausência de exclusividade no licenciamento.
08012.002976 /2009-36 Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho	Syngenta Seeds e Dow Agrosciences Industrial Ltda.	Trata-se da concessão de licenciamentos recíprocos e não exclusivos de tecnologias para sementes de milho e de uso das marcas entre os grupos Dow e Syngenta.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições.
08012.004517 /2009-97 Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos	Monsanto do Brasil Ltda. e BR Genética Ltda.	Trata-se de Acordo Comercial não exclusivo, celebrado entre Monsanto e BR Genética para sementes de soja (tecnologia RoundUp Ready).	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições.
08012.006034 /2009-27 Relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo	Instituto Mato-Grossense do Algodão e Monsanto do Brasil Ltda.	Trata-se de Acordo Comercial não exclusivo, celebrado entre Monsanto e o Instituto Mato-Grossense de Algodão para exploração comercial da tecnologia RR.	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições.
08012.000344 /2010-71 Relator: Conselheiro Olavo	Monsanto do Brasil Ltda. e a FTS Sementes S/A	Trata-se da celebração de Acordo Comercial, não exclusivo, entre Monsanto e FTS para soja.	Não	Não Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito.

Ato de concentração	Requerentes	Operação	Cláusula de exclusividade	Conhecimento ou não conhecimento	Decisão
Zago China-glia					
08012.000182 /2010-71 Relator: Conselheiro Ricardo Machado Ruiz	Monsanto do Brasil Ltda. e Iharabras S/A Indústrias Químicas	Trata-se de Contrato de Fornecimento, não exclusivo, por intermédio do qual a Monsanto se compromete a fornecer o herbicida “Stinger”, formulado a base de ácido glifosato à Iharabras.	Não	Conhecimento	Vencido o relator – Arquivamento sem o julgamento do mérito.
08012.005367 /2010-72 Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo	Monsanto do Brasil Ltda. e Dow Agrosciences Industrial Ltda.	Trata-se de contrato de Fornecimento de Glifosato, celebrado entre os grupos Monsanto e Dow, não-exclusivo, por intermédio do qual o grupo Monsanto se compromete a fornecer glifosato ao grupo Dow, que por sua vez, obriga-se a adquirir da Monsanto o produto.	Não	Não-Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito.
08012.005472 /2010- 10 Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos	Bayer e Dow	Trata-se de licenciamento de tecnologia para a produção de sementes de algodão.	Não	Não-Conhecimento	Arquivamento sem o julgamento do mérito.
08700.006336 /2013-23 Relator: Conselheiro Alesandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e EMBRAPA	Trata-se de licenciamento de tecnologia para a produção de sementes de algodão sem a distribuição de <i>royalties</i> .	Não	Conhecimento	Aprovação sem restrições.
08012.002870 /2012-38 Relator: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo	Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Syngenta e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.	Não	Não-Conhecimento	Inicialmente, o posicionamento dos Conselheiros tinha sido o seguinte: (i) Marcos Paulo Verissimo – Não Conhecimento, (ii) Alesandro Octaviani – Conhecimento, (iii) Ana de Oliveira Frazão – Não Conhecimento, (iv) Elvino
08012.006706 /2012-08 Relator: Conselheiro Alesandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Nidera e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.	Não	Conhecimento	

Ato de concentração	Requerentes	Operação	Cláusula de exclusividade	Conhecimento ou não conhecimento	Decisão
08012.003898/2012-34 Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.	Não	Conhecimento	de Carvalho Mendonça – Conhecimento. Em razão do voto-vista do Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro pelo – Conhecimento com imposição de restrições; a decisão final do Plenário foi a seguinte: Conhecimento da operação e aprovação condicionada à alteração de todas as cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia Monsanto.
08012.003937/2012-01 Relator: Conselheiro Alessandro Octaviani Luis	Monsanto do Brasil Ltda. e Don Mario Sementes	Trata-se de contrato de licenciamento celebrado entre Don Mario e Monsanto para tecnologia RR2Pro de soja.	Não	Conhecimento	

Fonte: tabela extraída do voto do conselheiro Octaviani Luis no Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72.

A tabela e os precedentes anteriormente destacados denotam a inconsistência das decisões do CADE sob a regência da Lei de 94, em especial no que se refere aos contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual. No geral, havia, portanto, uma ausência de análises aprofundadas para se estabelecer a necessidade de conhecimento das operações notificadas, limitando-se a maioria das decisões a conhecer dos atos com base exclusivamente nos critérios de faturamento ou de *market share* das partes. Sem embargo, alguns precedentes chegaram a desafiar esse marasmo, mas não tiveram aplicação metódica e continuada posteriormente.

A Lei de Defesa da Concorrência de 2011, no entanto, forçará o CADE a mudar de postura, tendo em vista a sua nova sistemática para o controle de estruturas. De fato, conforme visto anteriormente, ao contrário de sua predecessora, cuja redação genérica e aberta autorizava o conhecimento de todo e qualquer ato que, sob qualquer forma, pudesse limitar ou prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados, a atual Lei de Defesa da

Concorrência preconiza que devem ser notificadas previamente ao controle de estruturas apenas as operações cujas partes atinjam os patamares de faturamento fixados na legislação e cujo ato em si se enquadre numa das hipóteses objetivas de ato de concentração previstas no artigo 90 do mesmo diploma legal. Destarte, no novo regime antitruste do controle preventivo, a primazia já não cabe mais aos efeitos, mas sim à caracterização da operação como ato de concentração.

Foi exatamente por esse motivo que o debate objeto deste estudo auferiu relevância, uma vez que dentre as hipóteses de ato de concentração contempladas pela Lei de 2011 encontravam-se os chamados “contratos associativos”, que careciam de definição legal. Prosseguindo, portanto, na caminhada histórica em meio aos precedentes do CADE, abordaremos na seção seguinte as decisões do Conselho proferidas já na vigência do novo diploma legal.

## **2.6. Decisões do CADE sob a Lei nº. 12.529 de 2011 até a Resolução nº. 10 de 2014**

Dada a abstração e a generalidade dos contornos acerca dos atos de concentração que seriam de notificação obrigatória ao CADE sob a regência da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, um dos motes da Lei de 2011 foi melhor definir as balizas do controle de estruturas, conforme visto anteriormente. Não obstante, a nova lei introduziu os chamados “contratos associativos” dentre as hipóteses de ato de concentração, o que ensejou a permanência das dúvidas e da indefinição a respeito da necessidade de notificação de contratos em geral e, no que interessa o objeto deste trabalho, dos licenciamentos de direitos de propriedade intelectual em particular. Assim, já sob a vigência do atual diploma, o CADE conheceu e julgou novos casos de acordos de *codeshare* entre companhias aéreas e ainda outras modalidades de parcerias comerciais e estratégicas entre agentes econômicos de variados setores, como o compartilhamento de infraestruturas e a venda conjunta de espaços publicitários por veículos midiáticos, por exemplo. Vejamos os casos a seguir.

Em novembro de 2012, a recém-criada Superintendência-Geral do CADE aprovou sem restrições o Ato de Concentração nº. 08700.008736/2012-92, relativo a contrato de parceria comercial firmado entre a Petrobras Distribuidora S.A. (“BR”) e o Consórcio MPEC, este formado por empresas que atuam na avaliação e diagnóstico de questões e riscos ambientais,



incluindo em aspectos ligados à proteção da saúde e à segurança do trabalho para prestadoras de serviços de distribuição de combustíveis. A parceria possibilitaria à BR e ao Consórcio MPEC ofertar serviços de gestão ambiental e de riscos para grandes consumidores de derivados de petróleo, tais como indústrias, transportadoras e órgãos governamentais, por exemplo. Assim, a BR reforçaria sua oferta desses serviços complementares para seus clientes por intermédio do parceiro MPEC, que por sua vez poderia ampliar sua clientela nesse segmento.

Como os centros decisórios das partes permaneceriam independentes, elas requereram na notificação que a operação não fosse conhecida pelo CADE, uma vez que o contrato *sub judice* não constituiria hipótese de concentração econômica em função da ausência do grau de vinculação estrutural entre os contratantes que se exige das operações clássicas de concentração, tais como fusões e aquisições. Instada a se manifestar sobre essa questão, a Procuradoria do CADE, cujo entendimento foi posteriormente adotado pela Superintendência, proferiu parecer no qual defendeu que devem ser submetidos ao CADE os contratos que (a) importem no desenvolvimento conjunto de atividade econômica e que (b) estabeleçam exclusividade na relação entre as partes no que diz respeito ao objeto da parceria, o que se sucedia no caso concreto e justificava o conhecimento da operação. Convém transcrever:

“Deve-se reconhecer que essas associações entre empresas, voltadas para o desenvolvimento de uma atividade econômica, são aptas a alterar as condições de mercado e, nessa medida, devem ser objeto da preocupação antitruste, tendo em vista que proporcionam, em regra, o compartilhamento de informações e/ou de infraestrutura, que pode terminar por alterar o comportamento das partes no mercado de atuação ou interferir no relacionamento das partes com terceiros, tais como clientes, concorrentes, fornecedores. Portanto, mesmo envolvendo aquisição de participação societária, o contrato associativo, em tese, pode o abuso do poder econômico dos seus figurantes e, portanto, deve ser submetido à prévia análise do CADE, uma vez preenchidos os critérios dos incisos I e II do art. 88.

(...)

Pelo exposto, percebe-se, no presente caso, a delimitação de um negócio jurídico subsumível ao controle da autoridade antitruste, na medida em que apresenta as seguintes características:

1) trata-se do estabelecimento de uma relação entre empresas, que não obstante possam manter sua autonomia jurídica e econômica, irão, em conjunto, desenvolver uma atividade econômica. Observe-se, inclusive, que a parceria a ser firmada proporcionará à Petrobrás o complemento técnico (*know how*) e estrutural de que precisa para passar a explorar esse tipo de atividade econômica à vista da demanda de sua rede de clientes adquirentes de derivados de petróleo e

2) o contrato prevê exclusividade entre as partes contratantes, impedindo-as de prestar a terceiros individualmente serviços semelhantes aos que forem objeto da parceria”.<sup>211</sup>

Do arrazoadado acima, percebe-se que o parecer demonstrou uma preocupação maior com os possíveis efeitos anticompetitivos do contrato do que propriamente com a conceituação da natureza e das características próprias que o definiriam como um contrato “associativo”. Desse modo, a posição do parecer reflete uma postura ainda fincada na lógica da Lei de 1994, conforme a qual deviam ser submetidos ao CADE quaisquer atos que pudessem de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. Este raciocínio contrasta, naturalmente, com a sistemática da Lei de 2011, pela qual uma operação deve ser notificada e conhecida não em função dos potenciais riscos que vier a representar para a concorrência, mas sim por estar listada dentre as hipóteses objetivas de ato de concentração eleitas pelo legislador para figurar no rol de operações cuja submissão ao controle preventivo é obrigatória.<sup>212</sup> Sem embargo, o parecer logrou esboçar um entendimento incipiente do que seriam os contratos associativos, ao atentar para o desenvolvimento de uma atividade econômica conjunta, com a qual as partes se comprometeriam através de um liame de exclusividade.

Em março de 2013, porém, no Ato de Concentração nº. 08700.000548/2013-05, um acordo entre, de um lado, TIM Celular S.A. e, de outro, 14 Brasil Telecom S.A. e TNL PCS S.A. (ambas do Grupo Oi) foi conhecido pelo CADE com base exclusivamente no faturamento das partes, sem que houvesse discussão a respeito do enquadramento da operação na categoria dos contratos associativos e sem qualquer referência ao precedente anterior e aos critérios expostos no parecer da Procuradoria do CADE. No caso, o contrato consistia num memorando de entendimentos para avaliar a viabilidade do compartilhamento de infraestrutura de rede entre as partes para implantar e prestar serviços de telefonia móvel e banda larga através da tecnologia 4G. A Superintendência aprovou a operação sem restrições, dada a manutenção da independência e da concorrência entre as partes no mercado de telefonia móvel.

No Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49, TAM Linhas Aéreas S.A. e American Airlines, Inc. notificaram a celebração de um acordo de *codeshare* típico, inserido no contexto da fusão daquela com a chilena LAN Airlines S.A., que já detinha parceria com a American por mais de uma década. O contrato contemplava a disponibilização recíproca de assentos em diversas rotas nacionais e internacionais que abrangiam Estados Unidos, Canadá,

---

<sup>211</sup> Ato de Concentração nº. 08700.008736/2012-92, parecer da Procuradoria do CADE, p. 03-04.

<sup>212</sup> Naturalmente, parte-se do pressuposto de que os atos de concentração listados pela lei lá se encontram porque os riscos à livre concorrência por eles ofertados foram levados em consideração na elaboração da listagem legal.

México e Brasil, havendo sobreposição horizontal em algumas delas. A operação foi aprovada sem restrições em abril de 2013 pela Superintendência-Geral do CADE, que, mais uma vez, não enfrentou a discussão preliminar do enquadramento de acordos de *codeshare* na categoria dos contratos associativos, porquanto a operação foi conhecida com base exclusivamente no faturamento das partes, tampouco tendo havido qualquer menção ao precedente da parceria entre BR e MPEC.

No mês seguinte, maio de 2013, a Superintendência analisou novo contrato de compartilhamento de infraestrutura, relativo a meios de transmissão para fornecimento de internet móvel 2G, 3G e 4G, desta vez celebrado entre, de um lado, Claro S.A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel e Primesys Soluções Empresariais S.A. e, de outro, Telefônica Brasil S.A. e Vivo S.A. (Ato de Concentração nº. 08700.003536/2013-24), em tudo semelhante ao acordo entre Oi e TIM examinado anteriormente. A questão do conhecimento foi abordada em nota de rodapé no parecer da Superintendência, na qual, além de se fazer menção ao conhecimento da operação entre Oi e TIM, numa espécie de evocação do princípio da isonomia, consignou-se que,

“em se tratando de acordo de cooperação entre dois concorrentes diretos, para compartilhamento de ativos necessários às suas atividades econômicas e que, em tese, em determinados casos podem ser incluídas cláusulas restritivas à concorrência, a cautela demanda a apreciação da operação”.<sup>213</sup>

Ou seja, não se cuidou de conceituar o que seriam os contratos associativos, mas acrescentou-se ao exercício conjunto de atividade econômica a sinalização de que a notificação ao CADE de acordos de cooperação entre concorrentes para compartilhamento de ativos seria igualmente necessária. Ao final, a operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência, em vista da ausência de sobreposição horizontal ou integração vertical nos mercados de telefonia móvel e banda larga.

No Ato de Concentração nº. 08700.007347/2013-20, decidido em setembro de 2013, o CADE analisou um contrato de fornecimento de fogões, pelo qual a Mabe Brasil Eletrodomésticos Ltda. (na época em recuperação judicial) fabricaria e venderia para sua concorrente Whirlpool S.A. uma quantidade determinada de fogões de baixo custo, que seriam comercializados pela Whirlpool sob uma de suas marcas próprias. Segundo as partes, o contrato

---

<sup>213</sup> Ato de Concentração nº. 08700.003536/2013-24, parecer da Superintendência-Geral, p. 02.

permitiria que a Mabe ocupasse parte de sua capacidade ociosa, ajudando-a no processo de recuperação judicial, ao mesmo tempo em que seria pró-competitivo pela manutenção da independência e das condições de concorrência entre as duas empresas no mercado. Os benefícios para a Whirlpool adviriam da aquisição rápida e por preços competitivos de fogões de baixo custo para o atendimento de sua demanda.

Ao se debruçar sobre pedido formulado pelas partes para que a operação não fosse conhecida, por se tratar de mera compra e venda que não configuraria ato de concentração, a Superintendência-Geral do CADE destacou que o contrato apresentava fator de inegável importância concorrencial, na medida em que envolvia o fornecimento de produto em cujo mercado as partes competiam e que implicava na ocupação de capacidade ociosa de uma delas, a qual constitui elemento crucial para o exercício da rivalidade.<sup>214</sup> Destarte, a Superintendência sublinhou que contratos de fornecimento comprometem ativos e capacidade produtiva das partes, o que, no caso de empresas concorrentes, pode vir acompanhado de cláusulas restritivas à concorrência, tais como o compartilhamento de informações sensíveis ou formas de coordenação do atuar das contratantes no mercado. Por conseguinte, a potencial nocividade desses acordos somente poderia ser averiguada após a análise de seu conteúdo, o que justificaria o conhecimento da operação.

Os argumentos empregados pela Superintendência do CADE denotam que a análise preliminar de conhecimento foi mais uma vez orientada pelos potenciais efeitos anticompetitivos que poderiam advir da operação,<sup>215</sup> ao invés de se dedicar ao enquadramento de contratos de fornecimento na categoria dos contratos associativos, estipulando-se os crivos necessários para tanto. Ao final, convém noticiar que a operação foi aprovada sem restrições, sobretudo em função da pequena representatividade do contrato nos números das operações totais de ambas as partes no Brasil.

No ano seguinte, pouco antes da edição da Resolução nº. 10 de 2014, que será tratada na seção subsequente, um acordo entre diversos jornais<sup>216</sup> para a oferta conjunta de espaços

---

<sup>214</sup> “(...) a capacidade ociosa é elemento crucial de exercício de rivalidade, pois, frente a uma tentativa de elevação dos preços de um produto de determinada empresa, seus concorrentes podem utilizar suas capacidades ociosas para absorver o desvio de demanda desse produto e, assim, reequilibrar a dinâmica competitiva desse mercado”. Ato de Concentração nº. 08700.007347/2013-20, parecer da Superintendência-Geral, p. 03.

<sup>215</sup> “Por essa razão, uma relação contratual desse tipo, envolvendo duas empresas rivais, cujos faturamentos se enquadram nos critérios de notificação obrigatória estabelecidos na Lei 12.529/11, adequados pela Portaria Interministerial MJ/MF nº 994/2012, não pode passar ao largo da tutela da autoridade antitruste, em razão dos seus potenciais efeitos anticoncorrenciais”. Ato de Concentração nº. 08700.007347/2013-20, parecer da Superintendência-Geral, p. 03, grifos nossos.

<sup>216</sup> Arete Editorial S.A. (“Lance!”), Editora Gazeta do Povo S.A. (“Gazeta do Povo”), Empresa Folha da Manhã S.A. (“Folha”), Correio Popular S.A. (“Correio Popular”), Empresa Jornalística O Povo S.A. (“O Povo”),

publicitários na *internet* foi submetido à análise do CADE pelas partes, em razão da indefinição em torno do conceito de contrato associativo (Ato de Concentração nº. 08700.005590/2014-95). Pelo contrato, as partes passariam a ofertar conjuntamente, por meio de um único intermediário, determinada categoria de anúncio *online*, que não correspondia à totalidade de seus respectivos acervos de espaços publicitários, com o intuito de diminuir os custos de transação enfrentados por seus clientes na contratação simultânea de mais de um veículo midiático para campanhas publicitárias de largo alcance. À luz da pequena participação de mercado das partes no segmento de publicidade *online*, a Superintendência aprovou a operação sem restrições e sem qualquer discussão acerca do seu conhecimento, cujo fundamento limitou-se ao faturamento das partes. A única menção a “contrato associativo” encontra-se na ementa do parecer, que não chega a desenvolver o tema.

Constata-se, portanto, que as primeiras decisões proferidas pelo CADE sob os auspícios da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, em diversificadas modalidades contratuais, não se esmeraram em perscrutar qual seria o sentido da expressão “contratos associativos” empregada pela lei. Não obstante, particularmente no que diz respeito a contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, o Tribunal do CADE julgou, concomitantemente nesse período, quatro atos de concentração cuja decisão conjunta constitui o principal *leading case* na matéria, em razão da profundidade com que o tema foi tratado.

Tratou-se do julgamento de quatro contratos de licenciamento não exclusivo de tecnologia de soja transgênica, celebrados pela Monsanto do Brasil Ltda. com as seguintes parceiras comerciais: Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. (Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38), Nidera Sementes Ltda. (Ato de Concentração nº. 08012.006706/2012-08), Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola – Coodetec (Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34) e Don Mario Sementes Ltda. (Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01). Em todos os casos, a Monsanto licenciava suas patentes para a transgenia denominada *Roundup Ready* de segunda geração a fim de que suas parceiras pudessem pesquisar e desenvolver cultivares de variedades de soja que contivessem o referido evento transgênico, que confere resistência a defensivos agrícolas à base de glifosato e a insetos para as plantas. O acordo com a Syngenta foi notificado cerca de um mês antes da entrada em vigor da Lei de 2011, mas as discussões e a solução aplicada a ele foram as mesmas que se

deram nos outros três casos, que, a seu turno, foram notificados ao CADE poucos dias depois da nova lei entrar em vigor.

Tanto a SEAE quanto a Superintendência-Geral emitiram pareceres nos quais defenderam o conhecimento e a aprovação sem restrições das operações, por cuidarem de licenciamento não exclusivo que permitiria às licenciadas acessar a tecnologia de titularidade da Monsanto sem que lhes fosse tolhida a possibilidade de usar tecnologias de terceiros. Na primeira sessão de julgamento dos quatro casos no Tribunal do CADE, ocorrida em dezembro de 2012, o relator do contrato com a Syngenta, conselheiro Marcos Paulo Verissimo, defendeu o não conhecimento das operações, ao passo que o relator dos outros três contratos, conselheiro Alessandro Octaviani Luis, votou pelo conhecimento seguido da aprovação sem restrições. Após sucessivos pedidos de vista, realizados sequencialmente pelos conselheiros Ana Frazão, Elvino de Carvalho Mendonça e Eduardo Pontual Ribeiro, o julgamento prosseguiu por mais três sessões, tendo se encerrado em agosto de 2013.

Todos os votos serão reportados e analisados em minúcias no Capítulo 4, cabendo aqui somente noticiar que a posição que prevaleceu entre a maioria dos conselheiros foi no sentido de conhecer a operação e aprová-la com restrições, em função da constatação de que o contrato previa uma série de cláusulas laterais que lhe retirariam a natureza de uma simples licença, de caráter comutativo, para caracterizá-lo como associativo e concentrativo entre as partes. Com efeito, o conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro verificou a existência de estipulações contratuais que denotavam um objetivo comum entre as contratantes e que permitiriam à Monsanto, de certa forma, controlar as escolhas comerciais de suas licenciadas, tomando proveito de sua posição dominante na etapa de desenvolvimento tecnológico da cadeia produtiva do mercado de soja para impor uma exclusividade de fato sobre suas parceiras.

Assim, fixou-se neste *leading case* o entendimento majoritário de que um contrato puramente de licença não exclusiva de direitos de propriedade intelectual possuiria, em tese, natureza estritamente comutativa, o que não justificaria o conhecimento desse tipo de operação pelo controle antitruste das estruturas. Sem embargo, reconheceu-se que um acordo de licenciamento dessa espécie pode vir acompanhado de cláusulas que o transfiguram em ato de concentração, tais como a presença de disposições que caracterizem um objetivo comum ou que permitam o controle de uma parte sobre a outra, hipótese na qual a obrigatoriedade da notificação prévia à autoridade antitruste não poderia ser afastada.

Antes da conclusão do julgamento conjunto dos quatro casos acima, dois novos contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual da Monsanto foram

notificados ao CADE. O primeiro deles, protocolado em junho de 2013, cuidava de licença não exclusiva da mesma tecnologia de soja transgênica, *Roundup Ready* de segunda geração, desta vez celebrado com a Bayer S.A. (Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72). O segundo, notificado em julho de 2013, tratava de licença não exclusiva de tecnologia de algodão transgênico e foi firmado com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa (Ato de Concentração nº. 08700.006336/2013-23).

Em ambos os casos, a Superintendência-Geral do CADE, antes do término do julgamento conjunto dos quatro contratos anteriores da Monsanto, proferiu parecer defendendo o não conhecimento de licenças não exclusivas de propriedade intelectual, contanto que estivessem ausentes desses contratos quaisquer acordos laterais de não-concorrência, de transferência de ativos, de organização comum ou vínculos societários de qualquer natureza, ou ainda qualquer outra medida que implicasse em alteração dos centros decisórios das partes ou restrição concorrencial entre elas. Para a Superintendência, essa espécie de operação não acarretaria associação ou concentração, de modo que não constituiria ato de concentração econômica e, conseqüentemente, não seria de notificação obrigatória ao CADE nos termos da Lei. Ademais, a Superintendência pontuou que a exigência de notificação desses contratos teria um péssimo custo-benefício para a autarquia, partindo das premissas resumidas abaixo:

“(i) acordos de licenciamento de tecnologia como o presente, sem exigências de exclusividade, não-concorrência, transferência de ativos, vínculos societários, associação, alteração de centros decisórios ou restrição concorrencial outra, são pró-competitivos;

(ii) eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes de licenciamentos de tecnologia normalmente envolvem a presença de algum tipo de cláusula como as citadas no item (i) e/ou dependem de práticas extra-contratuais e direcionadas por parte do agente infrator;

(iii) nos casos de acordos de licenciamento de tecnologia não-exclusivos e sem a presença de restrições como as citadas no item (i), além de não se vislumbrar efeitos anticompetitivos prováveis (pelo contrário), inexistiriam remédios aplicáveis em sede de ato de concentração, e a proibição do licenciamento tenderia a gerar efeitos imprevisíveis e potencialmente mais danosos;

(iv) nos casos de acordos de licenciamento de tecnologia não-exclusivos e sem a presença de restrições como as citadas no item (i), na medida em que eventuais efeitos anticompetitivos muito provavelmente dependem de práticas extracontratuais e direcionadas por parte do agente infrator, a identificação de eventuais casos pontuais anticompetitivos via controle prévio de estruturas é improvável, sendo este meio também potencialmente inadequado para lidar com o problema, na medida em que não oferece remédios possíveis, que gerem efeitos benéficos claros e previsíveis, ou que sejam suficientes para corrigir as distorções (já que estas não são unicamente causadas pelo acordo contratual).

A **conclusão** que se extrai dessas observações parece apontar fortemente, no entender desta Superintendência, para uma relação custo-benefício ruim, e potencialmente danosa, na obrigatoriedade de notificação de licenciamentos de tecnologia sem exclusividade ou outras restrições. O conhecimento dessas operações gera custos ao CADE e às empresas envolvidas – em casos que são, de modo absolutamente majoritário, benéficos à concorrência, e que, portanto, deveriam ser desonerados pelo Conselho –, a troco de muito pouco: os eventuais casos com efeitos anticompetitivos possuem características contratuais distintas ou extra-contratuais, e a sua análise via controle prévio de estruturas é inadequada e com resultados potenciais nulos, insuficientes ou mesmo deletérios, sendo tratada de modo muito mais adequado e frutífero via controle de condutas, quando for o caso (provavelmente raramente, implicando menos custos às empresas e à Administração)”.<sup>217</sup>

A despeito da fundamentação acima, os dois casos foram avocados pelo Tribunal do CADE na pessoa do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, no processo da Bayer, e do presidente Vinícius Marques de Carvalho, no processo da Embrapa, dos quais partiu a iniciativa na forma do artigo 65, inciso II, da Lei de Defesa da Concorrência de 2011.<sup>218</sup>

O caso da Embrapa foi conhecido “por cautela”<sup>219</sup> pelo Tribunal com base somente no faturamento das partes, tendo em vista que o julgamento conjunto dos quatro contratos celebrados pela Monsanto com Syngenta, Nidera, Coodetec e Don Mario não havia ainda terminado na ocasião. Na verdade, o contrato da Monsanto com a Embrapa foi julgado na sessão imediatamente anterior àquela na qual seria concluído o julgamento conjunto dos quatro contratos anteriores da Monsanto, ambas ocorrendo em agosto de 2013.<sup>220</sup> A partir de sua posição já consignada no julgamento conjunto desses quatro contratos, a conselheira Ana Frazão votou pelo não conhecimento da operação envolvendo a Embrapa. Prevaleceu, contudo, o voto do relator Alessandro Octaviani Luis, alicerçado no qual a operação foi conhecida pela maioria, vencida apenas a conselheira Frazão, e aprovada unanimemente sem restrições, na medida em que, dentre outras razões, o *market share* das partes no mercado de algodão era reduzido e o contrato não apresentava exclusividade ou cláusulas restritivas das atividades da licenciada ou da concorrência.

<sup>217</sup> Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, parecer da Superintendência-Geral do CADE, p. 07-08. Grifo do original.

<sup>218</sup> Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: (...) II - o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

<sup>219</sup> Expressão empregada no voto do relator, conselheiro Alessandro Octaviani Luis, p. 02.

<sup>220</sup> O contrato da Embrapa foi julgado na 26ª Sessão do Tribunal, em 07.08.2013, ao passo que os contratos com Syngenta, Nidera, Coodetec e Don Mario foram julgados na 27ª Sessão, em 28.08.2013, na qual foi proferido o voto-vista do conselheiro Eduardo Pontual, que concluiu o julgamento conjunto desses casos.



Por sua vez, o caso da Bayer foi julgado pelo Tribunal do CADE alguns meses depois da conclusão do julgamento conjunto dos quatro contratos da Monsanto com Syngenta, Nidera, Coodetec e Don Mario, já em janeiro de 2014. Valendo-se dos critérios que prevaleceram neste precedente, o voto do relator Alessandro Octaviani Luis advogou o conhecimento e a aprovação da operação com restrições, tendo sido acolhido pela unanimidade do Tribunal. Conforme será tratado no Capítulo 4, o racional da decisão baseou-se na presença de cláusulas que desnaturavam a essência comutativa de um contrato de licença para torná-lo associativo, tendo em vista o estabelecimento de um objetivo comum entre as partes e diversas disposições contratuais que permitiam à Monsanto influenciar e controlar a licenciada. Nesse sentido, o relator foi bastante enfático ao asseverar que:

“Deve se abandonar, portanto, a figura do "mero" contrato de licenciamento de tecnologia como negócio jurídico acima ou fora da cadeia produtiva em que se insere, por meio do qual o licenciante simplesmente autorizaria a utilização de sua tecnologia, sem qualquer envolvimento no processo produtivo, esperando passivamente pelo recebimento dos royalties. Tal ingênuo caricatura não condiz com a realidade e sublima questões concorrenciais de extrema importância”.<sup>221</sup>

Por fim, o precedente do contrato entre Monsanto e Bayer foi, a seu turno, aplicado pela Superintendência-Geral no Ato de Concentração nº. 08700.008301/2014-00, apresentado alguns meses depois, em outubro de 2014. Tratava-se de novo contrato da Monsanto com a Embrapa, mas dessa vez tendo por objeto o licenciamento não exclusivo da tecnologia de soja transgênica *Roundup Ready* de segunda geração. Uma vez que a Monsanto endereçou na minuta todas as preocupações manifestadas pelo Tribunal do CADE nos casos anteriores, assegurando que o contrato não ensejaria qualquer forma de controle sobre a licenciada, a Superintendência conheceu e aprovou a operação sem restrições naquele mesmo mês.

A jornada em meio à jurisprudência do CADE, que revelou a diversidade das posições da Superintendência-Geral e dos conselheiros do Tribunal, inclusive entre si, nos precedentes que pulularam após a promulgação da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, demonstra como a temática da notificação de contratos em geral, e de acordos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual em particular, era controvertida e carecia de sistematização no ordenamento jurídico brasileiro. Esse imbróglio seria enfrentado ativamente pelo CADE por

---

<sup>221</sup> Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72, voto do conselheiro relator Alessandro Octaviani Luis, p. 51.

meio da edição de uma resolução com o fito de regulamentar as hipóteses de notificação de contratos associativos, conforme passamos a expor adiante.

## **2.7. A Resolução nº. 10 de 2014 e a jurisprudência do CADE**

Decorridos quase dois anos de vigência da Lei de Defesa da Concorrência de 2011 e tendo em vista as incertezas que ainda sondavam a notificação dos “contratos associativos” nela previstos, o CADE, após julgar os relevantes precedentes decididos em 2013 (mencionados na seção precedente), colocou em consulta pública, em fevereiro de 2014, uma proposta de resolução para disciplinar as hipóteses de notificação da celebração de contratos associativos, que ficou aberta até abril de 2014. Como resultado, foi editada pelo plenário do CADE a Resolução nº. 10 de 29 de outubro de 2014, que entrou em vigor em janeiro de 2015.

Segundo Luiza Kharmandayan, o CADE verificou a experiência de outras jurisdições, realizou um profundo levantamento jurisprudencial de suas próprias decisões e acolheu muitas das contribuições apresentadas na consulta pública, a fim de elaborar critérios de notificação que: (i) reduzissem a insegurança jurídica, tanto para as partes quanto para o CADE; (ii) evitassem que contratos com problemas concorrenciais não fossem notificados; e (iii) minimizassem a notificação de contratos que não oferecessem quaisquer riscos concorrenciais.<sup>222</sup> Desse modo, a Resolução nº. 10 de 2014 propôs a seguinte definição de contrato associativo para fins de notificação obrigatória ao CADE:

Art. 2º. Respeitados os critérios objetivos estabelecidos no artigo 88 da Lei nº 12.529, de 2011, e para fins do disposto nesta lei, consideram-se associativos quaisquer contratos com duração superior a 2 (dois) anos em que houver cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência.

§1º Para fins do disposto no caput deste artigo, considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência:

---

<sup>222</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 415.

I – nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%); ou

II – nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições:

- a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes;
- b) do contrato decorra relação de exclusividade.

§2º Para fins dos incisos I e II deste artigo, consideram-se partes contratantes as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos, conforme definição do artigo 4º da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012.

§3º Os contratos com duração inferior a dois anos devem ser notificados nos termos desta Resolução quando, mediante sua renovação, o período de 2 (dois) anos for atingido ou ultrapassado.

Esquematizando-se os termos da resolução, temos que seriam considerados “associativos” os contratos (a) com duração superior a dois anos em que houvesse (b.1) cooperação horizontal ou vertical ou (b.2) compartilhamento de risco e (c) que acarretassem, entre as partes contratantes, relação de interdependência. Há, portanto, um primeiro critério objetivo (prazo de vigência do contrato) e o emprego de uma série de elementos caracterizantes, que são passíveis de ampla interpretação.

A fim de que não adviessem dúvidas a respeito dos novos elementos aportados pela resolução para delimitar os contratos associativos, a regulamentação prossegue com a enunciação de uma definição para eles. Destarte, ainda segundo a Resolução nº. 10 de 2014, haveria (b.1) cooperação horizontal ou vertical ou (b.2) compartilhamento de risco que (c) acarreta relação de interdependência nos seguintes casos:

(i) Nos contratos em que as partes estivessem horizontalmente relacionadas relativamente ao seu objeto, quando a soma de suas participações no mercado relevante afetado fosse igual ou superior a 20%; ou

(ii) Nos contratos em que as partes estivessem verticalmente relacionadas relativamente ao seu objeto, quando pelo menos uma delas detivesse 30% ou mais dos mercados relevantes afetados, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições adicionais: (1) o contrato estabelecesse o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; ou (2) do contrato decorresse relação de exclusividade.

O primeiro critério estabelecido pela Resolução nº. 10 de 2014 é, portanto, assaz objetivo: contratos com duração inferior a dois anos não podem ser considerados associativos; logo, não precisam ser notificados ao CADE. Esse requisito temporal é bastante apropriado, porquanto pode-se inferir que contratos que proporcionam uma associação entre as partes pressupõem um certo grau de estabilidade na relação estabelecida entre elas, que não condiz com a fugacidade.<sup>223</sup> Retomando o conceito por nós proposto *supra*, se os contratos associativos entabulam uma cooperação qualificada visando a realização de um objetivo comum, não se pode cogitar no imediatismo das contraprestações comutativas habituais. Ao revés, ainda que contratos comutativos possam apresentar eventualmente um longo prazo de vigência, os contratos associativos estão mais intrinsecamente voltados para o desenvolvimento de uma relação duradoura entre as partes, pois não é da natureza da associação ser efêmera como o mero cumprimento de obrigações pontuais, mesmo que sucessivas.<sup>224</sup>

De fato, quanto mais curta a duração, menores as chances de se estabelecer uma associação com efeitos concentrativos no mercado entre as partes, o que reduziria consigo os riscos concorrenciais. É por essa razão que o alerta de Paula Forgioni chama particular atenção para o prazo da cooperação empresarial: *“a atuação conjunta das empresas é capaz de causar, nos mercados envolvidos, praticamente os mesmos efeitos que derivariam de prática concentracionista, especialmente se o prazo de vinculação for longo”*.<sup>225</sup>

Nesse mesmo sentido, as observações de Deborah Caixeta:

“(...) o prazo de dois anos previsto na Resolução apresenta-se razoável para dispensar a notificação de contratos que apresentam baixo potencial ofensivo. Isso porque a experiência do Conselho tem demonstrado que, ainda que contratos inferiores a dois anos possam em tese ser considerados contratos de longa duração, tais contratos, raramente, terão o objetivo, a potencialidade ou mesmo a possibilidade de estabelecer uma estrutura econômica distinta daquela pré-existente e, portanto, capaz de alterar as relações de concorrência do mercado”.<sup>226</sup>

<sup>223</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 224.

<sup>224</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 122.

<sup>225</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 370.

<sup>226</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 122-123.

O requisito temporal também condiz com a legislação europeia vista no capítulo anterior, dado que o Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho define a concentração econômica a partir de mudanças duradouras no controle das empresas e, por conseguinte, na estrutura do mercado. O regulamento europeu não fixou, todavia, nenhum limiar de tempo que presumisse oficialmente o aludido efeito duradouro.

Sendo assim, o CADE estabeleceu um primeiro corte objetivo que auxilia a afastar do controle preventivo contratos de curta duração, que oferecem menores riscos concorrenciais em função de sua brevidade. A preocupação central da autoridade antitruste, que justifica o ônus do controle preventivo, reside, pois, nos contratos capazes de provocar mudanças estruturais de longo prazo no mercado, e não nos acordos curtos do cotidiano empresarial; por isso a adequação deste requisito objetivo. Os critérios da resolução subsequentes ao horizonte temporal, porém, padecem de maior subjetividade, na medida em que o CADE teria, aparentemente, introduzido novos conceitos indeterminados para qualificar os contratos associativos.

Com efeito, a qualificação do contrato como associativo dependeria da constatação da prática de (b.1) cooperação horizontal ou vertical ou de (b.2) compartilhamento de risco que (c) acarretasse relação de interdependência entre as partes contratantes. Logo, a princípio, o desafio do intérprete seria identificar a presença desses fatores no contrato. No entanto, tendo em vista que a Resolução nº. 10 de 2014 houve por bem estabelecer a forma pela qual se deve considerar presentes esses elementos (art. 2º, §1º), sucedeu-se que, na prática, a regulamentação implementou um critério de notificação baseado quase que exclusivamente no *market share* das partes.

De fato, a Resolução nº. 10 de 2014 dispõe que, nas relações horizontais, a soma de *market shares* igual ou superior a 20% seria suficiente para configurar a cooperação ou o compartilhamento de risco que causa relação de interdependência. Por sua vez, para as relações verticais, o mesmo dispositivo alude a um *market share* de 30% de pelo menos uma das partes, condicionado, todavia, à presença adicional de cláusula de exclusividade ou de compartilhamento de receitas ou prejuízos. Por conseguinte, sobreleva-se no regulamento o *market share*, que se traduziu como principal critério de notificação de contratos sob a égide da Resolução nº. 10 de 2014.

Segundo Luiza Kharmandayan, após receber inúmeras contribuições durante a consulta pública que antecedeu a edição da resolução, no sentido de que os contratos associativos deveriam ser caracterizados pela presença de cooperação ou de compartilhamento

de riscos ou de interdependência ou de empreendimento em comum ou de comunhão de escopo, *etc*, entre as partes, o CADE ponderou que, à luz de sua própria jurisprudência, na qual essas questões se fazem presentes, seria adequado adotar, em alguma medida, essa linha de raciocínio na regulamentação da matéria.<sup>227</sup> No entanto, temendo que o emprego desses conceitos deixasse a norma vaga e subjetiva, a autarquia decidiu submetê-los aos parâmetros de *market share* citados acima para efeitos de notificação das operações. Como coloca a autora:

“(...) Verificou-se, ao mesmo tempo, uma dificuldade considerável em identificar os elementos concretos a partir dos quais se poderia detectar a existência de cooperação ou afins. Se a própria jurisprudência revelava que o conteúdo desses conceitos era designado por aspectos distintos em cada caso, restava claro que sua textura aberta requeria, das partes, um exercício interpretativo nada trivial para determinar se seus contratos deveriam ou não ser notificados.

Diante desse contexto, o Cade decidiu por incorporar à definição de contratos associativos uma descrição conceitual que incluísse os elementos de cooperação, compartilhamento de riscos e interdependência. Porém, com o fito de conferir maior previsibilidade às hipóteses de notificação desses contratos, estipulou-se que, para esse fim (determinar os casos que devem ser obrigatoriamente submetidos à apreciação da autoridade), as partes devem se pautar estritamente nos critérios objetivos fornecidos pela norma”.<sup>228</sup>

Assim, na prática, isso significou que, ao invés de analisar ontologicamente a qualidade dos contratos como associativos, o CADE limitava-se a verificar a duração do liame e o *market share* das partes para conhecer das operações, além, é claro, de checar os parâmetros de faturamento do artigo 88 da Lei de Defesa da Concorrência, conforme revelam os precedentes do período. Exemplificativamente, pode-se citar o Ato de Concentração nº. 08700.012130/2015-02, que cuidava de contrato de fornecimento de herbicida, com licenciamento da marca do produto, entre Monsanto do Brasil e Dow Agrosiences. Pelo contrato, a Monsanto adquiriria da Dow o herbicida Gallant já embalado e pronto para venda e distribuição no Brasil, e também se comprometeria a comprar com exclusividade da Dow a matéria-prima haloxifope, que serve de ingrediente ativo na formulação do referido herbicida. Nos termos do excerto reproduzido abaixo, extraído do parecer da Superintendência-Geral do CADE, tendo-se verificado o faturamento das partes, a operação foi conhecida com base estritamente no prazo do contrato e nos critérios de *market share* da Resolução nº. 10 de 2014:

<sup>227</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 419.

<sup>228</sup> *Ibid.* P. 419.

“(...) o prazo de vigência do contrato é superior a dois anos, e a participação conjunta das Requerentes no mercado de herbicidas seletivos de folha estreita para a cultura de soja é superior a 20%, como se verá adiante. Assim, considera-se tratar de um contrato associativo, nos termos da citada Resolução. Por essa razão conhece-se da operação”.<sup>229</sup>

Outro trecho desse mesmo parecer é ainda mais revelador, porquanto a Superintendência do CADE reconheceu que “*o ato de concentração em apreço consiste em um contrato de fornecimento, não havendo nenhum tipo de sociedade ou de atividade conjunta*”. Percebe-se, portanto, que o contrato de fornecimento em questão, ainda que não estabelecesse nenhuma “atividade conjunta” entre as partes, foi considerado associativo e conhecido para efeitos do controle de estruturas apenas com base na sua duração e no *market share* das contratantes, além, decerto, do faturamento delas. Em outras palavras, na esteira da Resolução nº. 10 de 2014, o CADE deixou de refletir a respeito de quais características qualificariam um contrato como associativo, passando basicamente a apurar a participação das partes no mercado.

Destarte, não houve esforços para interpretar o que seria a “cooperação horizontal ou vertical” ou o “compartilhamento de risco” que acarretaria a “relação de interdependência” entre as partes, mencionados na resolução como os fatores caracterizantes dos contratos associativos. A tarefa do intérprete limitava-se a definir quais seriam os mercados relevantes impactados pelo contrato, a fim de poder aplicar-lhes as porcentagens de *market share* estipuladas na regulamentação. Com isso, procurou-se deixar os critérios de notificação mais objetivos.

Segundo Ana Frazão, “*ao utilizar como parâmetro o critério do market share, a Resolução antiga [nº. 10 de 2014] acabou dando maior relevo à existência ou não de riscos concorrenciais do que à definição de contratos associativos*”.<sup>230</sup> Com efeito, ao adotar as balizas de *market share*, o CADE deixou transparecer a abdicação do mister de definir o que seria a categoria dos contratos ditos associativos, entretanto confessa que o objeto de suas preocupações consiste apenas na posição das partes no mercado, ou seja, no risco que o posicionamento delas representa em termos de exercício de poder de mercado. Findou-se por relevar, assim, os termos dos contratos em si para fins de conhecimento da operação, o que é inadequado à luz da atual sistemática antitruste brasileira.

<sup>229</sup> Ato de Concentração nº. 08700.012130/2015-02, parecer da Superintendência-Geral, parágrafo 11.

<sup>230</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 225.

Realmente, o critério de *market share* revela-se equivocado na medida em que caminha no sentido contrário ao trilhado pela Lei de Defesa da Concorrência de 2011, que eliminou a participação das partes no mercado como parâmetro de notificação de atos de concentração. Conforme exposto anteriormente, a Lei de Defesa da Concorrência de 1994 preceituava a notificação de operações nas quais qualquer das partes (i) auferisse faturamento bruto anual acima de determinado patamar ou (ii) detivesse *market share* igual ou superior a 20% no mercado relevante, fosse antes ou como resultado da operação<sup>231</sup> (art. 54, §3º). Ao contrário, na sistemática da atual Lei de Defesa da Concorrência, devem ser notificadas previamente ao controle de estruturas as operações cujas partes atinjam os patamares de faturamento fixados na legislação e cujo ato em si se enquadre numa das hipóteses objetivas de ato de concentração previstas no artigo 90 do mesmo diploma legal. Não há, pois, uma preocupação com a posição de mercado das partes no esquema da nova Lei, ao menos no que se refere ao conhecimento de operações pelo controle de estruturas.

A despeito disso, Luiza Kharmandayan explicita os motivos que levaram o CADE a reintroduzir os critérios de participação no mercado no controle de estruturas por meio da Resolução nº. 10 de 2014, indicando que a autarquia estava ciente do *trade-off* que se colocava diante de si, qual seja, prestigiar uma conceituação de contrato associativo ou perfilhar critérios mais objetivos, mas não relacionados à natureza desses contratos:

“Sabia-se do *trade-off* entre, de um lado, a previsibilidade e a segurança jurídica decorrentes do emprego de critérios mais objetivos e, de outro, a tendência de critérios descritivos refletirem melhor os mecanismos pelos quais uma operação pode lesar a livre concorrência.

Os critérios que se baseavam numa definição conceitual de contratos associativos, buscando extrair sua essência, pareciam, porém, ir na contramão do contexto em que se colocava a demanda pela regulamentação dos referidos contratos. A indeterminação sobre o que deveria ser notificado ao Cade estava na raiz do problema, ao passo que a desvantagem de tais critérios residia justamente na maior margem a interpretações diversas quanto quais contratos deveriam ou não ser notificados à autoridade.

(...) Ainda que critérios relativamente mais objetivos não visassem designar a essência dos contratos associativos, eles deveriam refletir aspectos que despertam preocupações do ponto de vista concorrencial a ponto de o contrato merecer o escrutínio da autoridade antitruste.

---

<sup>231</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 298-299.



(...) Assim, esse critério (percentual de mercado), eliminado da nova lei de defesa da concorrência devido a eventuais dificuldades em sua apuração, foi reincorporado como crivo para a notificação de contratos associativos”.<sup>232</sup>

Não obstante, é fato que a exclusão, na Lei de 2011, do vetusto critério de *market share* perfilhado pela Lei de 1994 foi considerado um avanço pela literatura, conforme sinaliza o comentário de Eduardo Caminati Anders: “*ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/1994. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação*”.<sup>233</sup>

Com efeito, é inevitável frisar que o emprego do critério de *market share* pressupõe a anterior definição do mercado relevante a ser impactado pela operação em questão, o que não constitui tarefa das mais simples. Afinal, a correta delimitação do mercado relevante, longe de ser um ofício banal, pode significar a diferença entre a aprovação ou a reprovação de um ato de concentração, dado que toda a análise de mérito em torno das eficiências e dos potenciais efeitos anticompetitivos da operação é construída a partir do estudo do mercado relevante afetado. Como coloca José Inácio Franceschini, a determinação do mercado relevante é “*um prius necessário em qualquer processo antitruste*”.<sup>234</sup>

Sucedee, na prática, que a autoridade antitruste sói carecer dos dados necessários para determinar o próprio mercado relevante ou para calcular a participação das partes nele, o que limita em demasia o substrato informacional da análise. Ademais, é cediço que inexistem metodologias jurídico-econômicas consolidadas para o exame dos mercados e que a jurisprudência do CADE é vacilante e assistemática na definição de mercados relevantes.<sup>235</sup> Destarte, como as divergências e limitações acerca do delineamento do mercado relevante são quase incontornáveis, não parece aconselhável fiar-se no critério de *market share* como paradigma para o conhecimento de operações, o que explica a sua eliminação na Lei de Defesa da Concorrência de 2011.

<sup>232</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 413 e 418.

<sup>233</sup> CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 197.

<sup>234</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. P. 32.

<sup>235</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas**. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 120-121.

Sendo muitas as controvérsias que circundam a demarcação do mercado relevante, mesmo no exame de mérito das operações, não se afigura, pois, razoável relegar essa análise ao alvedrio das partes, sobretudo na fase ainda deveras incipiente do conhecimento do ato de concentração. Com efeito, embora a fixação de percentuais de *market share* possa parecer, a princípio, um critério objetivo de notificação para a celebração de contratos, ocorre que a necessidade de se definir o mercado relevante afetado acaba por denunciar a natureza deste crivo como sendo mais subjetiva do que vislumbra o incauto olhar inicial.<sup>236</sup> Desse modo, o critério de *market share* termina transferindo para as partes o encargo de delimitar o mercado relevante e de calcular as suas participações nele, repassando-lhes, assim, a incumbência de apreciar a própria necessidade de se notificar o contrato em questão para o controle de estruturas. A submissão dos contratos ao controle preventivo fica entregue, portanto, ao discernimento particular dos agentes econômicos, de onde advém o natural receio de se recair na prática de *gun jumping* que esse tipo de delegação traz consigo.

Não obstante, ainda que houvesse consenso acerca de definições precisas de mercado relevante, basear-se exclusivamente na participação das partes no mercado seguiria inadequado enquanto critério de notificação para o conhecimento de atos de concentração pela autoridade antitruste. Esta conclusão decorre intuitivamente do fato de que a aferição de *market share* constitui uma forma de se medir o poder de mercado das partes, o qual, por sua vez, é empregado como elemento para se estabelecer os potenciais riscos à concorrência oriundos da operação *sub judice*, possibilitando, assim, o seu exame de mérito. Logo, utilizar o *market share* como critério de conhecimento (e não de mérito) no controle de estruturas significa adotar uma análise consequencialista, voltada para a condição das partes e não para a qualificação do ato de concentração em si,<sup>237</sup> o que contraria a objetividade aportada pela Lei de Defesa da Concorrência de 2011, que houve por bem elencar especificamente quais atos estariam sujeitos ao controle preventivo, independentemente do poder de mercado das partes (com exceção do crivo de faturamento anual, naturalmente).

---

<sup>236</sup> Luiza Kharmandayan aduz que a classificação do critério de *market share* como objetivo ou subjetivo é controversa. Destarte, para a autora, “ainda que tal critério não disponha do mesmo grau de objetividade que, por exemplo, o critério de faturamento das partes, parece razoável argumentar que ele se encontra mais próximo deste último do que de um critério que exija a análise e a determinação de se certa operação resultou ou não em atividade econômica autônoma, na união de centros decisórios distintos, na comunhão de interesses comerciais, em modificações estruturais no mercado, etc”. Cf. KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 405.

<sup>237</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 118.

Como consequência da adoção de índices de *market share* como critério de notificação, em detrimento de uma definição qualitativa do que seriam contratos associativos, o principal problema decorrente da Resolução nº. 10 de 2014 foi a possibilidade de que os seus parâmetros abrangessem contratos que não fossem efetivamente associativos, ao mesmo tempo em que poderiam deixar de fora do controle preventivo contratos que, no seu âmago, fossem de fato associativos.<sup>238</sup> Conforme explicitado acima, isso poderia acontecer uma vez que os critérios da resolução focam na posição das partes no mercado e não no conteúdo e no escopo do contrato entre elas celebrado. De fato, é plenamente concebível que contratos associativos ficassem de fora do âmbito da regulamentação, e, portanto, isentos da obrigação de notificar o CADE, porque os contratantes não detinham participação no mercado coincidente com os patamares estabelecidos na resolução e vice-versa, isto é, acordos não associativos poderiam incidir na obrigatoriedade de notificação. Dessa forma, no fundo, a resolução estaria descumprindo a Lei, na medida em que, contrariando o desígnio do legislador, permitiria a não submissão de contratos associativos ao controle de estruturas.

Nesse contexto, não custa rememorar que a estipulação dos percentuais de *market share* aplicáveis constitui um critério jurídico-político, que leva em consideração o objetivo de se ampliar ou restringir a abrangência do controle de estruturas, com base no arbitramento de um valor acerca do qual jamais haveria consenso.<sup>239</sup> A amplitude do controle de estruturas no que concerne os contratos associativos estaria sujeita, portanto, à simples dosagem de um critério inadequado.

Do ponto de vista prático, o que se sucedeu foi que a Resolução nº. 10 de 2014 revelou-se ampla demais, a ponto de abarcar inúmeros contratos do cotidiano empresarial, que acabavam não sendo notificados ao CADE. Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande resumem as principais críticas dirigidas à Resolução nº. 10 de 2014:

“Embora sejam mais precisos que o termo legal, o novo regramento ainda dá margem para dúvidas quanto à generalidade e abrangência do conceito, visto que os principais elementos dos critérios regulamentares referem-se às partes, e não aos termos do contrato em si. Ademais, as referências a participações de mercado podem gerar dúvidas nos casos em que não haja uma jurisprudência sedimentada sobre a definição do respectivo mercado relevante. Finalmente, a Resolução n. 10/2014 tende a exigir a submissão de um conjunto grande de contratos sem impacto concorrencial relevante

---

<sup>238</sup> *Ibid.* P. 118-119.

<sup>239</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 138.

em mercados oligopolizados em que empresas necessitam se relacionar com seus concorrentes”.<sup>240</sup>

Por fim, embora a sua verificação esteja condicionada ao prévio atendimento do índice de *market share*, não podemos deixar de comentar brevemente os dois critérios sucessivos e alternativos fixados pela Resolução nº. 10 de 2014 para a notificação dos contratos que estabelecessem relação vertical entre as partes no seu objeto, quais sejam, (i) o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre os contratantes e (ii) a presença de relação de exclusividade. Esses crivos adicionais funcionam como filtros eficazes para evitar que relacionamentos verticais cotidianos, que não oferecem riscos à livre concorrência, tivessem que ser notificados ao CADE exclusivamente em razão da posição de mercado e do faturamento das partes. Assim, apenas os contratos que se destacam do usual por pactuarem a divisão de receitas e prejuízos ou por criarem exclusividade deveriam ser submetidos ao controle preventivo. No final das contas, esses parâmetros complementares para as relações verticais e a ausência deles para as associações horizontais revelam mais uma vez que a preocupação central da resolução recaiu sobre os riscos concorrenciais e não sobre a qualificação dos contratos associativos enquanto categoria de ato de concentração.

Especificamente no que diz respeito ao mérito de cada um desses critérios suplementares, pode-se afirmar que o compartilhamento de perdas e resultados funciona como um bom indício da existência de um escopo em comum entre as partes, conforme já preconizado em nossa proposta de conceituação *supra*. Por sua vez, a presença de cláusula de exclusividade, conquanto seja inquestionavelmente importante para determinar os eventuais riscos à concorrência,<sup>241</sup> não pode servir de critério para a identificação de um contrato associativo enquanto tal, dado que a exclusividade pode significar apenas uma restrição vertical, que não denota cooperação ou guarda relação necessária com a persecução de um fim em comum pelas partes.<sup>242</sup>

<sup>240</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 56-57.

<sup>241</sup> “Acordos de exclusividade podem gerar efeitos anticompetitivos na medida em que fechem mercados para concorrentes em tal grau que venha a distorcer a competição como um todo. Quando a exclusividade diz respeito ao fornecimento de um insumo, os concorrentes podem ter o seu acesso a este insumo reduzido, afetando negativamente sua escala ou seu custo de produção. Quando a prática afeta canais de distribuição, competidores podem ter mais dificuldade de colocar seus produtos no mercado. Em ambos os casos, a prática pode proteger ou reforçar o poder de mercado da firma dominante, impedindo novas entradas, excluindo rivais do mercado e/ou tornando-os menos efetivos”. PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 143.

<sup>242</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 123-124.

Sendo assim, no geral, conquanto deveras salutar a iniciativa do CADE de estabelecer critérios para a notificação dos contratos associativos previstos na Lei de Defesa da Concorrência, a primeira resolução que resultou desse empreendimento foi objeto de críticas relevantes e construtivas. Por conseguinte, a fim de aperfeiçoar o sistema do controle preventivo, o CADE revisitou o tema em 2016, por meio da edição de uma nova resolução, conforme se passa a expor.

## **2.8. A Resolução nº. 17 de 2016 e a jurisprudência do CADE**

Passados quase dois anos de vigência da Resolução nº. 10 de 2014 e tendo em vista os problemas acarretados por sua dilatada abrangência, o CADE editou um novo regramento para disciplinar as hipóteses de notificação de contratos associativos, qual seja, a Resolução nº. 17 de 18 de outubro de 2016, que entrou em vigor no mês seguinte. A nova regulamentação simplificou os critérios e eliminou os parâmetros de *market share* que constavam de sua predecessora, conforme pode-se verificar abaixo:

Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e

II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

Esquematizando-se os termos acima, pela definição atualizada da nova resolução, “contratos associativos” seriam aqueles que (a) possuem duração igual ou superior a dois anos e (b) estabelecem um empreendimento comum para a exploração de atividade econômica, desde que, simultaneamente, (c) haja compartilhamento dos riscos e resultados da atividade entre as partes e (d) que os contratantes sejam concorrentes no mercado relevante afetado pelo acordo. Destarte, a resolução manteve o critério objetivo atinente ao prazo de vigência dos contratos, já

contemplado na sua antecessora, e refinou os elementos que caracterizariam a associação entre as partes.

Dessa forma, deve-se sublinhar, primeiramente, o acerto da manutenção do recorte temporal de dois anos de duração dos contratos na nova regulamentação, dado que esse crivo de notificação reflete adequadamente a estabilidade que deve permear os acordos associativos, ao mesmo tempo em que se presta a sopesar os potenciais riscos concorrenciais oferecidos por essas operações, conforme expusemos na seção precedente e na conceituação proposta *supra* para os contratos associativos. Sendo assim, uma vez que esse balizamento objetivo foi mantido sem alterações pela Resolução nº. 17 de 2016, remetemo-nos aos comentários tecidos anteriormente a respeito.

Entrementes, a alteração mais bem-vinda e auspiciosa da nova resolução foi decerto a eliminação dos critérios de *market share* empregados por sua antecessora para demarcar, com base na posição de mercado das partes, os contratos sujeitos à notificação. Nesse sentido, a assertiva de Ana Frazão, para quem a resolução “*acertadamente aboliu a referência ao market share, apresentando definição abrangente dos contratos associativos*”.<sup>243</sup> Anna Binotto, a seu turno, pontuou que, “*diante do novo comando regulamentar, abandona-se a indicação antes existente de que era a sobreposição efetiva entre as atividades das partes que delimitava os contratos relevantes para análise antitruste, passando-se a olhar para a natureza do contrato*”,<sup>244</sup> o que melhor corresponde aos desígnios da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, que houve por bem definir objetivamente as hipóteses de ato de concentração que devem ser notificadas previamente ao controle de estruturas.

Naturalmente, em contrapartida a esse avanço, os parâmetros da regulamentação ficaram mais fluídos, passando a requerer um maior esforço interpretativo do operador. Destarte, atendendo às críticas levantadas contra sua predecessora, a nova resolução adotou balizas mais abrangentes e capazes de incluir contratos que, anteriormente, poderiam estar isentos da obrigação de notificar em razão da participação de mercado dos contratantes. Ao mesmo tempo, esses parâmetros também permitem desconsiderar contratos comutativos de rotina, em função de suas peculiaridades, atinentes a avenças que fogem do cotidiano (compartilhamento dos riscos e resultados de atividade conjunta realizada por concorrentes).

---

<sup>243</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 225.

<sup>244</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 243.

Aferir se o contrato estabelece um empreendimento econômico, com duração superior a dois anos, a ser realizado conjuntamente pelas partes constitui um meio adequado para se constatar a existência de um propósito comum entre elas, porquanto a execução de atividade conjunta decorre logicamente da comunhão de interesses que leva ao compartilhamento dos mesmos escopos por ambos os lados. Sendo assim, esse critério, que espelha nossa proposta de conceituação, convém à identificação de contratos associativos, embora possa deixar de fora do controle preventivo os acordos em que o objetivo comum das partes não se consubstancie propriamente num empreendimento econômico realizado em conjunto.

A seu turno, conforme já tivemos a oportunidade de consignar *supra*, o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade entre as partes constitui um forte indício da persecução de um fim comum entre elas,<sup>245</sup> tendo em vista que a repartição dos frutos e dos ônus denota a cumplicidade própria do atuar conjunto para se atingir um objetivo comum, representando o resultado prático que dele se espera, o que mais uma vez aproxima os critérios da nova resolução do nosso entendimento da natureza dos contratos associativos. Sem embargo, como este item limita o anterior, poder-se-ia cogitar que empreendimentos em comum mas sem o compartilhamento de riscos e resultados entre as partes ficariam isentos do controle de estruturas. Neste diapasão, entretanto, não se deve olvidar que o artigo 90, IV, da Lei de Defesa da Concorrência também contempla as *joint ventures* como atos de concentração, as quais, nos termos da regulamentação do CADE, consistiriam na “formação de nova empresa, sob controle comum” (art. 8º, inciso I, da Resolução nº. 2 de 2012 do CADE). Assim, eventuais empreendimentos em comum que não se subsumam aos critérios da Resolução nº. 17 de 2016 ainda poderão estar sujeitos ao controle preventivo, sob a rubrica das *joint ventures*.

Por fim, ao preconizar que as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato, a Resolução nº. 17 de 2016 teria, aparentemente, restringido sua abrangência apenas aos casos de cooperação horizontal, excluindo da obrigatoriedade de notificação ao CADE, portanto, os casos de cooperação vertical, que possuíam previsão específica na resolução precedente. Com efeito, este ponto foi alvo das críticas de Ana Frazão, para quem a nova resolução desprezou “*os contratos de empresa comum que apenas promovem integrações verticais*”.<sup>246</sup>

---

<sup>245</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 123.

<sup>246</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 225.

Não obstante, cumpre anotar que pode acontecer de as partes concorrerem no mercado relevante, mas firmarem um contrato cujo objeto as coloca em um relacionamento estritamente vertical. Este foi precisamente o caso da Consulta nº. 08700.008419/2016-08, apresentada pela EA Swiss e pela Warner Bros. Home Entertainment ao CADE nos primeiros meses de vigência da Resolução nº. 17 de 2016. As duas partes concorrem diretamente no mercado de *video games*, mas firmaram um contrato de licenciamento de jogos, por meio do qual a EA outorgou à Warner licença exclusiva para replicar, manufaturar e distribuir títulos de jogos eletrônicos da EA em formato físico no Brasil. Embora o CADE tenha considerado em sua resposta que o contrato não era associativo, a conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt houve por bem destacar, em seu voto-vogal, que a resolução seria aplicável ao relacionamento vertical estabelecido entre as partes:

“Dessa forma, entendo que o presente contrato não atende à **Resolução n. 17/2016** com relação (i) ao estabelecimento de empreendimento comum e (ii) ao compartilhamento de risco e resultados. **Assim, o contrato proposto não seria sujeito à notificação ao CADE**, dado que dois dos quatro requisitos propostos na Resolução não foram atendidos. Assim, acompanho a conclusão do voto do Conselheiro-Relator.

Contudo, conforme apresentado pelas próprias requerentes: no “*âmbito específico do Contrato Proposto, a relação entre as Requerentes é, na verdade, uma relação vertical*” (item 21 da petição), dado que a Warner atua nas atividades de distribuição de produtos de entretenimento doméstico e a EA atua no desenvolvimento dos jogos. Assim, nesse tópico (item iv), tenho entendimento distinto das Requerentes, que consideram a relação vertical fora do escopo da Resolução CADE n. 17/2016. Ao meu ver, o inciso II do art. 2º da referida Resolução não se limita somente aos casos de concentração horizontal, abrangendo, também, os casos de concentração vertical”.<sup>247</sup>

Nesse cenário, a eliminação dos parâmetros de *market share* da regulamentação anterior faz que seja essencial acompanhar a jurisprudência do CADE, a fim de captar o que o Conselho entende por “empreendimento comum” com “compartilhamento dos riscos e resultados”, dado que estes se tornaram os principais critérios de notificação de contratos, uma vez atendidos os níveis de faturamento e verificado o prazo de vigência do acordo. Destarte, é proveitoso listar aqui alguns precedentes interessantes que revelam a interpretação dispensada pela autarquia.

---

<sup>247</sup> Consulta nº. 08700.008419/2016-08, voto da conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, parágrafos 05-06. Grifos do original.



Pouco antes da edição da Resolução nº. 17 de 2016, a sociedade alemã Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG apresentou ao CADE a Consulta nº. 08700.006858/2016-78, na qual questionava se o *Slot Charter Agreement* que havia celebrado com a companhia Hapag-Lloyd AG configuraria um contrato associativo nos termos da Lei de Defesa da Concorrência de 2011 e da então vigente Resolução nº. 10 de 2014.<sup>248</sup> O objeto do contrato de *Slot Charter* era a cessão onerosa de espaço em navios da Hamburg Süd para o transporte internacional de contêineres da Hapag na rota marítima que interliga a costa leste da América do Sul ao oeste e ao sul da África. Segundo a Hamburg Süd, o acordo seria eficiente em virtude da existência de capacidade ociosa nos navios que operam a referida rota (ocasionada pela demanda insuficiente para ocupar todo o espaço disponível), e do interesse da Hapag-Lloyd em alugar o espaço vago.

O Tribunal do CADE respondeu a consulta em novembro de 2016, já sob a égide da nova resolução. Por unanimidade, o órgão considerou que o contrato de *slot charter* apresentado pela Hamburg Süd não caracterizava um empreendimento em comum e não importava no compartilhamento de riscos e resultados, na medida em que as partes continuavam a manter separadas suas atividades de comercialização do serviço de transporte marítimo de cargas, sem qualquer interferência de uma sobre a outra. Com efeito, apurou-se que os canais de venda e a definição dos preços seguiam apartados e independentes, sem que qualquer parte mantivesse relações diretas com os clientes da outra e sem que houvesse troca de informações concorrencialmente sensíveis entre elas. Ademais, cada parte somente utilizava os seus próprios contêineres para atender seus respectivos clientes (para os quais não importa, em tese, se o transporte da carga é realizado em navios próprios da transportadora ou terceirizados), permanecendo responsável ainda por carregá-los e descarregá-los, assim como pelos custos operacionais envolvidos, tais como o pagamento das tarifas dos terminais portuários, entre outros. Consequentemente, o CADE entendeu que o contrato não seria associativo e o dispensou da notificação obrigatória.

Por outro lado, poucos dias depois da entrada em vigor da Resolução nº. 17 de 2016, a mesma empresa alemã apresentou a Consulta nº. 08700.008081/2016-86, na qual questionava se o acordo de *Vessel Sharing* que havia firmado com as companhias CMA CGM S.A. e Nile Dutch Africa Line B.V. seria um contrato associativo nos termos da nova resolução – o que o

---

<sup>248</sup> O caso foi levado ao CADE através de consulta porque a duração do contrato era inferior a dois anos. Destarte, a consulente almejava esclarecer, na verdade, se deveria notificar o acordo ao órgão antitruste por ocasião da renovação da avença por prazo que viesse a superar a marca bienal.

CADE respondeu afirmativamente. O contrato de *Vessel Sharing* estabelecia um mecanismo de compartilhamento de embarcações, por meio do qual as partes se comprometiam a disponibilizar espaço em seus navios para o transporte de contêineres das parceiras na linha que interliga a costa leste da América do Sul ao Oeste e ao Sul da África. O percentual de espaços nos navios era proporcional à quantidade de embarcações que a respectiva parte disponibilizava às parceiras na mesma linha. Segundo as contratantes, a operação seria eficiente na medida em que o transporte regular de cargas naquela linha exigiria um número maior de navios do que cada parte individualmente dispunha, sendo certo que esta quantidade superior de embarcações, se adotada por cada parte, lhes geraria uma grande capacidade ociosa e, portanto, prejuízos, de modo que a cooperação entabulada pelo acordo (compartilhamento dos navios) seria racional, trazendo benefícios para todas as participantes.

Por unanimidade, em janeiro de 2017, o Tribunal do CADE considerou que o contrato estabelecia um empreendimento comum, qual seja, a exploração conjunta da rota marítima em questão, que se mostrava necessária para viabilizá-la economicamente. Adicionalmente, vislumbrou-se ainda o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade, em razão de diversas cláusulas que fixavam a tomada conjunta de decisões (portos atendidos, terminais utilizados, número de navios e regras de retirada para manutenção e reparos neles, frequência da rota, critérios de avaliação de qualidade, etc) e colocavam a assunção partilhada de custos e riscos operacionais, dentre os quais importa destacar o *blank sailing*, isto é, a partida do navio com carga abaixo do mínimo para tornar a viagem economicamente viável. Por fim, chamou ainda a atenção do conselheiro relator, João Paulo de Resende, a previsão contratual de redistribuição de espaço entre as signatárias na hipótese de a demanda de uma ser superior à das outras, o que, segundo ele, “*envolve claramente um compartilhamento de riscos e resultados, pois a perda de demanda de uma pode ser suprida naturalmente pela outra, e os custos se compensam*”.

Após o voto do relator, o conselheiro Paulo Burnier, conquanto o tenha acompanhado, houve por bem proferir voto vogal, no qual teceu alguns esclarecimentos complementares acerca da interpretação da nova resolução, tendo em vista que fora o relator da consulta precedente apresentada pela Hamburg Süd. Destarte, o conselheiro Burnier quis sublinhar que o *Vessel Sharing Agreement* era sensivelmente distinto do *Slot Charter Agreement* analisado anteriormente, uma vez que este se traduzia numa mera locação de espaço, ao passo que aquele instrumentalizava a operação conjunta de uma linha. Em função disso, o contrato de *Vessel Sharing* contempla uma série de avenças (custos comuns, coordenação de calendários,

padronização de procedimentos, etc), ausentes da modalidade de *Slot Charter*, as quais o qualificam como empreendimento comum, credenciando-o, assim, a figurar como contrato associativo.

Portanto, a partir das ponderações do relator João Paulo de Resende, que concluiu que as partes “*definem conjuntamente todo o lado da oferta do mercado*” por meio de sua cooperação, e dos apontamentos complementares do conselheiro Paulo Burnier, o CADE considerou que o *Vessel Sharing Agreement* apresentado pelas partes constituía um contrato associativo, nos termos da Resolução nº. 17 de 2016, tendo sinalizado essas importantes balizas interpretativas para o mercado.

Conclusões parecidas foram alcançadas pelo CADE também no setor de transporte aéreo.

No Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39, decidido em maio de 2017, um contrato de *codeshare* típico entre as companhias aéreas Latam e Qatar Airways não foi conhecido pela Superintendência-Geral do CADE com base no requisito de compartilhamento de riscos e resultados da Resolução nº. 17 de 2016. Segundo o parecer da Superintendência, um empreendimento comum seria semelhante ao exercício conjunto de uma empresa, conquanto pela via contratual e não pela societária. A caracterização objetiva desse empreendimento comum dar-se-ia por meio dos requisitos dos incisos I e II, do artigo 2º, da resolução, que cuidam do compartilhamento de riscos e resultados e da competição entre os contratantes no mercado relevante, conforme visto acima.

Naquele caso concreto, embora as companhias competissem entre si, não havia qualquer ingerência de uma sobre a outra em diversos aspectos relevantes que pudesse denotar o compartilhamento de riscos e resultados da atividade. Com efeito, constatou-se que as empresas teriam plena liberdade para definir unilateralmente os seus voos e rotas, podendo livremente iniciá-las ou descontinuá-las, e que os preços não seriam estipulados conjuntamente pelas partes, as quais receberiam seus respectivos resultados isoladamente. No caso, a remuneração do parceiro pela comercialização de assentos dos voos operados com o código compartilhado seria realizada através de comissões e cada qual arcaria com suas próprias despesas operacionais para cumprir o contrato. Por fim, o contrato tampouco previa reserva de assentos, estipulação de estratégias comerciais ou a troca de informações concorrencialmente sensíveis. Consequentemente, à luz de toda essa evidência a apontar para a ausência do compartilhamento de riscos e resultados, a Superintendência não conheceu a operação.

Por outro lado, no Ato de Concentração nº. 08700.003715/2017-95, decidido em setembro de 2017, um aprofundamento do *codeshare* anteriormente existente entre a Latam e a American Airlines, denominado *Joint Business Agreement* (“JBA”), foi conhecido pela Superintendência-Geral, que o aprovou sem restrições. Embora esta decisão não tenha dedicado um capítulo específico para discutir o conhecimento da operação, de modo a enfrentar os requisitos da Resolução nº. 17 de 2016, uma nota de rodapé no parecer atribuiu o conhecimento desse ato de concentração ao fato de o JBA guiar-se pelo chamado “princípio da neutralidade de aeronaves” (*metal neutrality*). Segundo esta diretriz, todos os produtos e serviços de uma companhia vendidos por sua parceira receberiam o mesmo tratamento dispensado àqueles que são ofertados pela parceira em suas próprias malhas, tal como se fossem seus próprios produtos e serviços. Adicionalmente, todos os proveitos econômicos advindos dessa cooperação seriam compartilhados de forma equitativa entre as partes.

Em função dessas características, que revelam um estreitamento de laços muito maior do que aquele observado em contratos de *codeshare* padrão, o CADE reconheceu, portanto, a presença do compartilhamento de riscos e resultados que autoriza o conhecimento da operação contratual com base na Resolução nº. 17 de 2016. Sem embargo, o acordo foi aprovado sem restrições em razão de constatada rivalidade nas rotas dos mercados relevantes, tanto de cargas quanto de passageiros, e da anunciada chegada de novos entrantes nessas rotas, o que tornava improvável o exercício de poder de mercado derivado da operação.

Por fim, o CADE analisou ainda um contrato de compartilhamento de insumos firmado entre Serasa S.A. e Boa Vista Serviços S.A., denominado “Acordo para Compartilhamento de Dados”. Ambas as empresas atuam no mercado de serviços de proteção ao crédito, fornecendo informações sobre tomadores para auxiliar a decisão dos ofertantes de crédito. Pelos termos pactuados no contrato, cada parte seria responsável pela aquisição de informações constantes de registros públicos empresariais e de inadimplência de determinados cartórios de protesto de títulos e juntas comerciais, após o que cada parte venderia a outra as informações obtidas dos cartórios e juntas sob sua responsabilidade por um preço previamente fixado, de modo a reduzir os custos de ambas. No Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76, decidido pela Superintendência-Geral em novembro de 2017, as partes notificaram ao CADE o aditivo que renovaria o contrato por prazo que o faria ultrapassar a marca de dois anos prevista na resolução.

A Superintendência-Geral não conheceu da operação, julgando ausentes os requisitos da Resolução nº. 17 de 2016 em função de as partes permanecerem independentes, dado que o contrato não implicaria em qualquer ingerência de uma sobre a outra ou na atuação conjunta

delas na oferta de seus serviços. O CADE considerou, assim, que o caráter do contrato seria o de uma relação de fornecimento, no qual inexistiria a coordenação das atividades das partes para explorar sua atividade econômica, havendo tão somente o compartilhamento do custo de certos insumos a título oneroso, por meio de devida contraprestação.

À luz desses precedentes, pode-se constatar que o CADE considera como fatores preponderantes na aplicação da Resolução nº. 17 de 2016: (i) a verificação da forma de atuação das partes, isto é, se elas atuarão conjuntamente no mercado por força do contrato, e (ii) se há qualquer tipo de ingerência de uma contratante nas decisões comerciais da outra. Presentes essas características, o órgão tende a reputar presentes os critérios de “empreendimento comum” e de “compartilhamento de riscos e resultados” da regulamentação vigente.

Nessa mesma linha, Anna Binotto observa que o foco do CADE deixou de recair sobre a relação de concorrência entre as partes ou sobre a existência de cooperação entre elas ou ainda sobre o compartilhamento de infraestrutura para realização de atividade econômica. Nossa autoridade antitruste passou a focar no reconhecimento do contrato em si como associativo, por intermédio da delimitação do “empreendimento comum” previsto na resolução, o que se adequa perfeitamente à sistemática da Lei de Defesa da Concorrência de 2011. Assim, o CADE se volta para a *“identificação do caráter organizativo do contrato, verificável na estruturação de um novo ‘agente’ (mesmo que despersonalizado) para concorrência no mercado, ou seja, a organização dos fatores de produção na busca de um objetivo comum, para o exercício conjunto de uma empresa”*.<sup>249</sup>

Com todas as análises desta e das seções anteriores em mente, passaremos a examinar adiante especificamente como os contratos envolvendo propriedade intelectual devem se inserir no debate em torno dos contratos associativos, encetando pela apresentação dos resultados da pesquisa empírica realizada.

---

<sup>249</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 243-244.

### 3. PESQUISA DAS DECISÕES DO CADE

Para subsidiar o trabalho desenvolvido no capítulo anterior e aquele a ser exposto no próximo, foi realizada uma pesquisa empírica na base de dados jurisprudencial eletrônica do CADE a fim de localizar todas as decisões que fossem pertinentes ao nosso objeto de estudo. Assim, o objetivo foi perquirir como o Conselho vinha decidindo, desde a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, os processos de controle de atos de concentração sobre contratos de propriedade intelectual. Neste capítulo, descreveremos a metodologia empregada na pesquisa empírica e reportaremos os resultados por meio de tabelas, que sistematizam os casos encontrados.

#### 3.1. Metodologia

O CADE disponibiliza em seu sítio eletrônico na *internet* um sistema de consulta de jurisprudência que permite o acesso e a busca de palavras-chave nas decisões do Conselho proferidas tanto em processos eletrônicos quanto em processos físicos, incluindo processos já arquivados. A implementação do processo eletrônico e a digitalização do acervo do CADE fizeram parte do “Projeto CADE Sem Papel”, iniciado na presidência do conselheiro Vinicius Marques de Carvalho e do superintendente-geral Carlos Ragazzo em 2014, que tornou a pesquisa de precedentes do Conselho mais confiável e acessível.

O mecanismo de pesquisa do SEI (“Sistema Eletrônico de Informações” do CADE) permite a busca por palavras-chave no inteiro teor dos processos (e não apenas nas decisões do Conselho) e admite a definição de recortes temporais para delimitar o alcance da pesquisa. O sistema segmenta a busca pela modalidade de processo, inclusive no que se refere ao rito adotado. Assim, o sistema obriga que a busca por processos de controle de ato de concentração seja dividida entre processos que seguiram o rito sumário e processos pelo rito ordinário.

Nesse cenário, adotou-se como recorte temporal a entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, que ocorreu em 29 de maio de 2012, e, como data limite, 1º de julho de 2018. Este recorte se justifica na medida em que o instituto dos “contratos associativos” foi introduzido no ordenamento jurídico por meio do citado diploma legal, que atualmente rege a

matéria em conjunto com a regulamentação infralegal do CADE. No entanto, apesar do uso desse recorte temporal, deve-se anotar que o resultado das pesquisas retornou com algumas decisões anteriores a esse marco e, portanto, proferidas ainda sob a égide da Lei de 1994. Uma possível explicação para essa ocorrência talvez seja o fato de que o mecanismo de busca leva em consideração as datas de registro dos processos no sistema SEI. Assim, enquanto os processos novos são naturalmente registrados nas datas em que eles ingressaram no CADE, a data que conta para os processos antigos é aquela de sua digitalização, que se deu, em todos os casos, após o recorte adotado na pesquisa (maio de 2012).

Por sua vez, para atender ao objeto da pesquisa, adotou-se como recorte temático o uso das expressões “contrato associativo” e “propriedade intelectual” como palavras-chave. Como o sistema de busca segmenta a pesquisa de processos de controle de ato de concentração em duas categorias, a saber, processos de rito sumário e de rito ordinário, a busca foi realizada em duas etapas, uma para cada modalidade de processo. Adicionalmente, realizou-se a mesma busca em uma terceira categoria, aquela dos processos de consulta, uma vez que a matéria poderia ser (e efetivamente foi) enfrentada pelo CADE em resposta a consultas.

Os resultados da pesquisa foram organizados em três tabelas, uma para cada busca realizada (processos de controle de ato de concentração sumários, ordinários e processos de consulta). As tabelas identificam o número do processo, as partes envolvidas, a data de entrada no CADE e o objeto da operação notificada. As variáveis controladas foram a decisão tomada pelo Conselho (conhecimento ou não conhecimento e aprovação, com ou sem ressalvas, ou reprovação) e qual foi a resolução aplicada na decisão (nenhuma, a Resolução nº. 10 de 2014 ou a Resolução nº. 17 de 2016). Adicionalmente, as tabelas contam com uma coluna para observações, na qual são expostos comentários relativos à seleção do caso como pertinente ou não à temática deste trabalho e em relação aos critérios de decisão empregados pelo CADE.

Com efeito, após a organização das tabelas, os resultados foram analisados qualitativamente no que diz respeito à sua pertinência ao tema deste trabalho. Essa medida foi necessária porque a pesquisa retornou com um grande número de resultados que não tratavam de direitos de propriedade intelectual ou de contratos associativos, tais como operações societárias de fusão e aquisição. Para a averiguação da pertinência temática dos resultados, foram inicialmente considerados todos os atos de concentração que tivessem por objeto principal a negociação de direitos de propriedade intelectual e, na sequência, foram analisadas essas operações a fim de determinar se elas cuidavam de contratos associativos ou não. As

tabelas deste capítulo apresentam todos os contratos envolvendo propriedade intelectual que foram encontrados, independentemente da discussão se eles seriam associativos ou não.

A quantidade observada de resultados não pertinentes pode ser explicada por diversos fatores. Como a busca por palavras-chave procura resultados em todos os documentos do processo, um desses fatores é a ocorrência de referências genéricas a direitos de propriedade intelectual em atos societários, como estatutos e contratos sociais, ou nas procurações gerais outorgadas aos representantes legais das partes no CADE. Outra situação que pode acontecer é o CADE formular alguma pergunta específica aos requerentes sobre propriedade intelectual ao longo do processo, ao que corresponde alguma petição elucidativa das partes.

O principal fator para explicar o significativo número de resultados não pertinentes, todavia, é o formulário de preenchimento obrigatório para a submissão de atos de concentração ao CADE, estabelecido na Resolução nº. 2 de 2012 (hoje atualizada pela Resolução nº. 9 de 2014) do Conselho. Esse formulário dispõe quais são as informações essenciais que devem ser apresentadas pelos requerentes de ato de concentração para a análise do CADE. Dentre os campos a serem preenchidos, encontra-se o item IX.3,<sup>250</sup> que requer indicações acerca da *“existência de quaisquer restrições criadas pela existência de patentes, de ‘know how’, e de outros direitos de propriedade intelectual, bem como quaisquer restrições criadas pela concessão de licenças relativas a tais direitos”*. Por conseguinte, a reprodução dos termos do formulário e a resposta às suas perguntas nos autos dos mais variados tipos de operações explicam a quantidade de ocorrências não pertinentes no resultado da pesquisa. Outro exemplo também relacionado ao formulário diz respeito ao item VI.8,<sup>251</sup> que requer a indicação das associações setoriais das quais os requerentes fazem parte. Em alguns casos, as partes apontam sua filiação à Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI), o que faz a operação não pertinente constar dos resultados.

Os resultados pertinentes da pesquisa, que são apresentados a seguir, possibilitam retratar como a questão dos contratos associativos em matéria de propriedade intelectual foi abordada pelo CADE nos três marcos históricos relevantes do itinerário legal: as decisões proferidas após a Lei de 2011 mas antes da regulamentação dos contratos associativos, as decisões proferidas durante a vigência da primeira resolução que tratou da matéria e as decisões proferidas após a entrada em vigor da atual resolução que disciplinou a questão.

---

<sup>250</sup> O item IX.3 consta apenas do formulário para atos de concentração no rito ordinário. Não há perguntas sobre direitos de propriedade intelectual no formulário para o rito sumário.

<sup>251</sup> Item VI.8 do formulário do rito ordinário, que corresponde ao item VI.7 do formulário para o rito sumário.



Os números revelam a tendência do CADE de conhecer desses contratos, que somente foi revertida pela edição da Resolução nº. 17 de 2016, sobre a qual o Conselho respondeu a apenas uma consulta pertinente ao objeto da pesquisa. Ademais, pode-se observar uma queda no número de decisões do CADE e, portanto, da quantidade de contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual notificados ao Conselho após a edição das duas resoluções que disciplinaram a matéria, sobretudo a partir da segunda. Ao mesmo tempo em que isso pode refletir a maior segurança jurídica trazida pelas resoluções, que delimitaram os critérios de notificação de contratos associativos, enseja-se o debate acerca da adequação dos parâmetros adotados, na medida em que eles podem ter deixado de fora do controle de estruturas contratos potencialmente sensíveis do ponto de vista concorrencial, conforme discutido nos capítulos anteriores e a ser exposto no próximo.

### **3.2. Resultados da pesquisa**

As tabelas a seguir apresentam apenas os resultados pertinentes da pesquisa, isto é, todos os casos envolvendo direitos de propriedade intelectual, independentemente de terem sido considerados contratos associativos. As tabelas completas com o resultado integral da pesquisa encontram-se no Anexo.

#### **3.2.1. Processos de ato de concentração pelo rito sumário**

A pesquisa por processos no rito sumário retornou com **43** resultados, dos quais **34** eram processos únicos. A multiplicidade de alguns dos resultados ocorre porque o sistema de busca faz aparecer na listagem de resultados uma entrada para cada documento (ou volume) do processo no qual conste a ocorrência das palavras-chave. Assim, alguns processos possuíam mais de uma entrada. Desse total, **18** eram pertinentes ao objeto da pesquisa, em linha com os critérios delineados acima.

Dos casos pertinentes, **5** eram contratos de cessão de direitos, que foram notificados por constituírem operações de aquisição de ativos. Dos demais casos, relativos a licenciamentos ou outras parcerias, apenas **1** não foi conhecido, o que se deu com base na Resolução nº. 10 de 2014. Dos casos conhecidos, **5** foram aprovados com restrições e **7** foram aprovados sem ressalvas, não havendo casos de reprovação. Todos os casos aprovados foram conhecidos antes da entrada em vigor das resoluções que disciplinaram a notificação de contratos associativos.

Tabela 2

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 5894/201 7-03	Aspen Phar- macare Holdings Limited.  Astra- Zeneca UK Lim- ited	Aquisição pela Aspen da titularidade das marcas de um portfólio de produtos anestésicos atualmente detidas e fabricadas pela AstraZeneca, mas que já eram comercializadas com exclusividade pela Aspen fora dos EUA.	Não aplicável.	20.09.17	Aprova- ção sem restri- ções.	Operação qualificada como aquisição de ativos (art. 90, II, LDC).  Como a Aspen já distribuía os produtos com exclusividade no Brasil, não houve sobreposição horizontal ou alteração na estrutura do mercado e a integração vertical anterior deixou de existir.
08700.00 7226/201 6-21	Aspen Phar- macare Holdings Limited.  Glax- osmithkli ne PLC	Aquisição, pela Aspen, de ativos relativos a cinco medicamentos (Ultiva, Tracrium, Nimbex Mivacron e Anectine/Midarine) da GSK (operação global).  A Aspen adquiriu o ágio e a propriedade intelectual, assim como as autorizações de comercialização, contratos, informações comerciais e registros de negócios associados às marcas.	Não aplicável.	31.10.16	Aprova- ção sem restri- ções.	Operação qualificada como aquisição de ativos (art. 90, II, LDC).  Os fatores levados em consideração para aprovação foram o pequeno <i>market share</i> das partes e o mercado competitivo.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.01 1952/2015-68	ABB Ltd.  Siemens AG	Acordo de não reivindicação de direitos de propriedade intelectual ( <i>Non-Assertion Agreement</i> , com “ <i>covenants not to sue</i> ”).  Patentes das tecnologias HVDC e FACTS.	10/2014	04.12.15	Não conhecimento da operação.	Acordo para acelerar o desenvolvimento da tecnologia, evitando disputas entre as partes.  Não foi considerado associativo por não se enquadrar na resolução.
08700.00 3937/2012-01  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Don Mário Sementes Ltda.	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concedeu à Don Mário licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja intacta RR2 PR no Brasil.  Don Mário é uma melhorista, que paga royalties pela soja RR2 da Monsanto para desenvolver novas variedades de planta.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	11.06.12	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, vencido o Con. Marcos Paulo Veríssimo que votou pelo não conhecimento, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrições, vencidos os conselheiros Elvino de Carvalho e Marcos Paulo Veríssimo que votaram pela aprovação sem	A Superintendência-Geral recomendou a aprovação sem restrições. O caso foi julgado pelo Tribunal. O relator Alessandro Octaviani votou pela aprovação sem restrições. Ana Frazão pediu para converter o julgamento em diligência e requereu que a Monsanto informasse quais seriam as patentes envolvidas no caso e quais seriam as patentes concorrentes ou substitutas, mesmo que imperfeitas. Ana Frazão votou pelo não conhecimento de licenças não exclusivas de patentes, dedicando o voto à questão dos contratos associativos. Elvino de Carvalho Mendonça pediu vista e votou pelo conhecimento e pela aprovação sem restrições. Eduardo Pontual pediu vista e votou pelo conhecimento e pela aprovação com restrições (alteração das cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
					restrições.	da Monsanto). Ana Frazão e o relator retificaram seus votos e passaram a acompanhar Eduardo Pontual.
08700.00 2435/2013-36	Diamond Holding Vehicle LLC  Nokia Siemens Networks B.V.	Aquisição, pela Diamond, do Negócio Óptico da Nokia, constituído por determinados ativos que permitem a criação, comercialização, distribuição e manutenção de soluções de hardware e software.	Não aplicável.	18.03.13	Aprovação sem restrições.	Aquisição de ativos atinentes ao negócio de fibra ótica da Nokia, não estando claro se houve operações societárias.  Foi mencionada a cessão de direitos de propriedade intelectual, que não foram especificados.
08700.00 7436/2014-58	Lactalis do Brasil - Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda.  LBR Lácteos Brasil S.A.	Aquisição, pela Lactalis Brasil, de 4 unidades produtivas isoladas da LBR Lácteos, que se encontrava em Recuperação Judicial e, como parte do negócio, revogação da licença exclusiva de uso da marca Parmalat que a LBR tinha.  A Parmalat internacional voltou a controlar a marca Parmalat no Brasil e a LBR vendeu ativos para ajudar na sua recuperação judicial.	Não aplicável.	09.09.14	Aprovação sem restrições.	Aquisição de ativos da LBR no âmbito de recuperação judicial, dentre os quais a marca Parmalat no Brasil em razão da revogação pela Lactalis da licença exclusiva que a LBR tinha de uso dessa marca.  Foi aprovado pela reduzida participação das partes nos mercados relevantes.
08700.00 9218/2014-58	Bionovis S.A. – Cia. Brasileira de Biotecnologia Farmacêutica	Contrato de Transferência de Tecnologia e Fornecimento de Informações Confidenciais.  Faz parte de uma Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP) com a Bio-Manguinhos para a produção do	Foi aprovada antes da entrada em vigor da primeira resolução.	31.10.14	Aprovação sem restrições.	A decisão não discute o conceito de contrato associativo.  Aprovado em razão da ausência de sobreposição entre os produtos objeto da operação e os ofertados pelas partes, da ausência de elementos que evidenciem eliminação de

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Janssen Biotech, Inc.  Cilag GmbH International	medicamento Infliximabe.				concorrência potencial e do aumento de oferta representado pela realização da parceria.
08700.00 4446/2014-31	Baker Hughes Oilfield Operations, Inc.  Aker Solutions Inc.	Contrato de Aliança e Pesquisa Conjunta entre a Baker Hughes e a Aker para o desenvolvimento de potenciais oportunidades de negócios relativos às soluções inovadoras de sistemas integrados de produção e desenvolvimento em campos submarinos em âmbito mundial. As partes permanecerão independentes, mas oferecerão conjuntamente seus serviços complementares.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	29.05.14	Aprovação sem restrições.	As partes afirmaram que cada uma empregaria o seu <i>know how</i> para o desenvolvimento conjunto de novas tecnologias e que também exerceriam conjuntamente os esforços comerciais para a venda dos novos negócios.  Não ficou claro quem seria o titular dos direitos sobre as criações desenvolvidas no âmbito do contrato e se haveria licenças cruzadas de direitos de propriedade intelectual como parte da parceria.  Petrobrás é a principal cliente do mercado e afirmou que os produtos das partes são diferenciados e que a aliança entre elas não afetaria a concorrência no mercado.
08700.00 6521/2014-07	Abbott Laboratories  Mylan Inc.	Aquisição, pela Mylan, dos negócios de medicamentos genéricos de marca em mercados desenvolvidos, exceto nos EUA, da “Divisão Farmacêutica Estabelecida” da Abbott, que, em troca, receberá ações ordinárias da recém-formada	Não aplicável.	08.08.14	Aprovação sem restrições.	O contrato foi notificado em função da contra-prestação societária e não por causa da venda dos negócios no exterior, que, embora deva ter envolvido as marcas dos medicamentos, não afeta o mercado nacional.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
		sociedade que combinará o negócio já existente da Mylan e o negócio adquirido (“New Mylan”).				Aprovado pela ausência de integração vertical e de sobreposição horizontal entre as partes no Brasil.
08700.00 3748/2014-92	Bionovis S.A. - Companhia Brasileira de Biotecnologia Farmacêutica  Ares Trading AS (Merck)  Merck KGaA	Contrato de Colaboração, que estabelece uma parceria entre Bionovis e Merck, por meio da qual a Merck transferirá para a Bionovis, ou para o laboratório público parceiro da Bionovis nos termos do Contrato de Parceria para o Desenvolvimento Produtivo (PDP), a tecnologia relacionada com o desenvolvimento e comercialização de produtos biossimilares e, potencialmente, produtos inovadores, no Brasil, destinados a aquisições privadas e governamentais.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	07.05.14	Aprovação sem restrições.	Fornecimento de <i>know how</i> para fabricação e licenciamento de patentes. Após a transferência da tecnologia, haverá um aumento da concorrência no mercado (mais um fornecedor), o que levou à aprovação do ato. Foi levado em consideração a necessidade de se desenvolver a indústria de biofármacos no país, que possui muitas barreiras à entrada, o fato de a Merck não ser um entrante potencial nesse setor e o fato de a Bionovis não ter começado sua atuação ainda. As dificuldades do setor justificariam as parcerias entre laboratórios para desenvolvê-lo.
08700.00 5912/2014-04	Basf Agrochemical Products B.V.  Mitsui Chemicals Agro, INC.	Contrato “Green Field” de licença e desenvolvimento, pelo qual a Mitsui irá conceder à BASF uma licença referente ao ingrediente ativo MCI-8007, para o desenvolvimento e posterior comercialização de nova formulação de inseticida.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	25.07.14	Aprovação sem restrições.	As partes permanecerão independentes e criarão um novo inseticida. Os demais inseticidas de cada parte continuarão a ser vendidos de modo independente no mercado. O CADE considerou que o contrato não alteraria a estrutura atual do mercado relevante e não geraria concentração.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 4654/2014-30	Bayer AG  Merck & Co, Inc	<p>Acordo de codesenvolvimento e cocomercialização mundial (“<i>Collaboration and Option Agreement</i>”) entre a Bayer e a Merck, por meio de uma subsidiária da Merck, para o desenvolvimento de determinados compostos moduladores de guanilato ciclase solúvel.</p> <p>Bayer e Merck dividirão igualmente custos de desenvolvimento e lucros associados aos moduladores GCs e implementarão estratégia conjunta de desenvolvimento e comercialização.</p> <p>A Bayer liderará a comercialização de Adem-pas nas Américas, enquanto a Merck liderará a comercialização fora das Américas. Para o vericiguat e outros potenciais moduladores GCs ainda em fase de pesquisa, a Bayer liderará a comercialização fora das Américas enquanto a Merck liderará a comercialização nas Américas.</p> <p>Ambas empresas terão a opção de co-promover Adempas e os possíveis futuros moduladores GCs nos territórios uma da outra; a copromoção significa que uma parte terá o direito de comercializar ou apresentar detalhes sobre o produto para</p>	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	06.06.14	Aprovação sem restrições.	<p>Segundo a petição inicial, a operação envolve licenças mútuas de direitos de propriedade intelectual, “apenas para fins de desenvolvimento, fabricação e comercialização dos produtos objeto da colaboração”.</p> <p>A operação foi aprovada pela ausência de sobreposição horizontal relativamente aos medicamentos objeto da parceria e aqueles que já faziam parte do portfólio de cada uma das partes e pela irrelevância da receita no Brasil com esses medicamentos (ainda que houvesse sobreposição, ela não seria relevante).</p> <p>A decisão não aborda a qualificação desse acordo como contrato associativo. As requerentes afirmam que notificaram o contrato <i>ad cautelam</i>, pois não seria associativo.</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
		médicos, mas não terá autoridade sobre preço.				
08700.00 8301/2014-00	Mon-santo do Brasil Ltda.  Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária	Contrato de Licenciamento Comercial, por meio do qual a Monsanto concederá à Embrapa o direito não exclusivo de usar a tecnologia Intacta RR2 PRO a fim de desenvolver, testar, produzir e comercializar, no Brasil, variedades de semente de soja.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	02.10.14	Aprovação sem restrições.	Aprovado porque a licença era não exclusiva, sem nenhum tipo de ingerência da Monsanto sobre a Embrapa.  A operação foi qualificada como contrato associativo, mas não há discussão nos autos acerca desse enquadramento.
08700.00 4957/2013-72 (3 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Bayer S.A.	Licenciamento não exclusivo de uso de tecnologia da Monsanto à Bayer para desenvolvimento, teste, produção e comercialização, no Brasil, de variedades de sementes de soja contendo a tecnologia Intacta RR2 PRO.  A Bayer desenvolverá produtos próprios com a utilização da tecnologia da Monsanto no germoplasma dos cultivares da Bayer.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	04.07.13	Conhecimento e aprovação com restrições por unanimidade do Tribunal, nos termos do voto do relator Con. Alessandro Octaviani Luis, que determinou a alteração de cláusulas contratuais que permitiam à Monsanto influenciar os negóci-	Seguiu o rito ordinário, mas o resultado somente apareceu na pesquisa pelo rito sumário (que foi requerido na inicial).  A Superintendência-Geral opinou pelo não conhecimento da operação e defendeu a sujeição somente ao controle de condutas.  O caso foi avocado pelo conselheiro Eduardo Pontual, enquanto estavam pendentes de julgamento os Atos de Concentração da Monsanto de números 08012.002870/2012-38 (Nidera Sementes), 08012.006706/2012-08 (Coodetec), 08700.003898/2012-34 (Don Mario Sementes), e 08700.003937/2012-01 (Syngenta). A Bayer peticionou sustentando a nulidade da avocação por descumprimento dos ritos legais e impetrou um



Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
					os da licenciada.	<p>mandado de segurança na Justiça Federal do Distrito Federal para contestar a avocação (processo nº. 43.976-23.2013), cuja liminar foi indeferida. A Bayer desistiu da ação posteriormente.</p> <p>Pedido de autorização liminar da operação foi negado pelo relator Octaviani. A preliminar de nulidade da avocação também foi rejeitada.</p>
08700.00 5601/2014-37	Pfizer Inc.  Orygen Biotecnologia S.A.	Contrato de Colaboração por meio do qual a Pfizer concederá a Orygen o direito exclusivo de usar sua tecnologia na fabricação e comercialização, no Brasil, de até cinco produtos biológicos (biossimilares) contendo certos princípios ativos. A Orygen celebrará uma Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP) com a Bio Manguinhos e, talvez, com outros laboratórios públicos para a venda do medicamento.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	16.07.14	Aprovação sem restrições.	<p>Em petição de esclarecimentos em resposta a um pedido de informações pelo CADE, a Pfizer afirmou que não licenciará ou cederá nenhuma patente para a Orygen. Haverá apenas transferência de <i>know how</i> para a fabricação de produtos biossimilares a medicamentos de referência.</p> <p>Operação foi aprovada pois trará aumento da oferta dos medicamentos em questão no mercado brasileiro. Os altos custos dos remédios biológicos justificam a celebração de parcerias entre laboratórios. A ausência de parceiros estrangeiros com <i>know how</i> retardaria a entrada de concorrentes no Brasil.</p>
08012.00 6706/2012-08	Mon-santo do	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concede à	Foi aprovada antes de sair a	01.06.12	O Plenário, por maioria, conheceu	Julgado em conjunto com o Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01, tendo sido adotada a

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
(2 resultados)	Brasil Ltda.  Nidera Sementes Ltda.	Nidera licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PRO no Brasil.	primeira resolução.		da operação, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrição.	mesma decisão. Ver descrição acima na tabela.
08700.00 3898/2012-34  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola (Coode-tec).	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concede à Coodetec licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PRO no Brasil.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	06.06.12	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrição.	Julgado em conjunto com o Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01, tendo sido adotada a mesma decisão. Ver descrição acima na tabela.
08012.00 2870/2012-38  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concede à Syngenta licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PRO no Brasil.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	23.04.12  (antes da vigência da nova Lei)	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrição.	Julgado em conjunto com o Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01, tendo sido adotada a mesma decisão. Ver descrição acima na tabela.

Fonte: elaboração própria.

### 3.2.2. Processos de ato de concentração pelo rito ordinário

Na pesquisa por processos no rito ordinário, foram encontrados **36** resultados, dos quais **31** eram processos únicos. Os comentários da seção anterior em relação ao número de processos únicos também são plenamente aplicáveis aos resultados observados na presente busca. Do total, **7** casos eram pertinentes ao objeto da pesquisa. Não houve contratos de cessão de direitos nos resultados, de modo que todos tratavam de licenciamentos e outras parcerias.

Todos os **7** casos pertinentes foram conhecidos, **5** com base na Resolução nº. 10 de 2014 e os outros **2** sem que tenha havido menção à resolução aplicável na decisão do CADE. Todos os **7** casos foram aprovados sem restrições.

Tabela 3

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 1347/2017-41	Localiza Rent a Car S.A.  Car Rental Systems do Brasil Locação de Veículos Ltda.	Contrato de Compra e Venda de Quotas, pelo qual a Localiza adquiriu na integralidade a Car Rental, que explorava a marca americana Hertz no Brasil.  <i>Brand Cooperation Agreement</i> , relativo ao uso da marca Hertz junto com a marca Localiza no Brasil (contrato associativo).  <i>Referral Agreement</i> , que regula os mecanismos de indicação mútua de clientes entre o Grupo Localiza e o Grupo <i>Hertz</i> onde apenas uma das empresas tiver atuação.	Não foi mencionado	06.03.17	Aprovação sem restrições.	Além da operação societária, pela qual a Localiza adquiriu a subsidiária brasileira do Grupo Hertz, há um contrato associativo de utilização conjunta das marcas Localiza e Hertz. Os clientes de uma marca poderão usar a rede da outra, no Brasil e no exterior. Além da promoção, desenvolvimento e utilização conjunta das marcas, prevê-se o compartilhamento das melhores práticas disponíveis em tecnologia e <i>know-how</i> operacional das empresas.  Aprovado em razão da existência de rivalidade efetiva e de baixas barreiras à entrada nos mercados relevantes afetados

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
						(locação, terceirização de frotas e venda de veículos usados).  Não foram enfrentados os requisitos da resolução na decisão.
08700.00 6315/2016-51  (2 resultados)	Warner Bros. Home Entertainment Inc.  Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfica S.A.	<i>Video Game License Agreement.</i>  Warner licencia o conteúdo e a Sonopress-Rimo manufatura e distribui as mídias físicas para o mercado.	10/2014	09.09.16	Aprovação sem restrições.	A operação foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10/2014.  Integração vertical sem problemas concorrenciais em razão do mercado em declínio (mídia física) e da ausência de poder de mercado da Warner no licenciamento de propriedade intelectual no Brasil.
08700.00 5689/2016-59  (2 resultados)	Warner Bros. Home Entertainment Inc.  Sony DADC Brasil Ind. Com. e Dist. Video Fonográfica Ltda.	<i>Video Game License Agreement.</i>  Warner licencia o conteúdo e a Sony replica e distribui as mídias físicas para o mercado.	10/2014	28.07.16	Aprovação sem restrições.	A operação foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10/2014.  Integração vertical sem problemas concorrenciais em razão do mercado em declínio (mídia física) e da ausência de poder de mercado da Warner no licenciamento de propriedade intelectual no Brasil.
08700.00 6142/2016-71	Banco Itaucard S.A.	Parceria para emissão de cartão de crédito <i>co-branded</i> (uso das marcas).	10/2014	29.08.16	Aprovação sem	A parceria não teria capacidade para fechar os mercados envolvidos,

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Multi-plus S.A.				restrições.	nem teria incentivos para tanto.
08700.01 2599/2015-33	Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo – Fonográfica Ltda.  Warner Bros. Home Entertainment Inc.	Renovação de contrato de replicação e distribuição de produtos físicos de entretenimento doméstico (filmes e música).	10/2014	23.12.15	Aprovação sem restrições.	A operação foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10/2014.  Aprovada em razão do improvável exercício de poder de mercado, dado que o mercado está em declínio (mídias físicas).
08700.01 2130/2015-02	Dow AgroSciences Industrial Ltda.  Monsanto do Brasil Ltda.	Contrato de Fornecimento por meio do qual a Monsanto se compromete a comprar e a Dow a fornecer o produto herbicida produzido pela Dow, formulado com o ingrediente ativo haloxifope (produzido pela Dow), sob a marca registrada “Gallant”, também de titularidade da Dow. O produto será fornecido já embalado e pronto para venda, a qual ocorrerá somente no Brasil. A Monsanto se comprometeu a adquirir o haloxifope exclusivamente da Dow, mas a Dow está livre para vendê-lo para terceiros. A Dow irá licenciar a marca Gallant para a Monsanto.	10/2014	11.12.15	Aprovação sem restrições.	O objetivo da Dow é aumentar as vendas de seu herbicida no Brasil, ao passo que a Monsanto pretende incluir esse novo produto para aumentar a variedade de seu portfólio. Como a cláusula de exclusividade era unilateral, o CADE não considerou relevante.  O CADE conheceu com base na resolução porque o prazo do contrato era superior a dois anos e as partes detinham market share superior a 20% (relação horizontal).  O CADE considerou não se tratar de uma sobreposição horizontal clássica, tendo em vista

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
						tratar-se apenas de contrato de fornecimento para codistribuição. Logo, não haveria um aumento no poder de mercado, a menos que as empresas se coordenassem entre si, mas o contrato previa meios para evitar que isso ocorresse (cláusulas que impedem a troca de informações sensíveis, por exemplo). Eventual colusão entre as partes seria objeto do controle de condutas. Ademais, o CADE considerou haver rivalidade suficiente no mercado, sobretudo em função da capacidade ociosa de concorrentes, que poderiam suprir a demanda de consumidores que deixassem de comprar da Monsanto/Dow. Há também flexibilidade da demanda, que pode variar diferentes princípios ativos; ausência de fidelidade à marca; os concorrentes também são grandes multinacionais; os produtores podem fazer uso <i>off label</i> (produtos indicados para uma cultura serem usados em outra que não está na bula).
08700.00 8857/2014-04	Monsanto do Brasil Ltda.	Monsanto concede à Dow o direito não exclusivo de usar a tecnologia Intacta RR2 PRO a fim de desenvolver, testar, produzir e comercializar, no Brasil,	Não mencionado na decisão.	21.10.14	Aprovação sem restrições.	A Monsanto era a monopolista do mercado à montante com a RR1, que detinha 88% do mercado. Não há dados para a RR2 (objeto do contrato), mas como a

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Dow Agros-ci-ences Se-mentes e Biotec-nologia Brasil Ltda.	variedades de semente de soja.  Integração vertical. Mercado à montante (desenvolvimento de tecnologia transgênica) e mercado à jusante (melhoria de culti-vares, criação e distribui-ção de sementes).				RR1 já está em domínio público (o que mitiga o poder de mercado da Monsanto) e a RR2 está sendo licenciada sem ex-clusividade para a Dow (uma concorrente), os riscos de fechamento do mercado à jusante são pequenos, de modo que a operação seria pró-competitiva. Ademais, as cláusulas do contrato não estabeleciam barreiras à entrada ou custos de saída para a licenciada.

Fonte: elaboração própria.

### 3.2.3. Processos de consulta

Na pesquisa por processos de consulta, foram encontrados **44** resultados, dos quais **11** eram processos únicos. Os comentários das seções anteriores em relação ao número de processos únicos também são plenamente aplicáveis aos resultados observados na presente busca. Apenas **1** dos processos era pertinente ao objeto da pesquisa e dizia respeito à Resolução nº. 17 de 2016. O CADE respondeu que o contrato de licenciamento em questão não se enquadrava nos requisitos da resolução, de modo que não precisaria ser notificado.

Tabela 4

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
08700.00 8419/2016-08	EA Swiss SÀRL  Warner Bros. Home Entertainment Inc.	Contrato de Licenciamento de Jogos, pelo qual a EA outorgará à Warner licença exclusiva para replicar, manufaturar e distribuir os Produtos EA (títulos de jogos eletrônicos) em formato físico no Brasil.	17/2016	16.12.16	Não se enquadra na resolução.	Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo considerou que não havia formação de um empreendimento comum porque, embora as partes fossem concorrentes no mercado de jogos, no contrato a licenciada assumiria a posição de replicadora e distribuidora dos conteúdos da licenciante, em relação vertical. “Não há compartilhamento de riscos e resultados em função da forma de pagamento pelo licenciamento, que prevê uma remuneração pré-estabelecida”. “As Consulentes não partilham as decisões qualitativas e quantitativas da oferta sobre o mercado de jogos”, “as atividades de <i>marketing</i> e propaganda permanecem segregadas” e quanto aos “aspectos relacionados à responsabilidade, destaca-se uma independência das empresas”.

Fonte: elaboração própria.



#### **4. DA NOTIFICAÇÃO DE CONTRATOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COMO CONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL**

A partir da pesquisa empírica e da apresentação geral dos capítulos anteriores, que contextualizam os contratos associativos enquanto modalidade de ato de concentração econômica prevista na Lei de Defesa da Concorrência de 2011, nosso objetivo é analisar o enquadramento de contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual no conceito de contrato associativo, a fim de estabelecer se eles estariam sujeitos à obrigatoriedade legal de notificação prévia ao CADE para aprovação deste ente ou não. Essa análise nos permitirá testar a hipótese do estabelecimento de uma possível exceção *a priori* do controle de estruturas para os contratos de propriedade intelectual, pela qual, em virtude das características desses acordos, eles não precisariam ser notificados previamente à autoridade antitruste.

Adicionalmente, a partir da legislação da União Europeia e dos Estados Unidos da América apresentada anteriormente, verificaremos ao longo da exposição se a atual regulamentação do CADE para a notificação dos contratos associativos seria apropriada aos riscos concorrenciais ofertados especificamente pelos contratos de propriedade intelectual. Essa regulamentação excluiria do controle preventivo contratos nocivos à livre concorrência ou incluiria desnecessariamente contratos inofensivos, ensejando, assim custos que poderiam ser evitados? A atual resolução do CADE que disciplina a matéria seria adequada ao controle estrutural preventivo de contratos de propriedade intelectual à luz do *benchmark* estrangeiro ou ajustes seriam recomendáveis nesse sentido?

##### **4.1. Enquadramento dos contratos de Propriedade Intelectual como associativos**

Para a discussão desta seção, na qual trataremos do enquadramento dos contratos de propriedade intelectual na categoria dos contratos associativos, analisaremos primeiramente a inserção dos contratos de cessão e de licenciamento no conceito de contrato associativo definido no Capítulo 2. Na sequência, apresentaremos os precedentes julgados pelo CADE, dando destaque ao mais relevante deles, que cuidou de contrato de licenciamento de tecnologia de transgenia de soja da Monsanto. Por fim, nas seções subsequentes, debateremos a subsunção dos contratos de propriedade intelectual aos critérios das duas resoluções do CADE que

disciplinaram a matéria, incluindo precedentes decididos especificamente sob a regência desses atos normativos. Ainda por ocasião dessa exposição, verificaremos se a atual regulamentação do CADE para a notificação dos contratos associativos seria apropriada aos riscos concorrenciais ofertados especificamente pelos contratos de propriedade intelectual, inclusive à luz do *benchmark* internacional.

#### 4.1.1. Cessão

Conforme enunciado no Capítulo 1 *supra*, a cessão consiste na alienação gratuita ou onerosa de um direito de propriedade intelectual. Deste feito, por meio do contrato de cessão, opera-se a transferência *inter vivos* da titularidade desse bem imaterial. Do ponto de vista do Direito Antitruste, trata-se, portanto, de uma operação de aquisição de ativos, que são passados de um agente econômico para outro.

Como consectário lógico, não se pode considerar a cessão de propriedade intelectual como um contrato associativo, na medida em que aquela operação, em sua forma pura, é meramente comutativa. O cedente transfere a propriedade sobre o ativo para o cessionário, a quem pode incumbir uma contraprestação pecuniária ou não. A tradição do bem contra o pagamento exaure, desse modo, a relação entre as partes no que diz respeito ao objeto do contrato, não subsistindo, em razão da cessão *per se*, qualquer relação entre elas que possa denotar uma associação. Adimplida a compra e venda, não sobrevive relacionamento entre comprador e vendedor, a menos que o contrato preveja outras estipulações laterais que não digam respeito ao objeto da alienação em si.

Assim, se o que caracteriza os contratos associativos são a estabilidade e a comunhão de desígnios para a realização de um propósito comum entre as partes, não se pode considerar a transferência *per se* de um ativo de propriedade intelectual como associativa, na medida em que a cessão apenas promove a substituição no mercado do agente titular daquele direito por outro, sem que as partes passem a buscar um objetivo comum de modo estável, agindo conjuntamente para alcançar esse fim. Pelo contrário, o que ocorre é a retirada do cedente e o ingresso do cessionário, que passa a ocupar o seu lugar. Caso a cessão esteja inserida no bojo de um negócio maior que estabeleça uma associação entre as partes nos contornos definidos

acima, o contrato pode ser eventualmente associativo em função de tal negócio maior, mas nunca em razão da cessão em si.

A não configuração dos acordos de cessão como contratos associativos não significa, todavia, que eles estejam imunes ao controle de estruturas no Brasil. Ao revés, cuidando a operação da transferência de ativos entre agentes econômicos, subsome-se o contrato de cessão à hipótese de notificação prévia da aquisição de ativos, de modo que o controle preventivo será exercido sob outra rubrica legal. Rememore-se, pois, a redação do artigo 90, inciso II, da Lei de Defesa da Concorrência:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

(...) II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

Embora Caio Mário Neto e Paulo Casagrande apontem que a expressão “partes de uma ou outras empresas”, constante do dispositivo transcrito acima, pode ser uma fonte de questionamento, dado que não há regulamentação do CADE e, assim, “*pode haver dúvida sobre o tratamento de operações que envolvam a transferência de ativos, como uma planta industrial, um outro tipo de estabelecimento, ou mesmo uma patente ou marca*”,<sup>252</sup> a compra de ativos que constituam unidades produtivas são historicamente consideradas atos de concentração.<sup>253</sup> Na literatura, Paula Forgioni admite expressamente a aquisição de direitos de propriedade intelectual como hipótese de ato de concentração notificável ao CADE com fulcro no inciso II, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência.<sup>254</sup>

Exemplificativamente, pode-se citar como controvérsia relevante o caso da cessão de posição contratual em consórcios formados para a exploração de concessões de poços de petróleo realizadas pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). No Ato de Concentração nº. 08700.007899/2013-39, a Total E&P do Brasil Ltda. adquiriu 50%

<sup>252</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 54. Grifo do original.

<sup>253</sup> Pode-se citar como exemplos os Atos de Concentração de números 08700.005649/2012-83; 08700.009444/2012-77; 08700.005378/2012-66; 08700.006401/2012-30; 08700.011046/2012-11; 08700.009182/2012-41; 08700.008788/2012-69; 08700.009587/2012-89; 08700.006418/2013-78; 08700.001029/2013-56; 08700.003019/2013-55; e 08700.004538/2013-30, todos os quais foram conhecidos pelo CADE e aprovados sem restrições pela Superintendência-Geral.

<sup>254</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 417.

dos direitos e obrigações originariamente detidos pela Petrobras numa concessão petrolífera. Apesar de terem sido apresentados pareceres dos professores Alexandre Aragão, Paula Forgioni e Celso Campilongo sustentando que a cessão de direitos decorrentes de licitação não se enquadraria em nenhuma das hipóteses do art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência, o CADE considerou que essas operações são de notificação obrigatória, tendo o relator, conselheiro Alessandro Octaviani Luis, expressado que “*a cessão implica mudança do elemento subjetivo e, justamente por isso, representa um contrato novo, independente do anterior, com capacidade potencial de alteração da estrutura do mercado*”.<sup>255</sup>

Nos comentários à Lei de Defesa da Concorrência coordenados por Eduardo Caminati Anders, Leopoldo Pagotto e Vicente Bagnoli, defende-se que apenas ativos relevantes para a atividade fim de um negócio deveriam ser levados em consideração para fins de configuração de ato de concentração:

“A aquisição de ativos que representem efetivamente a transferência de parte ou da integralidade de um ou de vários negócios da empresa-alvo, ou seja, digam respeito a ativos essencialmente voltados à atividade fim da empresa, ou ainda, na conceituação antitruste, impliquem a transferência da participação de um agente econômico em determinado mercado, em alguma medida, resulta, em nosso entender, uma concentração econômica.

*Contrario senso*, entendemos que se exclui da hipótese a mera compra e venda de ativos, tangíveis ou intangíveis, que não estivessem diretamente afetos à atividade fim da empresa-alvo e que pudessem ser caracterizados como bens neutros sob o ponto de vista concorrencial, na medida em que sua aquisição em nada altera a estrutura do mercado afeto ao ativo”.<sup>256</sup>

O critério defendido na glosa acima está em linha com a prática da União Europeia, onde, conforme visto no Capítulo 1 *supra*, a Comunicação Consolidada da Comissão Europeia acerca do Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho, que rege o controle de estruturas no âmbito comunitário, consignou que a aquisição de ativos recai na obrigatoriedade de notificação somente se os elementos do ativo “*constituírem o conjunto ou uma parte de uma empresa, ou seja, se representarem uma actividade traduzida por uma presença no mercado e à qual pode ser atribuído de forma inequívoca um volume de negócios*”.<sup>257</sup> Vale dizer, a aquisição do ativo

<sup>255</sup> Ato de Concentração nº. 08700.007899/2013-39, voto do conselheiro relator Alessandro Octaviani Luis, p. 21.

<sup>256</sup> ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012. P. 297-298.

<sup>257</sup> Cf. parágrafo 24 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

deve ser submetida ao controle preventivo apenas se transferir consigo a atividade econômica que ele representa junto ao cedente para o adquirente.

Aplicando-se esse critério no campo da propriedade intelectual, pode-se inferir que a cessão desses direitos geralmente será relevante do ponto de vista concorrencial, pois na maior parte das vezes eles estão associados diretamente a um produto ou serviço que representa uma linha de negócios dentro da empresa titular. Destarte, a cessão de uma marca registrada, por exemplo, implica na transferência de seu fundo de comércio junto ao público consumidor, o que coloca o cessionário em condições de herdar o mercado anteriormente detido pelo cedente no que se refere ao produto identificado pela marca alienada. Dessa forma, a cessão de uma marca, mesmo que desacompanhada da venda de ativos tangíveis (como a fábrica utilizada pelo cedente para produzir o bem identificado pela marca, *e. g.*), poderá gerar efeitos concentrativos no mercado em razão da transferência do aviamento associado àquele sinal distintivo.

Por sua vez, na área tecnológica, a cessão de patentes poderá produzir esse mesmo efeito, o que vai depender do conteúdo dos direitos cedidos, pois embora patentes possam cobrir partes essenciais ou mesmo produtos por inteiro, em sua maioria elas dizem respeito apenas a aspectos menores que se inserem na composição de um produto ou estão ligadas à processos produtivos. Assim, a cessão da patente que protege todo um produto em si (por exemplo, o princípio ativo de um medicamento inovador de referência) produzirá efeitos semelhantes à cessão de uma marca, pois acaba transferindo consigo o negócio relativo àquele produto, alterando a estrutura do mercado. Por outro lado, patentes que protegem somente elementos de um produto maior ou etapas produtivas tendem a não causar o mesmo efeito (caso haja substitutos eficazes para aquele componente no mercado, por exemplo), pois a transferência de uma tecnologia que não represente um mercado não causa mudanças estruturais. Naturalmente, não se deve deixar de considerar na análise a possibilidade de a exploração perante terceiros das patentes cedidas constituir *per se* o negócio (mercado de licenciamento de tecnologia) que se está transferindo, caso em que se estaria tratando do mercado da tecnologia em si e não do produto final ao qual ela serve de insumo.

Portanto, embora os casos de cessão de direitos de propriedade intelectual não sejam contratos associativos, esse tipo de operação será de notificação obrigatória ao CADE na hipótese do inciso II, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência, quando a aquisição representar a transferência de “parte de uma ou outras empresas”, o que, embora ainda careça de regulamentação, parece indicar o repasse de alguma atividade econômica do cedente e, com ela, de sua participação no mercado em relação àquela atividade, alterando-se a estrutura do

mercado relevante. A obrigatoriedade da notificação de contratos de cessão de propriedade intelectual ao controle preventivo no Brasil está, assim, de acordo com a legislação estadunidense e da União Europeia, onde essa hipótese é igualmente notificável, conforme visto no Capítulo 1, o que deixa o ordenamento brasileiro em linha com essas referências internacionais em matéria de direito antitruste.

Na pesquisa empírica realizada para subsidiar este trabalho, foram encontrados cinco casos de cessão de direitos de propriedade intelectual, os quais foram corretamente enquadrados na hipótese de aquisição de direitos do artigo 90 da Lei de 2011. Em todos eles, a cessão dos direitos estava, seja como objeto principal da operação, seja incidentalmente, associada à transmissão da atividade econômica que eles representavam do cedente para o cessionário.

No Ato de Concentração nº. 08700.005894/2017-03, a Aspen Pharmacare Holdings Limited notificou a aquisição das marcas de um portfólio de produtos anestésicos da AstraZeneca UK Limited, os quais já eram, entretanto, comercializados com exclusividade pela Aspen ao redor do mundo, com exceção dos Estados Unidos. Como a Aspen já distribuía os produtos com exclusividade no Brasil, a operação de cessão dos registros das marcas pertinentes não causaria nenhuma sobreposição horizontal ou alteração na estrutura do mercado (exceto pelo fim da integração vertical anteriormente existente com a AstraZeneca), de modo que o contrato foi aprovado sem restrições pelo CADE.

Noutro caso envolvendo a Aspen, o Ato de Concentração nº. 08700.007226/2016-21, esta adquiriu globalmente da Glaxosmithkline PLC os ativos relativos a cinco medicamentos (Ultiva, Tracrium, Nimbex Mivacron e Anectine/Midarine). Nos termos da notificação ao CADE, seriam adquiridos “*o ágio e a propriedade intelectual, assim como as autorizações de comercialização, contratos, informações comerciais e registros de negócios associados às marcas*”, sem que tenha havido propriamente a especificação de quais seriam os ativos em questão. A operação foi aprovada sem restrições em função do pequeno *market share* das partes nos mercados relevantes e do fato de esses mercados serem bastante competitivos.

No Ato de Concentração nº. 08700.007436/2014-58, a Lactalis do Brasil – Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda. adquiriu quatro unidades produtivas isoladas da LBR Lácteos Brasil S.A., que se encontrava em recuperação judicial, e, como parte do negócio, revogou a licença exclusiva de uso da marca “Parmalat” que a LBR detinha no Brasil. Assim, uma empresa do grupo Parmalat voltou a deter o uso dessa marca no Brasil e a LBR auferiu receitas para amparar sua recuperação judicial. A operação foi aprovada sem restrições pelo CADE em função da reduzida participação das partes nos mercados relevantes afetados.

No Ato de Concentração nº. 08700.006521/2014-07, a Mylan Inc. adquiriu os negócios de medicamentos genéricos de marca da Abbott Laboratories em mercados desenvolvidos, com exceção dos EUA, tendo a Abbott recebido, em troca, ações ordinárias de uma sociedade recém-formada, que combinou o negócio já existente da Mylan com o negócio adquirido na operação. O CADE aprovou essa aquisição sem restrições em vista da ausência de integração vertical e de sobreposição horizontal entre as partes no Brasil.

Por fim, no Ato de Concentração nº. 08700.002435/2013-36, a Diamond Holding Vehicle LLC. adquiriu o chamado “negócio óptico” da Nokia Siemens Networks B.V., que, segundo as partes, era constituído por determinados ativos que permitiam a criação, comercialização, distribuição e manutenção de soluções de *hardware* e *software* de fibra ótica. Dentre os ativos adquiridos, havia menção expressa a direitos de propriedade intelectual, os quais não foram, contudo, especificados. O CADE aprovou a operação sem restrições uma vez que dela não decorreria sobreposição horizontal ou integração vertical no mercado.

#### **4.1.2. Licenciamento**

Conforme enunciado no Capítulo 1 *supra*, a licença consiste na autorização, gratuita ou onerosa, concedida pelo titular de um direito de propriedade intelectual para que o licenciado possa fazer uso do objeto protegido por esse mesmo direito dentro dos limites (temporais, territoriais, de escopo, *etc*) fixados pelo licenciante. Deste feitio, por meio do contrato de licenciamento, opera-se o arrendamento da fruição do bem imaterial protegido. Do ponto de vista do Direito Antitruste, trata-se, portanto, de uma integração vertical, na qual o licenciante fornece o insumo propriedade intelectual para o licenciado empregá-lo em suas atividades, sendo certo que as partes eventualmente podem estar também horizontalmente relacionadas no mercado relevante do produto final ao qual os direitos licenciados servem de insumo.

O licenciamento estabelece uma relação essencialmente comutativa entre os contratantes, entabulando uma troca bilateral de contraprestações pela qual o licenciante concede ao licenciado a possibilidade de explorar o direito de propriedade intelectual objeto do

contrato.<sup>258</sup> Embora o licenciante possa instituir determinados limites à atuação do licenciado, as operações do licenciado dentro dessas demarcações são, a princípio, livres e escapam do controle do licenciante. Como regra, portanto, não fazem parte da natureza da licença avenças de coordenação das atividades das partes; ao revés, o licenciante deixa o licenciado livre para explorar os direitos licenciados, correndo os riscos do negócio e pagando a remuneração eventualmente acertada entre as partes.

Sendo assim, se o que caracteriza os contratos associativos são a estabilidade e a comunhão de desígnios para a realização de um propósito comum entre as partes, não se pode enquadrar os acordos de licenciamento nessa categoria legal de ato de concentração, pois eles não estabelecem um escopo ou empreendimento comum entre os contratantes. Numa licença pura e simples, cada parte cumpre suas obrigações e mantém seus negócios apartados, sem exercer controle sobre as atividades e decisões comerciais da outra parte, ao contrário do que se sucede num contrato associativo, no qual se estabelece uma afinidade de vontades, voltada à consecução do objetivo comum, que propicia influência mútua e atuação coordenada no mercado. Logo, seguindo a concepção delineada no Capítulo 2, os contratos de licenciamento não podem ser considerados associativos.

Como contraponto, Denis Borges Barbosa aduz que há quem perceba na licença uma:

“natureza complexa que resulta do caráter associativo do licenciamento. Ao se comprometer a não disputar um mercado com o seu licenciado (ou a permitir que ele o dispute) o licenciador estabelece uma relação de repartição de benefícios que se aproxima da sociedade; a similitude se acentua quando o contrato prevê a transmissão de conhecimentos técnicos complementares, know how ou assistência técnica”.<sup>259</sup>

Não obstante, malgrado as considerações acima, não se pode presumir a existência de uma associação a partir da aludida repartição de benefícios, uma vez que esses benefícios, conquanto sejam mútuos, são diversos: o titular do direito auferirá *royalties* em se tratando de contrato oneroso, ao passo que o licenciado passará a ter acesso ao objeto protegido pela propriedade intelectual. Como em todo contrato, as partes, no livre exercício de suas vontades, esperam obter algum benefício ao ingressar na relação contratual, o que não é suficiente para caracterizar uma associação entre elas. Assim, não se vislumbra na hipótese um objetivo

---

<sup>258</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. P. 62-63.

<sup>259</sup> BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. P. 522.



comum entre as partes em razão unicamente da licença, de modo que mais informações sobre um particular caso concreto seriam necessárias para se chegar a essa conclusão.

Da mesma forma, tampouco pode-se presumir uma associação entre as partes tão somente em função da entrada do licenciado no mercado do licenciante, dado que não necessariamente o titular deixará de disputar esse mercado de modo independente com o licenciado em virtude da licença, sendo certo que a permissão de entrada de um novo concorrente já é em si presumivelmente pró-competitiva.<sup>260</sup> Nesse sentido, é plenamente factível que um licenciado possa superar o licenciador no mercado, de modo que, ausente qualquer forma de coordenação no atuar das partes, é descabido associar o licenciamento a um contrato de sociedade.

Ademais, afora a questão conceitual do enquadramento das licenças na categoria dos contratos associativos, é válido aduzir que, se, como defende Luís Fernando Schuartz, o exercício do poder de mercado pode ser interpretado como “*chave para o tratamento juridicamente unificado da análise de atos de concentração econômica e condutas anticompetitivas*”,<sup>261</sup> e se considerarmos, segundo o mesmo autor, poder de mercado como a “*capacidade de impor, consistente e lucrativamente, preços acima dos custos marginais (‘supra competitivos’), com redução da quantidade ofertada a um nível inferior ao eficiente (e produção do correspondente ‘deadweight loss’ alocativo)*”,<sup>262</sup> as licenças puras de direitos de propriedade intelectual, mesmo assim, não oferecem riscos que justifiquem sua submissão ao controle preventivo. Com efeito, pode-se inferir que uma licença gera eficiências e dificulta o exercício do poder de mercado, pois insere mais um concorrente no mercado, o que permite pressupor o aumento da quantidade de produtos ofertados, dificultando assim a elevação do preço acima do custo marginal do licenciante.

Ao licenciar um direito que antes lhe era exclusivo, o licenciante se despe de uma possível fonte para o exercício de poder de mercado, que era a exclusividade anteriormente detida. Assim, tanto do ponto de vista da subsunção à categoria dos contratos associativos

---

<sup>260</sup> ROS, Luiz Guilherme. O direito concorrencial e a propriedade intelectual sob a égide dos contratos de licenciamento de patente com e sem exclusividade. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência**: Temas de Fronteira. São Paulo: Migalhas, 2015. P. 173.

<sup>261</sup> 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. P. 107. Grifos do original.

<sup>262</sup> *Ibid.* P. 103. Grifos do original.

quanto da prevenção do exercício abusivo de poder de mercado não se justifica a incidência do controle de estruturas sobre esses contratos.

Essas conclusões vão ao encontro da prática dos Estados Unidos e da União Europeia, jurisdições nas quais, conforme vimos no Capítulo 1 *supra*, não há obrigatoriedade de notificação de licenças não exclusivas de direitos de propriedade intelectual para o controle preventivo das autoridades concorrenciais. Em ambos os ordenamentos que servem de referência internacional, vige a premissa de que o licenciamento desses direitos possui caráter pró-competitivo,<sup>263</sup> deixando-se eventuais abusos para a correção do controle repressivo. Assim, no geral, considera-se que o licenciamento não exclusivo de tecnologia, por exemplo, permite a combinação de fatores de produção pelos agentes econômicos, reduzindo investimentos duplicados em pesquisa e desenvolvimento, promovendo a inovação incremental e facilitando a disseminação da tecnologia, o que fomenta a concorrência.

Por outro lado, no que se refere ao licenciamento exclusivo de direitos de propriedade intelectual, constatamos que ocorre, naquelas jurisdições, uma equiparação à hipótese de aquisição de ativos, motivo pelo qual esses contratos ficam sujeitos à notificação prévia para os órgãos antitruste. Particularmente no caso da União Europeia, todavia, a licença exclusiva deve ser notificada somente se vier acompanhada da transferência do negócio com presença de mercado de uma parte a outra, com a consequente transmissão do faturamento gerado pela atividade do licenciante para o licenciado exclusivo em algum território.<sup>264</sup>

No caso do Brasil, não há nenhuma regulamentação ou precedente que equipare o licenciamento exclusivo de propriedade intelectual à hipótese de ato de concentração de aquisição de ativos, de modo que a sua notificação prévia ao CADE resta questionável. Sem embargo, o critério europeu revela-se adequado ao ordenamento nacional, pois exige a notificação das licenças exclusivas que, tal como as cessões de direitos, denotam a ocorrência de alterações na estrutura do mercado, consubstanciadas na transferência de um negócio de uma parte a outra, o que pode configurar efetiva concentração. Nesse sentido, Paulo Casagrande aduz que “o CADE deveria limitar a exigência de notificações a (...) contratos de licenciamento

---

<sup>263</sup> Vide Considerando 4 do Regulamento (UE) n.º 316/2014 e U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017. P. 02.

<sup>264</sup> Cf. parágrafo 24 da Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho relativo ao controlo das concentrações de empresas.

*de PI ou transferência de tecnologia que abranjam também a transferência ou conjunção de ativos de maneira permanente ou de longo prazo”*.<sup>265</sup>

Sendo assim, embora isso não esteja claro na legislação brasileira, a exclusividade poderá tornar o contrato notificável sob a rubrica da aquisição de ativos. Seja exclusivo ou não, o contrato de licença pura e simples não será notificável, porém, a pretexto de constituir contrato associativo.

Naturalmente, todas as considerações expostas acima acerca do não enquadramento das licenças de propriedade intelectual no conceito de contrato associativo são válidas desde que não haja 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 sentido, Luís Fernando Schuartz chama a atenção 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)*”,<sup>266</sup> que enseja riscos concorrenciais que justificam a análise antitruste.<sup>267</sup> Nesses casos, havendo fim em comum entre as partes, haveria a configuração de uma associação que justifica a notificação prévia do acordo ao controle de estruturas da autoridade antitruste.

De fato, uma licença pode vir acompanhada de cláusulas laterais que, seguindo a concepção de contrato associativo exposta anteriormente, podem dotá-la de características associativas, a depender das circunstâncias do contrato. Assim, embora o licenciamento *per se* seja na essência comutativo, o contrato pode abranger avenças que ultrapassam o mero licenciamento, na forma de cláusulas laterais que podem desnaturar o objeto principal do acordo. Nesse contexto, Deborah Caixeta chama a atenção para a perda da comutatividade de contratos, capaz de torná-los associativos:

“(…) Contratos aparentemente comutativos perdem essa natureza por estabelecer uma forma de cooperação qualificada pela existência de um escopo em comum entre as partes relacionadas, dando, assim, ensejo aos contratos associativos. A identificação

<sup>265</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. P. 255.

<sup>266</sup> 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. P. 132.

<sup>267</sup> A qual poderá aprová-las ou não, é importante frisar, dado que não estamos analisando o mérito da operação, apenas a necessidade de submissão ao controle preventivo.

do escopo comum nestes casos não é uma tarefa trivial, mas poderia se dar a partir de elementos contratuais que possam afastar o caráter puramente comutativo do acordo, a exemplo (...) de cláusulas que permitem a influência de uma empresa sobre aspectos relevantes da outra, principalmente no que diz respeito ao tratamento de terceiros, ou ainda, cláusulas que estabelecem compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as contratantes”.<sup>268</sup>

Conforme será exposto na seção seguinte, essa situação corresponde ao que se sucedeu no principal *leading case* julgado pelo Tribunal do CADE em matéria de licenciamento de tecnologia. Naquele caso, o acordo firmado ultrapassava a mera licença das patentes em questão, entabulando um relacionamento direto entre as partes, por meio de determinada arquitetura de incentivos contratuais, que levou o Conselho a qualificar o contrato como associativo, com possíveis efeitos anticompetitivos, o que se mostrou adequado.

Portanto, a eventual caracterização de um licenciamento de propriedade intelectual como contrato associativo dependerá das cláusulas complementares ao objeto principal do contrato de licença, as quais deverão denotar a realização de um escopo comum entre as partes, que, por sua vez, traduz o potencial concentrativo da operação que justifica o controle preventivo, pois, como citado no Capítulo 2, é a direção unitária sobre um empreendimento comum que revela a ocorrência de concentração econômica. Logo, para configurar um contrato associativo, a licença deverá ultrapassar a mera comutatividade para refletir essa associação entre partes que pode alterar a estrutura do mercado em função de sua atuação conjunta, caracterizada pela estabilidade e pela comunhão de desígnios para a realização de um propósito comum entre elas.

Assumindo que a propriedade intelectual constitui um insumo produtivo para o licenciado que é fornecido pelo licenciante, deve-se considerar que a licença estabelece uma relação vertical entre as partes, dado que as posiciona em diferentes estágios de uma mesma cadeia produtiva, ainda que eventualmente as partes também estejam horizontalmente relacionadas no mercado.<sup>269</sup> Em geral, relações verticais tendem a ser eficientes e pró-competitivas, sendo conhecida a posição de Robert H. Bork, da Escola de Chicago, para quem

<sup>268</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 113.

<sup>269</sup> Conforme reconhecido no parecer exarado pela Superintendência-Geral do CADE no Ato de Concentração nº. 08700.011952/2015-68: “*Contratos de licenciamento fazem com que uma parte (a licenciada - licensee) tenha acesso a bens (no caso de patentes, bens intangíveis) de outra (a licenciadora - licensor), em uma relação vertical por meio da qual a licenciada faz uso do bem licenciado como um insumo para sua atividade econômica. Mesmo que as partes atuem no mesmo mercado relevante (...), a relação específica criada por um contrato de licenciamento, se analisada individualmente (relação vertical “no objeto do contrato”), é vertical”*”.

a integração vertical não deveria ser alvo do controle antitruste.<sup>270</sup> “*O ato vertical tende a promover a eficiência, e as restrições impostas podem ser os meios para a obtenção de resultados eficientes*”,<sup>271</sup> no dizer de Luciano Timm. Nos contratos de licenciamento, a eficiência pode residir em diversos fatores, tais como o acesso do licenciado à propriedade intelectual antes restrita ao titular, o que, além de fomentar a concorrência pelo novo entrante no mercado, pode viabilizar inovações incrementais e reduzir investimentos duplicados em pesquisa graças à disseminação da tecnologia.

Sem embargo, é concebível que integrações verticais possam prejudicar a livre concorrência, o que pode se dar na hipótese de partes verticalmente relacionadas conseguirem elevar barreiras à entrada e limitar o acesso de competidores a determinado insumo (*foreclosure theory*).<sup>272</sup> O risco das integrações verticais é, de fato, o fechamento do mercado. Assim, no caso das licenças de propriedade intelectual, o estabelecimento de uma licença exclusiva entre licenciante e licenciado poderia limitar o acesso a uma tecnologia, por exemplo.<sup>273</sup> Como as partes podem estar horizontalmente relacionadas no mercado, seu relacionamento vertical poderá se refletir ainda em medidas de coordenação potencialmente anticompetitivas. Nesse sentido, o artigo 40, parágrafo 1, do Acordo TRIPS, estatuiu que os países membros concordavam que “*algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia*”.<sup>274</sup>

<sup>270</sup> “*Antitrust’s concern with vertical mergers is mistaken. Vertical mergers are means of creating efficiency, not injuring competition*”. Cf. BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: Free Press, 1978. P. 226. Assim, para Bork, “*it is always horizontal market power, and not integration into other levels, which is important*”. Cf. BORK, Robert H. **Vertical Integration and the Sherman Act**: the legal history of an economic misconception. In: University of Chicago Law Review. Vol. 22, n. 1, 1954. P. 196. Como comenta Carlos Ragazzo a respeito da Escola de Chicago, “*práticas e operações verticais eram vistas, por essa escola, como praticamente lícitas per se (...) por serem majoritariamente pró-competitivas. (...) A lógica para isso decorria de uma crença de que as restrições verticais incrementavam uma concorrência intermarcas (ao invés de intramarcas), definindo incentivos adequados para os distribuidores investirem em qualidade e marketing dos produtos e serviços, evitando free-riding*”. Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. A Regulação da Concorrência. In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. P. 187.

<sup>271</sup> TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P.126.

<sup>272</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia**: estudos para o debate brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. P. 170-173.

<sup>273</sup> ROS, Luiz Guilherme. O direito concorrencial e a propriedade intelectual sob a égide dos contratos de licenciamento de patente com e sem exclusividade. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência**: Temas de Fronteira. São Paulo: Migalhas, 2015. P. 175-176.

<sup>274</sup> Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS, na sigla em inglês), que constitui um dos anexos do tratado que deu origem à Organização Mundial do Comércio (OMC). Conforme observa Maristela Basso, “*as disposições do TRIPS constituem padrões mínimos de proteção que devem ser adotados pelos Estados-Partes, em suas legislações nacionais*” (BASSO, Maristela. **O Direito**

Por esses motivos, o fato de o objeto principal do contrato de licença ter um caráter presumivelmente pró-competitivo não significa que se deva descuidar das demais disposições do acordo, cujo inteiro teor pode revelar que a relação vertical das partes de alguma forma afeta a livre concorrência. Nesse sentido, José Marcelo Martins Proença pontua que “*a integração vertical mediante acordo com empresa existente no mercado poderá também restringir a concorrência, dependendo, no entanto, das cláusulas que forem pactuadas e das condições do referido mercado antes da operação*”.<sup>275</sup>

Eventuais condutas anticompetitivas decorrentes da execução do contrato devem, naturalmente, ser objeto do controle repressivo. Não obstante, as cláusulas restritivas e seu potencial de afetar a concorrência podem ser um reflexo da formação de uma nova estrutura no mercado por meio de contrato associativo, através do qual as partes atuarão conjuntamente com vistas ao seu escopo comum, o que justificaria a sua submissão ao controle preventivo. É preciso avaliar, portanto, se essas cláusulas são capazes de desnaturar o contrato de licença, tornando-o um contrato associativo cuja notificação é obrigatória.

Sobre as restrições verticais, Paula Forgioni observa:

“Para melhor adaptar a relação contratual às suas necessidades, os agentes econômicos costumam apor determinadas cláusulas nos acordos verticais, conhecidas como *restrições verticais*. Para o direito concorrencial, *as restrições verticais são estipulações contratuais geralmente inseridas nos acordos verticais que restringem a liberdade de atuação do distribuidor ou do fornecedor*.

Em que pese à passionalidade do debate, é inegável que os acordos verticais não são benéficos ou deletérios *a priori*. Sua análise sob o prisma da Lei 12.529/2011 exige que sejam sopesados prós e contras”.<sup>276</sup>

Assim, a análise de mérito das cláusulas restritivas dependerá das circunstâncias do caso concreto, pois os seus possíveis efeitos prejudiciais à livre concorrência podem estar, entretanto, acompanhados de eficiências econômicas que precisam ser sopesadas. Por isso, “*a grande maioria das restrições verticais é sujeita a uma análise baseada em efeitos (com*

---

**Internacional da Propriedade Intelectual.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. P. 176). No Brasil, o acordo TRIPS foi internalizado pelo Decreto nº. 1.355 de 30 de dezembro de 1994.

<sup>275</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência.** São Paulo: Saraiva, 2001. P. 68.

<sup>276</sup> FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 372-373. Grifos do original.

*aplicação da regra da razão), sendo insuficiente identificar apenas o objeto da conduta”.*<sup>277</sup>

Como outrora já pontuou o conselheiro Abraham Sicsú, em se tratando de propriedade intelectual, argumentos de eficiência de restrição vertical tendem a ser aceitáveis em mercados inovadores ou com complexidade técnica.<sup>278</sup>

A análise de conhecimento, entretanto, para fins de determinar exclusivamente a obrigatoriedade de notificação da operação ao CADE, depende unicamente de uma avaliação preliminar da possibilidade de as cláusulas laterais ao objeto principal do contrato (no nosso caso, o licenciamento de direitos de propriedade intelectual) denotarem a formação de contrato associativo. Destarte, é possível concluir que licenças simples são comutativas e não associativas, mas o contrato de licença poderá se tornar associativo se contiver cláusulas que transpareçam um objetivo comum a ser realizado pela cooperação qualificada entre as partes. Nesse contexto, restrições verticais podem servir de indício para a existência de associação que faria do contrato de licenciamento um ato de concentração sujeito ao controle de estruturas. Por isso, a ocorrência de restrições ou mecanismos de interferência de uma parte sobre a outra pode importar na necessidade de se sujeitar o acordo ao controle preventivo.

Luciano Timm aponta, exemplificativamente, uma série de “cláusulas problemáticas” em contratos de licenciamento de propriedade intelectual que ensejam questionamentos do ponto de vista concorrencial, mas nenhuma delas é suficiente *per se* para denotar estabilidade e comunhão de desígnios entre as partes para a realização de um propósito comum, que, sob a regência da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, justificaria o conhecimento da operação no controle preventivo em razão da configuração de contrato associativo.<sup>279</sup> Para a aferição

<sup>277</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 140. Grifos do original.

<sup>278</sup> “Geralmente, argumentos de eficiência de restrição vertical como a imposição de exclusividade são mais facilmente aceitáveis em mercados tecnicamente complexos e inovadores. Argumentos de tal ordem tendem a ser mais plausíveis diante de produtos em que a diferenciação aparente é difícil e cujas características técnicas os consumidores têm conhecimento limitado”. Vide Ato de Concentração nº. 08012.003296/2007-78, voto do conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, p. 04.

<sup>279</sup> “As principais cláusulas problemáticas em relação aos seus efeitos anticompetitivos são: cláusulas de licença reversa (grant back), proibições de utilização de tecnologia após a expiração do contrato (post expiry), cláusulas proibindo o questionamento administrativo ou judicial a respeito da validade do direito de propriedade intelectual (no challenge), vendas casadas (tying arrangements), proibição ou restrição à concorrência (non-competition clauses), fixação de preços (price fixing), restrições de quantidade (volume restrictions), restrições de utilização (field-of-use restrictions), licenças-pacote (package license), cláusulas de não concorrência, restrições de exportação (export restrictions), licença cruzada (cross licensing) e acordo de patentes (pooling patents)”. TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P.104.

desses elementos, é preciso analisar de forma mais global o relacionamento entre as partes, as estruturas de incentivo do contrato e os mecanismos de ação delas em decorrência da operação.

Uma das cláusulas mais rotineiras em licenças de propriedade intelectual são as estipulações de exclusividade, uma hipótese clássica de restrição vertical. Para Luiz Guilherme Ros, as cláusulas de exclusividade devem ser vistas pela autoridade antitruste como presumivelmente danosas, pois podem ensejar barreiras à inovação e acarretar dependência tecnológica do licenciado em relação ao licenciante.<sup>280</sup> Segundo João Bosco da Fonseca, apesar da cláusula de exclusividade ou de seletividade poder ter a finalidade de alcançar efeitos de restrição do mercado, ela não pode por si só “*ser vista como uma infração, ou seja, há que utilizar-se o critério da regra da razão, pois que, em certos casos, até mesmo o legislador contempla a possibilidade de inserção dessa restrição nos contratos*”.<sup>281</sup> Assim, na discussão de mérito da exclusividade, é necessário entender a dinâmica do mercado do caso concreto, analisando fatores diversos (tais como poder de mercado e eventual posição dominante das partes, a existência de barreiras à entrada e risco de fechamento do mercado, a viabilização de novos investimentos, a potencial redução de custos, o aumento do bem-estar dos consumidores, etc) para determinar se o saldo final de eficiências é positivo e, portanto, benéfico à concorrência e aos consumidores.

Para o debate em torno do conhecimento da operação, todavia, importa estabelecer se a presença de cláusula de exclusividade seria suficiente para caracterizar um contrato como associativo e, desta forma, justificar a notificação obrigatória da licença ao CADE. Sem prejuízo dessa discussão, vale lembrar que contratos de licenciamento exclusivo podem ser enquadrados na hipótese de ato de concentração de aquisição de ativos como visto acima, em linha com a legislação americana e europeia, de modo que a não configuração de contrato associativo por vezes não será suficiente para se escapar do controle preventivo.

Deborah Caixeta entende que é possível presumir a existência de um escopo em comum entre as partes a partir de disposições contratuais de exclusividade, já que se pressupõe que essa cláusula seria vantajosa e permitiria ganhos para ambos os lados.<sup>282</sup> Assim, a presença

---

<sup>280</sup> ROS, Luiz Guilherme. O direito concorrencial e a propriedade intelectual sob a égide dos contratos de licenciamento de patente com e sem exclusividade. In: MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência**: Temas de Fronteira. São Paulo: Migalhas, 2015. P. 178-179.

<sup>281</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 175.

<sup>282</sup> CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº. 1, Maio 2016. P. 124.



de exclusividade, conquanto não seja suficiente, serviria de indício para apontar a ocorrência de um objetivo em comum, o qual, juntamente com a estabilidade para a realização do propósito comum, caracteriza os contratos associativos. Naturalmente, a ausência de exclusividade não será suficiente para descartar a possibilidade de um contrato de licença ser associativo dependendo de suas demais estipulações. No *leading case* da Monsanto que será exposto a seguir, por exemplo, havia obrigações anticompetitivas que, no entender dos conselheiros, caracterizavam a existência de um objetivo comum das partes naquele contrato, de modo que a não exclusividade da licença não bastou para que o CADE não conhecesse ou considerasse o contrato em questão pró-competitivo. Logo, a presença ou a ausência dessa cláusula não serve como único critério para se definir a necessidade de submissão do contrato ao CADE, pois ela poderia deixar de fora do controle de estruturas contratos associativos não exclusivos e incluir contratos não associativos que sejam exclusivos.

Além das restrições verticais, cabe sublinhar que outras cláusulas também podem indicar a presença de um escopo comum entre as partes, tais como disposições de compartilhamento de riscos e resultados. Por isso, ao se analisar um contrato de licenciamento de direitos de propriedade intelectual para determinar a obrigatoriedade de sua notificação, é preciso ter uma compreensão global do relacionamento entre as partes, das estruturas de incentivo do contrato e dos mecanismos de ação delas em decorrência da operação, na medida em que esses aspectos podem afastar o acordo da seara de uma mera licença comutativa e caracterizá-lo como um contrato associativo.

Após a presente exposição teórica, as próximas subseções apresentarão casos concretos julgados pelo CADE antes da edição das duas resoluções que disciplinaram os requisitos para a notificação de contratos associativos. Na sequência, analisaremos o enquadramento de contratos de licença de propriedade intelectual nos critérios das resoluções, destacando os precedentes que foram analisados pelo CADE sob a regência de cada uma delas.

#### **4.1.3. O julgamento conjunto do *leading case* Monsanto**

O principal ato de concentração analisado pelo CADE em matéria de licenciamento de direitos de propriedade intelectual após a Lei de Defesa da Concorrência de 2011 foi o

julgamento conjunto de quatro contratos de licença não exclusiva de patentes de soja transgênica celebrados pela Monsanto do Brasil Ltda. com as seguintes empresas: Syngenta Proteção de Cultivos Ltda. (Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38), Nidera Sementes Ltda. (Ato de Concentração nº. 08012.006706/2012-08), Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola – Coodetec (Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34) e Don Mario Sementes Ltda. (Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01).<sup>283</sup> A tecnologia em questão, denominada *Roundup Ready* de segunda geração, era licenciada com o objetivo de permitir que as parceiras comerciais da Monsanto pudessem pesquisar, desenvolver e comercializar cultivares de variedades de soja que contivessem a transgenia patenteada, que confere às plantas resistência a defensivos agrícolas à base de glifosato e a insetos.

Sem aprofundar a questão, a SEAE e a Superintendência-Geral do CADE defenderam o conhecimento e a aprovação sem restrições das operações, mormente por se tratar de licença não exclusiva que permitiria às licenciadas acessar a tecnologia de titularidade da Monsanto sem que lhes fosse tolhida a possibilidade de usar tecnologias rivais de terceiros. Na primeira sessão de julgamento dos quatro casos no Tribunal do CADE, em dezembro de 2012, o conselheiro Marcos Paulo Verissimo, relator do contrato com a Syngenta, defendeu o não conhecimento das operações, ao passo que o conselheiro Alessandro Octaviani Luis, relator dos outros três contratos, votou pelo conhecimento seguido da aprovação sem restrições. Após uma sequência de pedidos de vista dos demais conselheiros, o julgamento prosseguiu por mais três sessões até se encerrar em agosto de 2013.

Conforme veremos a seguir, o voto que prevaleceu por maioria foi do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, que conheceu da operação e a aprovou com restrições por constatar que o contrato previa uma série de cláusulas laterais que lhe retirariam a natureza de uma simples licença, de caráter comutativo, para caracterizá-lo como associativo, dado que essas disposições denotavam um objetivo comum entre as partes e permitiriam à Monsanto, de certa forma, controlar as escolhas comerciais de suas licenciadas, tomando proveito de sua posição dominante no desenvolvimento tecnológico de transgênicos. Como resultado, formou-se o entendimento majoritário de que um contrato de licença não exclusiva de propriedade intelectual possuiria, em tese, natureza estritamente comutativa, o que não justificaria o seu enquadramento como contrato associativo e, portanto, o conhecimento desse tipo de operação.

---

<sup>283</sup> O contrato com a Syngenta foi notificado cerca de um mês antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, mas as discussões e a solução aplicada a ele foram as mesmas que se deram nos outros três casos, que, a seu turno, foram notificados ao CADE poucos dias depois da nova lei entrar em vigor.

A despeito disso, reconheceu-se que um acordo de licenciamento dessa espécie pode vir acompanhado de cláusulas que o transfiguram em ato de concentração, tais como a presença de disposições que caracterizem um objetivo comum ou que permitam o controle de uma parte sobre a outra, hipótese na qual a obrigatoriedade da notificação prévia se impõe.

Adiante será exposto uma síntese da argumentação empregada nos votos e da posição final dos conselheiros do CADE no julgamento deste *leading case*.

#### **a) Voto do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo**

O conselheiro Marcos Paulo Verissimo, ao defender o não conhecimento da operação, iniciou seu voto com a apresentação de um levantamento das decisões proferidas pelo CADE acerca de contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual em sede de controle de estruturas durante a vigência da Lei de Defesa da Concorrência de 1994. Conforme vimos na seção 3.5 *supra*, embora diversos contratos de licença de tecnologia tenham sido submetidos ao exame do CADE sob a regência da Lei de 1994, essas operações – cuja subsunção ao artigo 54 era, segundo Verissimo, duvidosa – eram conhecidas sem que houvesse um debate aprofundado a respeito da obrigatoriedade de sua notificação, limitando-se o Conselho a averiguar o faturamento das partes para esse efeito. Além da superficialidade da fundamentação do conhecimento, o conselheiro Verissimo também destacou que a maioria desses contratos era aprovada sem restrições, sem que houvesse exame específico das condições do mercado.

Verissimo mostrou que o CADE impôs restrições apenas em alguns poucos casos, as quais estavam sempre relacionadas a disposições laterais ao objeto principal do contrato de licença, tais como cláusulas de exclusividade que permitiam ao licenciante exercer certo controle sobre as decisões comerciais do licenciado. Em geral, nesses precedentes envolvendo a Monsanto, havia cláusulas que obrigavam a licenciada a testar a resistência das variedades de semente por ela desenvolvidas, mas contendo a tecnologia transgênica da Monsanto, somente para herbicidas fabricados pela própria Monsanto, além de cláusulas que impediam a licenciada de pesquisar e testar outras sementes resistentes a herbicidas à base de glifosato que não fossem aquelas com tecnologia da Monsanto. Nessas ocasiões, o CADE determinou a remoção dessas estipulações, uma vez que elas proporcionariam a extensão do poder de mercado da Monsanto no segmento de tecnologia genética para o mercado de herbicidas, podendo resultar na criação de barreiras à entrada de desenvolvedores de novas tecnologias.

No histórico de precedentes traçado no voto, o conselheiro Verissimo destacou que no ano de 2010 houve o primeiro caso de não conhecimento de contrato de licenciamento não exclusivo de propriedade intelectual, no qual, levando-se em consideração que o CADE já havia, em diversas ocasiões, analisado e aprovado sem restrições esse tipo de contrato por compreender que eles são pró-competitivos, decidiu-se, à luz do artigo 54 da Lei de 1994, que contratos dessa espécie não ofereciam riscos de limitar ou prejudicar a livre concorrência, de modo que não seria justificado o conhecimento dessas operações no controle de estruturas. Assim, pela primeira vez interpretou-se que contratos de licença de propriedade intelectual não configurariam concentração econômica no sentido do §3º, do art. 54, da Lei de 1994, sendo certo que, naquele mesmo ano, houve ainda um segundo caso de não conhecimento.

Apesar desses precedentes, dois novos contratos de licenciamento não exclusivo de tecnologia da Monsanto foram notificados ao CADE em 2012, pouco antes da entrada em vigor da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, mas o Conselho, sem fazer qualquer referência aos precedentes de não conhecimento, conheceu por unanimidade as operações com base somente no faturamento das partes, aprovando-as sem restrições em seguida dada a ausência de sobreposição horizontal e de cláusulas de exclusividade. A incipiente jurisprudência desfavorável ao conhecimento dessa modalidade de contrato foi, portanto, interrompida.

Uma vez esboçado esse panorama histórico, o conselheiro Marcos Paulo Verissimo prosseguiu no voto com a fundamentação de sua defesa do não conhecimento de contratos de licença não exclusiva de tecnologia, em linha com os critérios observados no estudo dos precedentes do CADE. Em primeiro lugar, ele destacou que a exploração de patente não pode ser considerada *per se* um ilícito antitruste, o que somente restaria configurado na hipótese de uso abusivo desses direitos, a ser averiguado pela regra da razão no caso concreto. Como esse tipo de abuso está mais ligado ao controle repressivo do que ao controle preventivo, o conselheiro propugnou que, por política de *enforcement*, os contratos de licenciamento não deveriam ser conhecidos, pois sua natureza é lícita. Segundo Verissimo, é normalmente difícil para a autoridade antitruste antever todas as possibilidades de abuso decorrentes de um contrato, de modo que haveria o risco de o controle preventivo ser usado estrategicamente pelas partes para obter uma espécie de chancela do CADE para a celebração de contratos que, posteriormente, podem se revelar anticompetitivos.

Em segundo lugar, o conselheiro atentou para a falta de base legal para considerar contratos não exclusivos de licenciamento de tecnologia como atos de concentração, tanto nos termos da Lei de 1994 quanto na Lei de 2011. No diploma anterior, a chave de interpretação

para o conhecimento de operações seria a configuração de uma hipótese de “concentração econômica”, a qual, conquanto pudesse decorrer de contratos, não se sucederia em casos de licenciamento não exclusivo de patentes, na medida em que estes contratos gerariam desconcentração ao difundir a tecnologia. Por sua vez, na lei atual, as licenças não recairiam na hipótese dos contratos associativos, pois elas não formariam nenhuma associação substantiva com viés de integração vertical ou concentração horizontal. Isso somente ocorreria se o contrato apresentasse cláusulas que alterassem a independência concorrencial das partes, viabilizando a integração de suas atividades.<sup>284</sup>

Por fim, o conselheiro Verissimo apontou pragmaticamente que reconhecer a obrigatoriedade de notificação ao CADE significaria dizer que todas as licenças de patentes celebradas anteriormente no país e que não foram notificadas estariam na ilegalidade, e que o Conselho poderia ser sobrecarregado pela notificação de contratos que não trazem preocupações concorrenciais. Em conclusão, Verissimo pontuou que não haveria necessidade de notificação desses contratos na Europa e nos Estados Unidos, e lembrou que o artigo 36 da Lei de 2011 prevê o abuso de propriedade intelectual como hipótese teórica de ilícito antitruste a ser enfrentado pelo controle de condutas.

#### **b) Voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis**

O conselheiro Alessandro Octaviani votou inicialmente pelo conhecimento e pela aprovação sem restrições da operação, mas posteriormente mudou de posição para acompanhar o voto do conselheiro Eduardo Pontual, que aprovou a operação com restrições. O voto, em contraposição à tese do conselheiro Verissimo, focou principalmente na necessidade de conhecimento dos contratos de licenciamento de tecnologia, o que deveria se dar em razão (a) do dever primordial da autoridade antitruste de proteger as condições de concorrência, (b) da assimetria de informação fluída e quase intransponível entre essa autoridade e os agentes

---

<sup>284</sup> *In verbis*: “Assim, a meu ver, este ato de concentração não deve ser conhecido por, ao menos em análise prima facie, (i) ter como objeto tão somente o licenciamento de patente/tecnologia, (ii) não prever empreendimentos em comum ou forma de atuação conjunta, (iii) não implicar troca ou rearranjo de participação societária entre as requerentes ou entre estas e terceiras empresas e (iv) tampouco prever cláusulas de exclusividade ou que influenciem a atuação concorrencial independente de ambas as partes”. Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38, voto do conselheiro relator Marcos Paulo Verissimo, p. 17. Grifos do original.

econômicos, e (c) do risco do não-conhecimento “em bloco” constituir “cheque em branco” para determinados setores.

O conselheiro Octaviani defendeu que, diante da inovação e das incertezas e transformações provocadas por ela, é preciso que a autoridade antitruste assumisse uma postura de “humildade cognitiva” no exercício de seus encargos e que, por esse motivo, o não conhecimento deveria ser excepcional e fundado em critérios rígidos, dado que a Administração não poderia se furtar do comando legal de proteger a concorrência. Como o legislador não teria excepcionado expressamente os contratos de licenciamento de tecnologia, dever-se-ia conhecê-los e aprová-los ou reprová-los somente depois que se tivesse uma compreensão profunda da organização da trajetória tecnológica em questão e das formas de controle, formais ou informais, que as estruturas daquele setor utilizam, pois, do contrário, a decisão não terá sido suficientemente informada. Em vista do *déficit* cognitivo da Administração perante o mercado – que seria agravado pelo não conhecimento de operações – a opção, por cautela, deveria ser pelo conhecimento das operações.

Adicionalmente, o conselheiro Octaviani chamou a atenção para o fato de que as hipóteses de dominação empresarial *ab extra*, que ocorrem sem participação de capital de uma empresa em outra (controle externo), podem ser ainda mais intensas nos setores de alta tecnologia, pois estruturas podem ser formadas a partir da própria dependência tecnológica, prescindindo de formas jurídicas clássicas (fenômeno alcunhado de “*black box dependence*” ou “*the code is the law*”). Assim, poderá ocorrer subordinação em função da necessidade do licenciado adequar-se às exigências do licenciante para obter acesso à tecnologia, o que pode gerar novas estruturas independentemente da licitude de formas contratuais tradicionais.

Especificamente sobre o campo da biotecnologia, o voto teceu algumas considerações sobre a intensa concentração no setor<sup>285</sup> e sua propensão a formar de controles empresariais *ab extra* a partir da dependência tecnológica (sem que isso seja necessariamente ilícito). Evocou ainda a existência de uma Política Nacional de Desenvolvimento da Biotecnologia, voltada para desenvolver pesquisas e fomentar esse mercado no Brasil, a qual deveria se articular com o exercício do antitruste, na medida em que ambos objetivam facilitar a entrada no mercado. Como a Administração Pública é una, os seus objetivos e especialidades devem ser harmonizados, de modo a cumprir a diretriz de fomento da indústria biotecnológica no país.

---

<sup>285</sup> Segundo dados do voto, as dez maiores corporações do setor foram responsáveis por 82% das vendas globais de agroquímicos em 1996 e as 10 maiores sementeiras controlariam aproximadamente 40% do mercado. Os produtos biotecnológicos representariam aproximadamente 3% do PIB do Brasil.

Por fim, o conselheiro Octaviani afirmou que nenhum dos precedentes do CADE na matéria consolidou dados sobre a trajetória tecnológica e padrões de formação de estruturas empresariais nesse mercado, tampouco tendo havido qualquer referência à política nacional de biotecnologia e seus objetivos. Sendo assim, considerando-se que setores de alta tecnologia são especialmente sensíveis, a potencial nocividade de contratos de licenciamento só pode ser determinada após uma análise do conteúdo formal e material do acordo e de seu contexto em cada caso concreto, de modo que não seria possível deixar de conhecê-los de antemão, seja na lei anterior seja no diploma atual – na dúvida, a autoridade antitruste deverá sempre conhecer da operação. No que se refere ao mérito, o conselheiro Octaviani aprovou a operação sem restrições em função da pequena participação de mercado da licenciada e do fato de o contrato ser não exclusivo e rescindível a qualquer momento mediante aviso prévio, sem quaisquer ônus.

**c) Voto da Conselheira Ana de Oliveira Frazão**

A conselheira Ana Frazão votou inicialmente pelo não conhecimento da operação, mas também mudou posteriormente de posição para acompanhar o voto do conselheiro Eduardo Pontual, que aprovou a operação com restrições. Para Frazão, o cerne da discussão residiria na definição do que constituiria um ato de concentração, o que teria avançado com a promulgação da Lei de Defesa da Concorrência de 2011, que forneceu parâmetros mais seguros. Todas as hipóteses de ato de concentração previstas na Lei de 2011 teriam em comum a ideia de reunião, acréscimo ou transferência de ativos ou de poder de gestão, seja pelo controle societário seja por outras formas de influência na condução dos negócios. O debate surgiria em função de contratos que geram efeitos semelhantes às hipóteses clássicas de concentração no sentido de agregar poder empresarial, conquanto as partes mantenham sua independência.

Segundo Ana Frazão, contratos de licença de propriedade intelectual permitem contornar a exclusividade de que goza o titular desses direitos, de modo que, quando não são exclusivos, esses contratos geralmente serão pró-competitivos e geradores de eficiências econômicas. Embora seja possível que a combinação da licença com outras avenças possa gerar efeitos negativos, eles não seriam suficientes para caracterizar esses contratos como atos de concentração, na medida em que atraem a aplicação do controle de condutas e a lei fixou critérios rígidos e objetivos de notificação. Uma vez definido o que seria ato de concentração,

não seria admissível o conhecimento de operações apenas com base em potenciais riscos à concorrência, que podem decorrer de qualquer tipo de contrato.

Destarte, o voto analisou os três casos de ato de concentração previstos no inciso IV, do artigo 90, da Lei de Defesa da Concorrência de 2011 a fim de perquirir o enquadramento dos contratos de licença de propriedade intelectual em alguma daquelas hipóteses. Em primeiro lugar, a previsão dos consórcios na Lei das Sociedades Anônimas, que exige diversas condições específicas, afastaria qualquer dúvida de que são atos de concentração e de que um contrato de licenciamento não se enquadraria nessa categoria.

No que diz respeito às *joint ventures*, o voto explicou que se tratava de contratos atípicos, que podem ser instrumentalizados pela criação de uma pessoa jurídica ou não, e que não haveria controvérsia de que nelas ocorreria comunhão de interesses e coordenação de atividades empresariais para exercer um empreendimento sob risco comum dos participantes, com a criação de uma estrutura organizacional própria para realizar a empresa comum. Assim, tampouco haveria dúvidas de que as *joint ventures* são atos de concentração, dado o efetivo compartilhamento do poder de direção sobre a empresa comum e a assunção compartilhada dos riscos. Os contratos de licença sem exclusividade, todavia, distanciar-se-iam bastante da ideia de *joint venture*, porquanto não teriam por pressuposto a realização de uma empresa comum.

Cuidando dos contratos associativos, o racional do voto partiu da distinção entre essa categoria e os contratos comutativos, a qual residiria no grau e no tipo de cooperação entre as partes. O que caracterizaria os contratos associativos seria uma cooperação qualificada, que corresponderia ao próprio objeto principal do contrato, e algum tipo de organização comum, conquanto menos intensa do que numa *joint venture*. No entender de Ana Frazão, o licenciamento de uma patente seria claramente comutativo, considerando-se que o licenciante autoriza o uso de sua propriedade intelectual mediante remuneração, não havendo comunhão de fins ou organização comum. Cada parte executaria o contrato por sua própria conta e risco, recebendo sua contraprestação, de modo que a licença como objeto único do contrato não poderia constituir um instrumento de concentração econômica.

Deste feitio, o voto defende que a licença não exclusiva de patente somente poderia ser considerada contrato associativo caso se adotasse um sentido muito amplo de cooperação, o que teria por consequência a inclusão de diversos contratos empresariais de execução continuada nessa mesma categoria – muitos dos quais apresentariam mais elementos associativos e trariam riscos maiores à concorrência do que o licenciamento de propriedade intelectual. Nesse sentido, Ana Frazão sublinhou pragmaticamente que não seria possível que



o CADE atuasse como um controlador de todos os contratos celebrados por empresas cujo faturamento atendesse o critério legal de notificação.

Por fim, o voto destaca que, além de não constituírem contratos associativos, os acordos de licenciamento de propriedade intelectual tampouco seriam atos de concentração em sentido amplo, uma vez que geram *a priori* desconcentração, tendo em vista que facultam a terceiros o uso de tecnologia do titular da patente. Por si só, esse laço não alteraria a estrutura do mercado, pois não cria um novo centro decisório ou forma direção compartilhada, de modo que não conduz necessariamente ao aumento do poder empresarial. Sobre a hipótese de controle externo, embora Ana Frazão tenha admitido essa possibilidade, consignou que essa avaliação deve ser feita somente *ex post*, caso não esteja previsto em cláusulas contratuais, pois o controle externo seria um poder fático, insuscetível de apreensão apriorística. Ao CADE, portanto, restaria exercer o controle de condutas se houver efeitos prejudiciais à concorrência.

Para Ana Frazão, o controle de estruturas seria restritivo, devendo ser usado com cautela porque provoca altos custos de transação, sobretudo após a adoção do regime de notificação prévia pela Lei de 2011. O uso de critérios muito amplos poderia engessar a atividade empresarial, pois todos os contratos acabariam sendo ineficazes até a aprovação pelo CADE, o que constituiria um risco maior do que aquele oriundo do não conhecimento de determinadas operações. Em razão da defesa do não conhecimento, o voto não analisou o mérito das operações.

#### **d) Voto do Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça**

O voto do conselheiro Elvino de Carvalho empatou o julgamento ao defender o conhecimento e a aprovação sem restrições da operação. Nesse sentido, levando em considerações as exposições anteriores, o conselheiro iniciou suas reflexões ponderando que os contratos de licenciamento podem exercer um duplo papel: ao mesmo tempo em que contribuem para a disseminação de inovações, o que pode ser tido como efeito pró-competitivo, podem representar fortes elementos de barreiras à entrada, que são nocivas à concorrência.

Destarte, o voto aponta uma série de situações e possíveis efeitos anticoncorrenciais que podem decorrer de contratos de licenciamento de tecnologia: (a) o titular dos direitos poderia licenciar a tecnologia ao concorrente com o fito de evitar que este invista em pesquisa e desenvolvimento para elaborar tecnologias alternativas, ou seja, o intuito da licença poderia

ser a erosão do processo de inovação de novos entrantes no mercado; (b) o titular poderia licenciar sua tecnologia para muitos concorrentes que considera fracos, de modo a isolar um concorrente ou novo entrante que considere mais forte, tornando sua entrada inviável; (c) realização do licenciamento para empresas que não estejam diretamente relacionadas ao mercado, ao invés de se licenciar para potenciais entrantes, de modo a inviabilizar potenciais concorrentes diretos; e (d) realização de licenciamento ostensivo da tecnologia para muitas firmas de maneira a evitar que a tecnologia seja imitada.

Na sequência, o voto tratou das posições estadunidense e europeia e abordou a questão do controle externo. Quanto ao primeiro tópico, aduziu que não há naquelas jurisdições nenhuma presunção de que contratos de licenciamento de propriedade intelectual suscitem problemas concorrenciais, pois eles geralmente contribuem para a produção de eficiências pró-competitivas. No entanto, destacou que existem situações em que esses contratos podem provocar restrições nos mercados de bens e de inovação, explanando que deve ser feita uma análise das variáveis preço, quantidade, qualidade e variedade dos bens e serviços ofertados, além de um estudo de como a concorrência se desenvolveria na ausência desse licenciamento. Em relação ao segundo tema, o voto sublinhou que, no ambiente cíclico dos processos destrutivos de inovação, as licenças de tecnologia poderiam ser utilizadas com fins anticompetitivos, de modo que as formas jurídicas clássicas de controle não seriam suficientes para estudar e compreender essas relações. Em suma, o conselheiro Elvino entendeu que apesar de grande parte dos contratos de licenciamento tender a ser pro-competitiva, não seria possível desprezar a potencialidade anticompetitiva desses contratos em determinadas situações.

Feitas essas considerações gerais, o voto parte para a análise do caso concreto tecendo algumas observações acerca do mercado de sementes. Segundo o conselheiro Elvino, a promulgação da Lei de Cultivares (Lei nº. 9.456 de 1997) provocou uma forte tendência à realização de atos de concentração entre multinacionais detentoras de tecnologia transgênica e sementeiras nacionais, cujos objetivos foram a difusão das sementes transgênicas e o aumento das vendas de herbicidas.<sup>286</sup> A explicação para esse movimento reside na necessidade de se introduzir o evento transgênico (protegido por patentes de titularidade das multinacionais) no germoplasma das variedades vegetais adaptadas às condições edafoclimáticas brasileiras (que são protegidas por registros de cultivares de titularidade das empresas nacionais de sementes),

---

<sup>286</sup> Como a transgenia em questão torna as plantas resistentes ao uso de determinados herbicidas (glifosato), os quais são fornecidos pelo próprio titular dos direitos sobre o evento transgênico, a difusão das sementes transgênicas contribuiria para a expansão das vendas de herbicidas, o que fazia parte da estratégia comercial desse mercado e do licenciamento da tecnologia.

o que ensejou fortes investimentos em pesquisa e a celebração de diversos acordos e parcerias. Nesse contexto, o voto destacou que enquanto a concentração no mercado de sementes convencionais é baixa, o mercado de sementes transgênicas constitui praticamente um monopólio, onde os contratos de licenciamento aumentariam a representatividade da Monsanto.<sup>287</sup>

Destarte, para o conselheiro Elvino de Carvalho, a Monsanto se valeria dos acordos de licenciamento para testar e disseminar a sua tecnologia por meio das cultivares comercializadas pelas empresas licenciadas, o que funcionaria como um “*tipo especial de integração produtiva sem exclusividade*”. A participação da Monsanto no mercado de sementes transgênicas aumentaria à medida que a transferência de suas tecnologias pela via contratual é implementada, pois a licenciante recolhe *royalties* sobre todas as sementes de terceiros que contiverem a sua transgenia patenteada, o que se soma ainda à integração vertical decorrente da venda de herbicidas, cuja demanda se torna garantida com a disseminação das sementes transgênicas. Por esses motivos, a despeito de não haver exclusividade na licença, o conselheiro Elvino enxergou que a natureza da tecnologia uniria as partes de forma quase direta, de maneira que a Monsanto exerceria algum tipo de controle externo sobre as licenciadas.

Sendo assim, como licenças de tecnologia transgênica poderiam potencialmente influir na dinâmica concorrencial através do estabelecimento de barreiras à entrada e do desestímulo de novos entrantes no mercado, haveria, portanto, a possibilidade do contrato prejudicar ou limitar a livre concorrência, de modo que o voto defendeu o conhecimento da operação, aprovando o caso concreto, porém, sem restrições.

#### **e) Voto do Conselheiro Eduardo Pontual**

Para o conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, cuja posição prevaleceu no julgamento, a divergência entre os votos anteriores seria mais aparente do que real. Conjugando as preocupações de Alessandro Octaviani e a análise de mercado de Elvino de Carvalho, mas ponderando as observações de Verissimo e Frazão acerca do conhecimento, Eduardo Pontual

---

<sup>287</sup> O voto apresentou dados de 2010 que mostravam o aumento do número de cultivares transgênicas com tecnologia *Roundup Ready* (RR) da Monsanto registradas no Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC). Naquele ano, 83% das variedades com tecnologia RR não eram da própria Monsanto, o que revela a difusão da tecnologia no mercado por meio dos acordos de licenciamento. Nesse mesmo ano, a participação da Monsanto no mercado de soja transgênica chegou a quase 90%, o que se refletia no consumo dos herbicidas da Monsanto.

perfez uma interpretação diferenciada das cláusulas contratuais para defender o conhecimento e a aprovação da operação com restrições, as quais estavam relacionadas à alteração das disposições que permitiam o controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas às sementes com a tecnologia licenciada.

O voto principia distinguindo os dois segmentos de atuação da Monsanto, quais sejam, o mercado de sementes (transgênicos), atual foco da companhia, e o mercado de produtividade agrícola (herbicidas), onde há mais competição e menores margens. A transgenia em discussão nos autos (soja *Roundup Ready* de segunda geração) foi autorizada no Brasil em 2010 e torna as plantas resistentes ao herbicida glifosato e a lagartas. A cadeia produtiva do setor compreenderia as seguintes etapas: (a) pesquisa e desenvolvimento da tecnologia transgênica, onde atua a Monsanto e que demanda forte investimento, (b) desenvolvimento de germoplasma, onde atuam os “melhoristas” ou “obtentores” de variedades vegetais, que licenciam a tecnologia transgênica da Monsanto para introduzi-la nas suas cultivares, (c) multiplicação e comercialização das sementes, e (d) distribuição e comercialização ao agricultor.

A remuneração da Monsanto pelo uso de sua tecnologia dar-se-ia pelo pagamento de *royalties* pelos multiplicadores e pelos agricultores, seja na aquisição das sementes, seja em decorrência do uso de sementes de reserva salvas da safra anterior, seja ainda por ocasião da venda dos grãos caso não tenha havido pagamento nas duas hipóteses anteriores. O pagamento dos *royalties* permite à Monsanto monitorar a identidade dos agricultores, sua localização, quantidades vendidas, safras, estado de plantio, produtividade, entre outras informações. Os melhoristas não pagam *royalties* à Monsanto pela licença para o desenvolvimento de novas variedades e recebem parte dos *royalties* pagos pelos multiplicadores e agricultores em razão do uso de suas variedades. Em outras palavras, ocorre uma repartição dos *royalties* entre os obtentores (titulares dos registros de cultivar que protegem as variedades de soja) e a Monsanto (titular das patentes que protegem a tecnologia transgênica embutida nas sementes).

Delineado o mercado, o conselheiro Pontual defendeu que o conhecimento ou não de contratos de transferência de tecnologia dependeria da verificação de características de exclusividade no uso da capacidade produtiva dos licenciados, ou de restrições e desincentivos para o licenciamento de tecnologias alternativas pelo licenciado, ou ainda de restrições ao desenvolvimento de produtos concorrentes próximos ao objeto licenciado. Um contrato de licenciamento não exclusivo sobre o qual não recaia nenhuma dessas ressalvas tenderia a ser pró-competitivo, pois aumentaria as opções disponíveis aos agricultores, que, do contrário, ficariam restritos ao uso das cultivares da própria Monsanto para obterem acesso à tecnologia

*Roundup Ready*. Não obstante, Pontual concede que mesmo contratos a princípio pró-competitivos podem ter efeitos líquidos negativos, o que deve ser avaliado caso a caso, tanto no controle preventivo quanto no repressivo.

No caso concreto, o voto observa que os contratos analisados trazem cláusulas que revelam “*esforços para um bem comum*”, voltados para o desenvolvimento de produtos de forma conjunta, e uma influência concorrencial da Monsanto nos negócios da licenciada que não guardam relação com o objeto do contrato. Com efeito, Eduardo Pontual percebeu que os contratos entabulavam um sistema de incentivos, que afetavam as decisões comerciais das licenciadas, de modo que, embora não houvesse exclusividade, subsistia um potencial de elevação de barreiras à entrada sem contrapartidas de eficiência econômica. Esse sistema refletiria o poder dominante da Monsanto no mercado de tecnologia, havendo possíveis efeitos anticompetitivos em determinadas cláusulas confidenciais do contrato.

Segundo a arquitetura do contrato, o repasse de parcela dos *royalties* para os obtentores seria maior conforme aumentasse a participação da tecnologia da Monsanto no seu portfólio de produtos. Logo, o licenciado perderia receita se abrisse espaço para tecnologias concorrentes em seu catálogo, dada a consequente redução da participação da Monsanto. Por conseguinte, a concorrência nessa etapa da cadeia produtiva só seria viável se o concorrente fosse capaz de cobrir a perda de receita do licenciado da Monsanto, que pode ser significativa. Portanto, apesar de não haver expressamente exclusividade no contrato, ele promoveria uma elevação das barreiras à entrada, pois um novo entrante teria que pagar um prêmio aos obtentores.

Ademais, o contrato preveria ainda outras cláusulas que denotariam “*a solidariedade na busca do objetivo comum*” das partes, que seria o sucesso comercial das variedades de soja com tecnologia *Roundup Ready* de segunda geração, a exemplo da aplicação de penalidades por inadimplência apenas aos agricultores (e não aos melhoristas) e da regulação da remuneração com base na quantidade de sementes salvas da safra anterior que forem usadas pelos agricultores. Essas cláusulas confidenciais revelariam que a licenciada é remunerada segundo parâmetros que não envolvem as vendas de seu germoplasma, mas sim com base em critérios relativos à participação de mercado e à remuneração da Monsanto, o que mostraria a influência da licenciante sobre os licenciados, extrapolando as relações de um contrato meramente comutativo.

Em conclusão, o conselheiro Eduardo Pontual votou pelo conhecimento das quatro operações porque os contratos não teriam por objeto apenas a licença das patentes da Monsanto: ao revés, eles constituiriam contratos associativos nos termos da Lei de 2011, pois

estabeleceriam restrições à atuação independente das partes licenciadas e um empreendimento em comum entre elas (a comercialização das cultivares obtidas), além de também constituírem atos de concentração nos termos da Lei de 1994, pois possibilitariam a limitação da concorrência e a consolidação de uma posição dominante.

No mérito, o conselheiro Pontual destacou que a Monsanto teria influência em 88% da capacidade produtiva do Brasil, trazendo dados para demonstrar o seu poder de mercado.<sup>288</sup> Como parte de sua estratégia, a Monsanto licenciaria sua tecnologia para outras grandes empresas do setor, auferindo o compromisso comum delas com o produto licenciado. Assim, em pouco mais de dez anos, as sementes transgênicas de soja já alcançavam 90% do mercado brasileiro, o que acabava forçando as licenciadas a aceitar o acordo com a Monsanto para não perderem mercado. Aproveitando-se de sua posição dominante, a Monsanto imporia cláusulas que, embora não fossem explícitas, lhe assegurariam exclusividade de fato e influência sobre as licenciadas. Por esses motivos, Eduardo Pontual defendeu a aplicação de restrições, consubstanciadas na alteração das estipulações com efeitos potenciais de criar barreiras à entrada e que permitiam o controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à tecnologia licenciada.

Na conclusão do julgamento, os conselheiros Alessandro Octaviani e Ana Frazão mudaram de posição para acompanhar integralmente o voto de Eduardo Pontual. A conselheira Ana Frazão salientou que o voto de Pontual concordava com a premissa jurídica que fora exposta por ela anteriormente, qual seja, o fato de que a mera existência de efeitos anticoncorrenciais não seria suficiente para justificar a obrigatoriedade de notificação da operação, sendo necessária a caracterização desta como ato de concentração. Não obstante, Pontual partira de premissa fática diversa, até então inédita naquele julgamento, a saber, a de que o contrato não cuidaria de simples licenciamento de patentes, porque apresentaria cláusulas reveladoras de integração entre as contratantes, potencialmente ensejadoras de uma rede entre o licenciante e suas licenciadas, com repercussões anticompetitivas.

Formou-se, assim, o entendimento majoritário de que um contrato de licenciamento não exclusivo seria comutativo e não configuraria ato de concentração de notificação obrigatória, podendo, entretanto, estar acompanhado de cláusulas que o transfigurariam em

---

<sup>288</sup> Considerando a tecnologia Intacta RR2 PRO, a Monsanto teria influência sobre cerca de 75% da estrutura de oferta ou até 70% da área plantada. Dados do Registro Nacional de Cultivares (RNC) apontavam que, das sementes de soja transgênica registradas, 568 eram RR, 69 eram Intacta RR2 PRO, e apenas três eram de transgenias não ligadas à Monsanto.

contrato associativo por caracterizar um objetivo comum ou permitir o controle de uma parte sobre a outra.

#### **4.1.4. Casos seguintes ao *leading case***

Enquanto o julgamento do *leading case* acima ainda não havia terminado, a Monsanto notificou outros dois contratos de licenciamento de propriedade intelectual ao CADE. O primeiro, celebrado com a Bayer S.A., licenciava a mesma tecnologia de soja transgênica de que tratava os casos anteriores (Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72) e o segundo, firmado a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – Embrapa, (Ato de Concentração nº. 08700.006336/2013-23), cuidava de licença não exclusiva de tecnologia de algodão transgênico. Nos dois casos, a Superintendência-Geral do CADE, também antes da conclusão do julgamento do *leading case* acima, proferiu parecer defendendo o não conhecimento de licenças não exclusivas de propriedade intelectual, contanto que estivessem ausentes desses contratos quaisquer acordos laterais de não-concorrência, de transferência de ativos, de organização comum ou vínculos societários de qualquer natureza, ou ainda qualquer outra medida que implicasse em alteração dos centros decisórios das partes ou restrição concorrencial entre elas.

Para a Superintendência, acordos de licenciamento de tecnologia não exclusivos não acarretariam associação ou concentração, de modo que não constituiriam atos de concentração econômica e, portanto, estariam liberados da obrigatoriedade de notificação ao CADE. Adicionalmente, a Superintendência aduziu que esses contratos seriam pró-competitivos, dada a ausência de exigências de exclusividade e de não-concorrência; que eventuais efeitos anticompetitivos decorreriam de práticas extracontratuais ou justamente das cláusulas citadas, que não estavam presentes; e que, para esses efeitos, inexisteriam remédios adequados em sede de controle preventivo, sendo certo que a eventual proibição desses contratos pelo órgão antitruste causaria efeitos piores e imprevisíveis.

À luz dessas considerações, a Superintendência pontuou que a exigência de notificação desses contratos teria um péssimo custo-benefício para o CADE, pois a identificação de casos eventualmente anticompetitivos pela via do controle preventivo seria improvável, ao mesmo

tempo em que a sujeição dos contratos a esse procedimento gera custos às partes e ao Estado, sem que haja uma contrapartida justificável, mormente porque os casos são majoritariamente benéficos à concorrência. Portanto, a Superintendência-Geral defendeu a desoneração dos contratos de licenciamento de propriedade intelectual não exclusivos da obrigatoriedade de notificação prévia ao CADE, sustentando que o controle de condutas seria mais adequado e frutífero para essa hipótese, dado que os eventuais casos com efeitos anticompetitivos decorreriam de características contratuais distintas ou de práticas extracontratuais.

Após os pareceres da Superintendência-Geral, ambos os casos acabaram sendo avocados pelo Tribunal do CADE, na pessoa do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, no processo da Bayer, e do presidente Vinícius Marques de Carvalho, no processo da Embrapa. O contrato da Monsanto com a Embrapa foi julgado pelo Tribunal na sessão imediatamente anterior àquela na qual seria concluído o julgamento do *leading case* tratado na seção anterior, em agosto de 2013,<sup>289</sup> ao passo que o contrato da Monsanto com a Bayer foi julgado alguns meses depois da conclusão do julgamento do *leading case*, já em janeiro de 2014.

Em virtude da pendência do julgamento do *leading case*, o caso da Embrapa acabou sendo conhecido “por cautela”<sup>290</sup> pelo Tribunal do CADE, apenas com base no faturamento das partes, vencida a conselheira Ana Frazão que, a partir de sua posição já consignada no julgamento do *leading case*, votou pelo não conhecimento da operação. No mérito, o contrato foi aprovado unanimemente sem restrições, na medida em que, dentre outras razões, o *market share* das partes no mercado de algodão era reduzido e o contrato não apresentava exclusividade ou cláusulas restritivas das atividades da licenciada ou da concorrência.

Por sua vez, o caso da Bayer foi julgado pelo Tribunal do CADE já com base nos critérios que prevaleceram no *leading case*, de modo que o voto do relator Alessandro Octaviani Luis, que foi unanimemente acolhido, advogou o conhecimento e a aprovação da operação com restrições. Valendo-se das premissas e da análise do voto do conselheiro Eduardo Pontual no *leading case*, constatou-se que havia no contrato da Monsanto com a Bayer as mesmas espécies de cláusulas que desnaturavam a essência comutativa do contrato de licenciamento para transmudá-lo em associativo, tendo em vista o estabelecimento de um objetivo comum entre as

---

<sup>289</sup> O contrato da Embrapa foi julgado na 26ª Sessão do Tribunal, em 07.08.2013, ao passo que os contratos com Syngenta, Nidera, Coodetec e Don Mario foram julgados na 27ª Sessão, em 28.08.2013, na qual foi proferido o voto-vista do conselheiro Eduardo Pontual, que concluiu o julgamento conjunto desses casos.

<sup>290</sup> Expressão empregada no voto do relator, conselheiro Alessandro Octaviani Luis, p. 02.



partes (o sucesso das variedades transgênicas) e disposições contratuais que permitiam à Monsanto influenciar e controlar a licenciada (incentivos remuneratórios, por exemplo).

O precedente do contrato entre Monsanto e Bayer foi posteriormente aplicado como referência pela Superintendência-Geral no Ato de Concentração nº. 08700.008301/2014-00, notificado em outubro de 2014, que tratava de novo licenciamento de propriedade intelectual da Monsanto para a Embrapa, dessa vez relacionado à tecnologia de soja transgênica *Roundup Ready* de segunda geração. Embora a Monsanto tivesse endereçado na minuta todas as preocupações que haviam sido levantadas pelo Tribunal do CADE nos casos anteriores, de modo a assegurar que o contrato não ensejaria qualquer forma de controle sobre a licenciada, a Superintendência ainda assim conheceu a operação, aprovando-a sem restrições. Isso demonstra que, mesmo após o julgamento do *leading case*, a questão do conhecimento (e, portanto, da obrigatoriedade de notificação) de contratos de licença de propriedade intelectual, assim como a sua caracterização como contratos associativos, ainda não estava assentada.

#### **4.1.5. Outros casos**

Além dos contratos típicos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, nossa pesquisa empírica na jurisprudência do CADE localizou também atos de concentração que versavam sobre contratos de cooperação, com a licença de direitos, para o desenvolvimento de novas tecnologias. Da mesma forma, foram encontrados casos de contratos que estavam inseridos no âmbito de PDPs (Parceria para o Desenvolvimento Produtivo), um programa governamental que visa à transferência de tecnologia e à capacitação de laboratórios nacionais para a produção de medicamentos de última geração. Todos os casos foram conhecidos e aprovados sem restrições, antes que tivesse sido editada a primeira resolução do CADE que disciplinou a notificação de contratos associativos.

No Ato de Concentração nº. 08700.004446/2014-31, a Baker Hughes Oilfield Operations, Inc. e a Aker Solutions Inc. celebraram um “Contrato de Aliança e Pesquisa Conjunta” por meio do qual colaborariam entre si para a construção de potenciais oportunidades de negócios, em âmbito mundial, ligados ao desenvolvimento de soluções inovadoras de sistemas integrados de produção e extração de petróleo e gás em campos submarinos de águas profundas. Nos termos da parceria, as partes permaneceriam independentes, mas ofereceriam

conjuntamente seus serviços, que são complementares, no mercado nacional, cujo principal cliente é a Petrobrás. As partes afirmaram que cada uma empregaria o seu próprio *know how* para o desenvolvimento conjunto das novas tecnologias e que também exerceriam conjuntamente os esforços comerciais para a publicidade e venda dos novos negócios, sem deixar claro, contudo, a quem caberia a titularidade dos direitos incidentes sobre as criações desenvolvidas no âmbito do contrato e se haveria licenças cruzadas de direitos de propriedade intelectual como parte da parceria. O CADE verificou que não havia sobreposição horizontal entre os produtos das partes e, para se assegurar, questionou a Petrobrás a respeito, a qual afirmou que os produtos das partes eram diferenciados, que realizava compras no mercado internacional quando necessário e que a aliança entre elas não afetaria a concorrência, de modo que a operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência-Geral.

No Ato de Concentração nº. 08700.005912/2014-04, a Mitsui Chemicals Agro Inc. concedeu à BASF Agrochemical Products B.V. uma licença referente ao ingrediente ativo MCI-8007 para o desenvolvimento e posterior comercialização de nova formulação de inseticida. As partes permaneceriam independentes e continuariam a comercializar os demais inseticidas de seus respectivos portfólios autonomamente, em paralelo ao desenvolvimento do novo produto, que enriqueceria o catálogo da BASF. A Superintendência-Geral do CADE aprovou a operação sem restrições por considerar que o contrato não alteraria a estrutura atual do mercado relevante e não geraria concentração.

No Ato de Concentração nº. 08700.004654/2014-30, a Bayer AG e a Merck & Co. Inc. firmaram um acordo em âmbito mundial, com a concessão de licenças mútuas de propriedade intelectual, para o codesenvolvimento e a cocomercialização de determinados compostos que serviriam de base para ao menos dois medicamentos, destinados ao tratamento de hipertensão pulmonar e de insuficiência cardíaca. A Bayer e a Merck dividiriam igualmente os custos associados ao projeto e implementariam uma estratégia conjunta de desenvolvimento e comercialização. Foi estabelecida ainda uma divisão dos mercados, pela qual a Bayer lideraria a comercialização de um dos medicamentos nas Américas, enquanto a Merck lideraria a comercialização desse mesmo medicamento fora das Américas, aplicando-se o contrário para o segundo medicamento. Apesar dessa divisão, ambas as empresas teriam a opção de copromover os medicamentos no território da outra, podendo comercializar e apresentar detalhes sobre o produto para profissionais médicos, mas sem autoridade sobre o preço na região. A operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência-Geral do CADE em

razão da ausência de sobreposição horizontal relativamente aos medicamentos objeto da parceria e aqueles que já faziam parte do portfólio de cada uma das partes.

Em todas as operações de cooperação acima, as partes se mantiveram independentes entre si, mas entabularam um determinado objetivo em comum dotado de certa estabilidade. Apesar disso, mesmo os casos tendo sido decididos após o julgamento conjunto do *leading case* da Monsanto, em nenhum deles houve qualquer discussão a respeito da natureza associativa ou não dos acordos, de modo que todas as operações foram conhecidas com base apenas no faturamento das partes. Ou seja, em diversas oportunidades, o CADE deixou de sinalizar ao mercado qual seria o seu entendimento acerca da qualificação de um contrato como associativo, obrigando os agentes econômicos a notificar acordos cooperativos *ad cautelam*. Isso demonstra que a questão do conhecimento (e, portanto, da obrigatoriedade de notificação) de contratos de colaboração e de licença de propriedade intelectual ainda carecia de regulamentação.

No que diz respeito às PDPs, foram encontradas três operações na pesquisa. Assim como nos contratos de colaboração vistos acima, nenhuma das decisões debateu o conceito de contrato associativo e o enquadramento dos contratos notificados nessa categoria, de modo que todas as operações foram conhecidas apenas com base no faturamento das partes. A aprovação de todos os casos levou em consideração a necessidade de se desenvolver a indústria de biofármacos no Brasil, que possui fortes barreiras tecnológicas à entrada e exige elevados investimentos.

O primeiro caso de PDP notificado tratava de um contrato de transferência de tecnologia firmado entre, de um lado, o laboratório brasileiro Bionovis S.A. – Cia. Brasileira de Biotecnologia Farmacêutica, ainda em fase pré-operacional, e, de outro lado, os laboratórios Merck KGaA e Ares Trading AS, cujo objeto era a produção de oito medicamentos biológicos (Ato de Concentração nº. 08700.003748/2014-92). Como a Merck detinha os direitos de apenas dois dos oito medicamentos apontados, ela licenciaria os direitos pertinentes a esses dois remédios e, em relação aos demais, cujos direitos eram de titularidade de terceiros, transferiria somente o *know how* tecnológico para o desenvolvimento e para a produção de biossimilares após o ingresso das patentes conexas no domínio público. O CADE aprovou a operação por considerar que a transferência da tecnologia em questão resultaria num aumento da concorrência no mercado, em vista da entrada de mais um fornecedor, e também diante dos fatos de que a Merck não era uma entrante potencial nesse setor e a Bionovis ainda não havia iniciado sua atuação efetiva. Nesse contexto, as dificuldades do setor de biofármacos justificariam a celebração de parcerias entre laboratórios para desenvolvê-lo no país.

O segundo caso de PDP foi um contrato de colaboração entre a Pfizer Inc. e a Orygen Biotecnologia S.A., por meio do qual aquela transferiria para esta, que ainda estava em fase pré-operacional, o *know how* para a fabricação e a comercialização no Brasil de cinco medicamentos biossimilares (Ato de Concentração nº. 08700.005601/2014-37). Como a Pfizer não detinha os direitos pertinentes aos medicamentos de referência, a produção comercial dos remédios ocorreria somente após o ingresso das patentes conexas no domínio público. A operação foi aprovada em virtude do esperado aumento da oferta dos medicamentos em questão no mercado brasileiro, tendo o CADE considerado ainda que a ausência de parcerias com laboratórios estrangeiros, detentores do *know how* necessário, retardaria a entrada de concorrentes no mercado brasileiro e o desenvolvimento da indústria de biofármacos no país.

O último caso de PDP notificado tratava de um contrato de transferência de tecnologia e fornecimento de informações confidenciais firmado entre, de um lado, a Bionovis e, de outro lado, os laboratórios Janssen Biotech, Inc. e Cilag GmbH International, cujo objeto era a produção do medicamento biológico infliximabe (Ato de Concentração nº. 08700.009218/2014-58). Assim como nos demais casos, a operação foi aprovada em razão do aumento esperado da oferta representado pela realização da parceria, mas também em função da ausência de sobreposição entre os produtos objeto do contrato e aqueles ofertados pelas partes, e da ausência de elementos que evidenciassem a eliminação de concorrência potencial.

Constata-se, portanto, que reiteradas decisões do CADE deixaram de enfrentar a questão do conhecimento de operações contratuais e de abordar a definição da categoria legal dos contratos associativos, o que acabou ensejando a edição de duas resoluções pelo Conselho para disciplinar a matéria. Nas próximas seções, aferiremos a subsunção dos contratos de propriedade intelectual aos critérios dessas duas resoluções, incluindo a apresentação dos casos decididos especificamente sob a regência de cada um desses atos normativos.

#### **4.2. Enquadramento dos contratos de propriedade intelectual na Resolução nº. 10 de 2014 do CADE e os precedentes pertinentes**

A Resolução nº. 10 de 2014 não previu expressamente o licenciamento de direitos de propriedade intelectual como espécie de contrato associativo, tampouco tendo previsto qualquer

outro tipo contratual para este efeito. Dessa forma, faz-se necessário interpretar os seus critérios para estabelecer o enquadramento ou não dos contratos de licença desses direitos nos parâmetros da regulamentação.

A opção do CADE por não prever expressamente determinados tipos contratuais como contratos associativos de notificação obrigatória originou-se das conclusões extraídas do estudo da jurisprudência da autarquia que antecedeu a edição da resolução. Esse estudo revelou que uma enorme gama de tipos contratuais era submetida ao CADE no controle de estruturas e que, muitas vezes, contratos com nomenclaturas distintas possuíam as mesmas características e vice-versa. Por conseguinte, uma vez constatada a inviabilidade de se fiar apenas em tipologias contratuais estanques, o CADE concluiu que a definição dos contratos associativos deveria se dar a partir de suas características gerais, de onde advieram as balizas da regulamentação.<sup>291</sup>

Conforme vimos no Capítulo 2, para a Resolução nº. 10 de 2014 seriam considerados associativos os contratos (a) com duração superior a dois anos em que houvesse (b.1) cooperação horizontal ou vertical ou (b.2) compartilhamento de risco e (c) que acarretassem relação de interdependência entre as partes contratantes. Ainda segundo a resolução, haveria (b.1) cooperação horizontal ou vertical ou (b.2) compartilhamento de risco que (c) acarreta relação de interdependência nos seguintes casos: (i) nos contratos em que as partes estivessem horizontalmente relacionadas relativamente ao seu objeto, quando a soma de suas participações no mercado relevante afetado fosse igual ou superior a 20%; ou (ii) nos contratos em que as partes estivessem verticalmente relacionadas relativamente ao seu objeto, quando pelo menos uma delas detivesse 30% ou mais dos mercados relevantes afetados, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições adicionais: (1) o contrato estabelecesse o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; ou (2) do contrato decorresse relação de exclusividade.

À luz das definições acima e dos precedentes do CADE, verificamos anteriormente que, embora a Resolução nº. 10 de 2014 tenha, aparentemente, estabelecido uma série de fatores para a qualificação de um contrato como associativo, na prática a resolução implementou um critério de notificação baseado quase que exclusivamente no *market share* das partes. De fato, a Resolução nº. 10 de 2014 dispunha que, nas relações horizontais, a soma de *market shares* igual ou superior a 20% seria suficiente para configurar a “cooperação ou o compartilhamento

---

<sup>291</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 416.

de risco que causa relação de interdependência”, ao passo que, nas relações verticais, para esse mesmo efeito, o *market share* deveria ser de no mínimo 30% de pelo menos uma das partes, condicionado, porém, à presença adicional de cláusula de exclusividade ou de compartilhamento de receitas ou prejuízos.

Como os contratos de licenciamento de propriedade intelectual estabelecem uma relação vertical entre as partes no que diz respeito ao seu objeto, dado que o licenciante se posiciona como fornecedor de insumo imaterial para o licenciado, o que aloca as contratantes em estágios diferentes da cadeia produtiva, esses contratos ficariam sujeitos à normativa do inciso II, do §2º, do art. 2º, da Resolução nº. 10 de 2014, que colocava o patamar mínimo de 30% de *market share* de pelo menos uma das partes no mercado relevante afetado pelo acordo, além das condições adicionais alternativas citadas acima.<sup>292</sup>

O emprego de um critério de *market share* encontra paralelo somente na isenção estabelecida pelo Regulamento (UE) nº. 316/2014 da Comissão Europeia, que excepciona expressamente os acordos de transferência de tecnologia (contratos de licenciamento de patentes, modelos de utilidade, desenhos industriais, topografias, cultivares e *know-how*) da aplicação do artigo 101.1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Conforme vimos no Capítulo 1 *supra*, o tratado estatui, do ponto de vista do controle repressivo, que são incompatíveis com o mercado interno europeu e, portanto, proibidos todos os acordos, associações e práticas concertadas de empresas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os membros da união e que “*tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno*”, listando, na sequência, algumas práticas exemplificativas de condutas ilícitas, que são tidas como nulas.<sup>293</sup> O Regulamento (UE) nº. 316/2014 dispõe que esse dispositivo não é aplicável aos acordos de transferência de tecnologia celebrados entre (apenas) duas empresas, as quais, se forem concorrentes, não podem deter participação conjunta no mercado relevante superior a 20% e, se não forem concorrentes, devem possuir um *market share* agregado não superior a 30% no mercado relevante.<sup>294</sup> Sem embargo, o regulamento

<sup>292</sup> Vide parecer da Superintendência-Geral no Ato de Concentração nº. 08700.011952/2015-68.

<sup>293</sup> “a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos”.

<sup>294</sup> Art. 3º do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

estabelece que a isenção não será aplicável quando houver no contrato determinadas cláusulas consideradas como “restrições graves”,<sup>295</sup> entre outras exceções.<sup>296</sup>

O uso de critérios de *market share* no regulamento europeu baseia-se na inferência de que quanto maior o poder de mercado das partes (representado pela *proxy* do *market share*), menores serão as chances de que os efeitos pró-competitivos esperados dos contratos de licenciamento se concretizem.<sup>297</sup> Dessa forma, a norma comunitária presume o advento de efeitos positivos dos contratos de licença, mas conta com limiares de *market share* que objetivam impedir a aplicação da isenção em grupo do controle repressivo dada a essa categoria de contratos para agentes econômicos com poder de mercado pressuposto.

Ao fixar os patamares de *market share* citados na Resolução nº. 10 de 2014, o CADE, visando conferir maior objetividade aos critérios de notificação e conhecimento dos contratos associativos, adotou raciocínio semelhante àquele do regulamento europeu, tendo inclusive espelhado as suas porcentagens.<sup>298</sup> Conforme vimos no Capítulo 2, entretanto, esse parâmetro é inadequado, porque pode deixar de fora do controle preventivo contratos que são de fato associativos, entretanto pode fazer incidir o controle de estruturas sobre contratos não associativos, em oposição ao disposto na Lei de Defesa da Concorrência de 2011. O uso de limiares de *market share* denota que a atenção da autoridade antitruste recai na posição das partes no mercado e no risco que ela representa em termos de exercício de poder de mercado, relevando-se, deste feito, os termos dos contratos em si para fins de enquadramento da avença na categoria dos contratos associativos, que é o que deveria guiar o conhecimento da operação de acordo com a Lei de 2011.

Uma vez apurado o critério de *market share*, a Resolução nº. 10 de 2014 estabelecia duas condições adicionais alternativas nas relações contratuais verticais para prescrever a obrigatoriedade de notificação, quais sejam, a presença de cláusula de exclusividade ou de compartilhamento de receitas e de prejuízos. Destarte, as partes deveriam submeter um contrato de licenciamento de propriedade intelectual ao controle preventivo somente se, além da duração e do *market share* em linha com os parâmetros definidos acima (e dos critérios de faturamento legais, é claro), houvesse cláusula de exclusividade ou de compartilhamento de receitas e de

<sup>295</sup> Art. 4º do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

<sup>296</sup> Art. 5º do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

<sup>297</sup> Considerando 5 do Regulamento (UE) nº. 316/2014.

<sup>298</sup> KHARMANDAYAN, Luiza. Desafios da Regulamentação de Contratos Associativos. In: CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. P. 419.

prejuízos. Por conseguinte, contratos de licença de propriedade intelectual poderiam ser considerados associativos sob a égide da Resolução nº. 10 de 2014, devendo ser notificados ao controle de estruturas a depender do preenchimento dos critérios delineados acima.

Conforme aludimos no Capítulo 2, o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre os contratantes e a presença de relação de exclusividade funcionavam como filtros para evitar que relacionamentos verticais cotidianos, que não oferecem riscos relevantes à livre concorrência, tivessem que ser notificados ao CADE unicamente em razão do *market share* e do faturamento das partes. Geralmente, a remuneração do licenciante em contratos de licença de direitos de propriedade intelectual baseia-se na incidência de *royalties* fixados em determinada porcentagem sobre a receita do licenciado com a exploração do objeto da licença. Esse mecanismo de cálculo do pagamento não se confunde, todavia, com o compartilhamento de receitas ou prejuízos a que alude a resolução, porquanto não importa na divisão dos riscos do negócio e dos lucros auferidos pelo licenciado, mormente se considerarmos que as partes não atuarão conjuntamente no mercado. Por outro lado, cláusulas de exclusividade, por vezes corriqueiras nesse tipo de contrato, equivalem na prática a uma transferência de ativo quando o licenciante se abstém de explorar o objeto da licença em favor do licenciado exclusivo. Sendo assim, a Resolução nº. 10 de 2014 garantiria, em tese, que apenas contratos de licenciamento que estabelecessem uma relação mais profunda entre as partes fossem notificados.

Nos ordenamentos americano e europeu, vimos que vige a premissa de que o licenciamento de direitos de propriedade intelectual possui caráter pró-competitivo,<sup>299</sup> de modo que não há obrigatoriedade de submissão de licenças não exclusivas ao controle de estruturas. Por outro lado, nessas mesmas jurisdições, licenças exclusivas devem ser submetidas ao controle preventivo, sob a rubrica de aquisição de ativos. Destarte, a Resolução nº. 10 de 2014, ao isentar os contratos sem exclusividade da obrigatoriedade de notificação, acabava se harmonizando com o *benchmark* internacional, conquanto estabelecesse critérios de *market share* sem paralelo na prática dessas duas referências estrangeiras e houvesse a possibilidade de notificação pela hipótese rarefeita de compartilhamento de receitas e prejuízos.

Na vigência da Resolução nº. 10 de 2014, o CADE analisou mais um contrato de licenciamento da tecnologia da soja transgênica *Roundup Ready* de segunda geração da Monsanto, dessa vez celebrado com a Dow AgroSciences Sementes e Biotecnologia Brasil Ltda., mas a decisão não tratou dos requisitos da resolução (Ato de Concentração nº.

---

<sup>299</sup> Vide Considerando 4 do Regulamento (UE) nº. 316/2014 e U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017. P. 02.



08700.008857/2014-04). A operação foi notificada em outubro de 2014, poucos dias antes da edição da Resolução nº. 10 de 2014, e aprovada sem restrições em março de 2015, quando ela já estava em vigor. Embora a Superintendência-Geral tenha verificado, com base no *leading case* do contrato da Monsanto com a Syngenta, que as cláusulas do acordo não estabeleciam barreiras à entrada ou custos de saída para a licenciada que permitissem à licenciante controlá-la, a operação foi conhecida com fulcro somente no faturamento das partes.

Em outro caso envolvendo a Monsanto e a Dow AgroSciences, porém, a operação, notificada em dezembro de 2015, foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10 de 2014 (Ato de Concentração nº. 08700.012130/2015-02). Tratou-se de contrato de fornecimento de herbicida, conjugado com um licenciamento da marca do produto (“Gallant”), pelo qual a Monsanto adquiriria da Dow o referido herbicida, já embalado e pronto para distribuição e venda no Brasil, e também se comprometeria a comprar com exclusividade da Dow a matéria-prima haloxifope, que serve de ingrediente ativo na formulação do produto. Tendo verificado o faturamento das partes em linha com os limiares legais, a Superintendência-Geral conheceu da operação com base estritamente no prazo do contrato, superior a dois anos, e nos critérios de *market share* para relações horizontais da resolução, porque as partes concorriam entre si – muito embora o contrato estabelecesse uma relação predominantemente vertical entre as contratantes, o que revela um equívoco na aplicação da resolução pelo CADE.

No mérito, o CADE considerou que a operação não ensejava uma sobreposição horizontal clássica, porque o contrato estabelecia uma relação de fornecimento para codistribuição do produto cuja marca estava sendo licenciada. Por conseguinte, não haveria um aumento no poder de mercado das partes desde que elas não se coordenassem entre si, sendo certo que o contrato previa meios para evitar que isso ocorresse (cláusulas que impediam a troca de informações sensíveis, por exemplo) e eventual colusão seria objeto do controle de condutas. Ademais, o CADE considerou haver rivalidade suficiente no mercado, sobretudo em função da capacidade ociosa de concorrentes, que poderiam suprir a demanda de consumidores que deixassem de comprar das contratantes, e da constatada flexibilidade da demanda, que decorre de diversos motivos (variação entre diferentes princípios ativos; ausência de fidelidade à marca; os concorrentes das partes também serem grandes multinacionais; os produtores poderem fazer uso *off label* dos produtos, isto é, usar um produto indicado para uma determinada cultura em outra para a qual não há prescrição na bula). Assim, o contrato foi aprovado sem restrições.

Por outro lado, um contrato notificado também em dezembro de 2015 não foi conhecido pelo CADE com base nos critérios da Resolução nº. 10 de 2014 (Ato de

Concentração nº. 08700.011952/2015-68). Tratava-se de um acordo de não reivindicação de direitos de propriedade intelectual celebrado entre ABB Ltd. e Siemens AG (“*Non-Assertion Agreement*”), por meio do qual as partes se comprometiam a não se processar pela eventual infração de patentes de determinadas tecnologias (“*covenants not to sue*”). O objetivo do acordo era acelerar o desenvolvimento das tecnologias HVDC e FACTS de transmissão de energia elétrica, evitando disputas entre as partes e reduzindo os custos de monitoramento de patentes alheias. O contrato foi notificado por cautela ao CADE e acabou não sendo conhecido pela Superintendência-Geral, que, sem averiguar o *market share* das partes, concluiu de plano não se tratar de um contrato associativo nos termos da resolução, dada a ausência de exclusividade e de compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes (requisitos adicionais alternativos para as relações verticais). No parecer, a Superintendência consignou que os efeitos práticos de contratos de não reivindicação são semelhantes aos oriundos de licenças cruzadas não exclusivas de propriedade intelectual.

Entre dezembro de 2015 e setembro de 2016, três contratos de licenciamento de direitos autorais para a replicação de conteúdos de mídia em suporte físico foram notificados e conhecidos pelo CADE com base na Resolução nº. 10 de 2014. O primeiro caso foi a renovação de um contrato entre a Warner Bros. Home Entertainment Inc. e a Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo – Fonográfica Ltda., por meio do qual a Warner licenciava conteúdos musicais e audiovisuais, sem exclusividade, para replicação e distribuição pela Sony (Ato de Concentração nº. 08700.012599/2015-33). O segundo caso, também entre a Warner e a Sony, versava sobre a renovação de contrato de licenciamento não exclusivo de jogos de *video game* da primeira para replicação e distribuição pela segunda (Ato de Concentração nº. 08700.005689/2016-59). Por fim, o último caso tratava da renovação de contrato de licença não exclusiva de jogos de *video game* entre a Warner e a Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfica S.A., por meio do qual esta replicaria os títulos daquela (Ato de Concentração nº. 08700.006315/2016-51). A racionalidade desses contratos residia no fato de que a Warner, detentora dos direitos autorais sobre as obras, não dispunha de infraestrutura para fabricação e distribuição de discos no Brasil.

Os três casos foram conhecidos com base no patamar de *market share* estabelecido para relações verticais pela Resolução nº. 10 de 2014, dado que a Warner (embora fosse concorrente da Sony) se colocava na posição de contratante de serviços e de fornecedora de insumo (os conteúdos a serem replicados pelas contratadas), e porque o CADE considerou que havia compartilhamento de receitas entre as partes a partir de cláusula de pagamento cujo teor

foi mantido sob sigilo. No mérito, as operações foram aprovadas sem restrições, dada a ausência de integração horizontal entre as partes e o fato de que a integração vertical realizada não gerava problemas concorrenciais, em razão da ausência de poder de mercado da Warner no licenciamento de obras intelectuais, da concorrência entre diversas replicadoras e da realidade do mercado de mídia em suportes físicos, que está em franco declínio. Malgrado a confidencialidade da cláusula de pagamento, tudo indica que esses contratos de licença de direitos autorais não precisariam ser conhecidos, pois a relação estabelecida entre as partes não é aquela própria dos contratos associativos. Destarte, veremos na próxima seção que, já sob a regência da Resolução nº. 17 de 2016, o CADE respondeu a uma consulta da Warner indicando que essas avenças não precisariam ser notificadas ao controle preventivo.

Por fim, dois meses antes da edição da Resolução nº. 17 de 2016, foi notificada ao CADE uma parceria entre o Banco Itaucard S.A. e a Multiplus S.A. para a emissão de cartões de crédito *co-branded*, isto é, com as marcas de ambas as empresas, em regime de licenciamento exclusivo (Ato de Concentração nº. 08700.006142/2016-71). A operação foi conhecida com base nos critérios de integração vertical da Resolução nº. 10 de 2014 (*market share* de 30% de ao menos uma das partes e cláusula de exclusividade), tendo sido aprovada sem restrições porque a Superintendência-Geral considerou que a parceria não teria capacidade para fechar os mercados envolvidos, nem teria incentivos para tanto. Assim, a exclusividade na emissão do cartão *co-branded* não impediria que outros cartões de crédito fizessem parcerias com outros programas de fidelidade, da mesma forma que não faria que a Multiplus deixasse de trocar milhas com outros bancos e que o Itaú deixasse de trocar milhas com outros programas de fidelidade, evitando dessa maneira discriminações e o fechamento do mercado. Percebe-se, neste caso, que a licença das marcas era apenas uma consequência da parceria firmada entre as partes, uma forma de se implementá-la, de modo que não constituía o objeto principal do contrato e da operação notificada.

A Resolução nº. 10 de 2014 trouxe, portanto, mais segurança jurídica para os agentes econômicos ao delimitar pela primeira vez os critérios de notificação dos contratos associativos, mas deixou espaço para aprimoramento, mormente no que se referia ao uso de parâmetros de *market share* para conhecer das operações. Assim, nesse contexto, adveio a Resolução nº. 17 de 2016, a ser tratada na próxima seção.

#### **4.3. Enquadramento dos contratos de propriedade intelectual na Resolução nº. 17 de 2016 do CADE e os precedentes pertinentes**

Assim como a Resolução nº. 10 de 2014, a Resolução nº. 17 de 2016 não tratou de modalidades específicas de contratos, optando por instituir diretrizes gerais aplicáveis a qualquer tipo de avença. Destarte, conforme visto no Capítulo 2, a Resolução nº. 17 de 2016 definiu os contratos associativos como aqueles que (a) possuem duração igual ou superior a dois anos e (b) estabelecem um empreendimento comum entre as partes para a exploração de atividade econômica, desde que elas, simultaneamente, (c) compartilhem riscos e resultados da atividade e (d) sejam concorrentes no mercado relevante afetado pelo acordo.

Conforme exposto anteriormente, a aferição do estabelecimento pelas partes de um empreendimento econômico conjunto, com duração superior a dois anos, constitui um meio adequado para se constatar a existência de um propósito comum e estável entre elas, na medida em que a execução de atividade conjunta decorre logicamente de uma comunhão de interesses que leva ao compartilhamento dos mesmos escopos por ambos os lados. Por esse motivo, concluímos que esse critério, que reflete a concepção dos contratos associativos aqui defendida, convinha à delimitação dessa espécie de ato de concentração. Vimos também que o CADE, nos precedentes julgados sob a égide da atual resolução, considerou, em geral, como características primordiais do “empreendimento comum”: (i) a atuação conjunta das partes no mercado por força do contrato e (ii) a presença de qualquer tipo de ingerência de uma contratante nas decisões comerciais da outra.

Ao tratarmos dos contratos de licenciamento de propriedade intelectual neste capítulo, verificamos que eles tipicamente estabelecem uma relação comutativa entre as partes, entabulando uma troca bilateral de contraprestações pela qual o licenciante concede ao licenciado o direito de explorar o bem imaterial objeto do contrato. Embora o licenciante possa instituir determinados limites à atuação do licenciado (tais como cláusulas delimitadoras de território, por exemplo), as operações do licenciado dentro dessas demarcações são, a princípio, livres e escapam do controle do licenciante. Como regra, portanto, o licenciado fica livre para explorar os direitos licenciados, correndo os riscos de seu próprio negócio e pagando a remuneração eventualmente acertada entre as partes. Assim, numa licença típica, as partes permanecem autônomas, mantendo separados os seus respectivos negócios, inclusive no que diz respeito ao objeto da licença.

Como o enquadramento de contratos nas balizas da Resolução nº. 17 de 2016 depende, afora a duração mínima de dois anos e a condição de concorrência entre os contratantes, da configuração de um empreendimento comum entre as partes, em que haja compartilhamento dos riscos e resultados da atividade, pode-se concluir que um contrato de licença de direitos de propriedade intelectual não se subsume aos critérios da atual regulamentação. Com efeito, a parte licenciada, via de regra, adquire os direitos de exploração da propriedade imaterial do licenciante para aplicá-los em suas próprias atividades, que permanecem independentes e apartadas, de modo que não se estabelece um empreendimento comum entre os contratantes. Por conseguinte, tampouco se verificam os parâmetros jurisprudenciais observados nos precedentes do CADE, pois não há atuação conjunta das partes no mercado por força do contrato ou qualquer ingerência da licenciante sobre as decisões comerciais da licenciada.

À luz dessas considerações, o eventual enquadramento de um contrato de licença de propriedade intelectual nos critérios da Resolução nº. 17 de 2016 dependerá da presença de cláusulas que desnaturem a essência comutativa do contrato para caracterizar a realização de um empreendimento comum, que traduza a ocorrência da concentração econômica de que se ocupa a resolução. Nesse sentido, Anna Binotto afirma que contratos de licenciamento são tipicamente verticais e um caso clássico de contrato de permuta, *“mas, por outro lado, nada impede que variações destes contratos estabeleçam relações de cooperação suficientes para organizar o desenvolvimento de uma atividade econômica, e portanto, a criação de um empreendimento comum”*.<sup>300</sup> Logo, apenas acordos mais amplos, que ultrapassem uma relação de licenciamento puro e simples, podem se subsumir ao balizamento da resolução para configurar um contrato associativo, o que se coaduna com nossa concepção acerca desses contratos e com o resultado do *leading case* Monsanto julgado pelo CADE antes mesmo da edição da resolução de 2014, que primeiro disciplinou a matéria.

A Resolução nº. 17 de 2016, portanto, deixou claro que contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual não são associativos, afastando, dessa forma, a necessidade de notificação prévia ao CADE desses contratos, que não oferecem riscos concorrenciais relevantes. Por outro lado, essa mesma resolução assegura que acordos com real potencial concentrativo, eis que envolvem o estabelecimento de empreendimentos em comum entre concorrentes, sejam levados ao controle de estruturas, inclusive se tratarem do licenciamento de propriedade intelectual. Assim, a atual resolução garante um equilíbrio saudável no exercício

---

<sup>300</sup> BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração**: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 249-250.

do controle preventivo, eliminando a obrigatoriedade de submissão de contratos de rotina, mas exigindo a notificação de contratos que propiciam um atuar conjunto das partes no mercado.

Em virtude disso, percebe-se que, embora o Brasil preveja uma categoria de ato de concentração que não encontra paralelo nos Estados Unidos e na União Europeia, aquela dos contratos associativos, os critérios de enquadramento nessa categoria, estabelecidos na atual regulamentação do CADE, afastam os contratos de licenciamento não exclusivo de direitos de propriedade intelectual da incidência dessa hipótese de notificação obrigatória ao controle preventivo, o que deixa o ordenamento jurídico brasileiro em linha com aquelas duas referências internacionais em matéria de antitruste. Conforme vimos, nas jurisdições americana e europeia, vige a premissa de que o licenciamento desses direitos possui caráter pró-competitivo,<sup>301</sup> de modo que não há obrigatoriedade de submissão de licenças não exclusivas ao controle de estruturas e eventuais abusos ficam a cargo do controle repressivo. Na prática, com a Resolução nº. 17 de 2016, o Brasil veio a adotar essa mesma solução.

Em nossa pesquisa empírica, foi localizado um único precedente envolvendo propriedade intelectual em que a Resolução nº. 17 de 2016 foi aplicada, o que revela, na prática, uma verdadeira interrupção das notificações de contratos de licenciamento desses direitos após a edição da atual regulamentação dos contratos associativos. Corroborando nossa interpretação de que contratos de licença não se enquadram nos critérios da resolução, o precedente cuidava de uma consulta acerca da subsunção desses contratos à nova regulamentação e obteve resposta negativa do CADE. Tratou-se, pois, da Consulta nº. 08700.008419/2016-08, protocolada em dezembro de 2016, pouco tempo depois da entrada em vigor da Resolução nº. 17 de 2016, e que foi respondida pelo Conselho em fevereiro de 2017.

Nessa consulta, as partes, EA Swiss SÀRL e Warner Bros. Home Entertainment Inc., questionaram o CADE, à luz dos requisitos da nova resolução, acerca da obrigatoriedade de notificação de um contrato de licenciamento de jogos de *video game*, pelo qual a EA outorgaria à Warner uma licença exclusiva para replicar, manufaturar e distribuir os títulos de jogos eletrônicos da EA em formato físico no Brasil. O relator, conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, considerou que não havia formação de um empreendimento comum entre as partes porque, embora elas fossem concorrentes no mercado de jogos, o contrato estabeleceria uma relação vertical, pela qual a licenciada assumiria a posição de replicadora e distribuidora dos conteúdos da licenciante. No que diz respeito ao requisito de compartilhamento de riscos e

---

<sup>301</sup> Vide Considerando 4 do Regulamento (UE) nº. 316/2014 e U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017. P. 02.

resultados, o conselheiro Gilvandro Vasconcelos não vislumbrou a sua presença em razão da previsão de uma remuneração pré-estabelecida, ou seja, de uma forma de pagamento pelo licenciamento que independia do sucesso do negócio. Adicionalmente, a fim de corroborar sua interpretação, o relator também observou que as partes não partilhariam as decisões qualitativas e quantitativas de oferta no mercado de jogos e que as atividades de propaganda e *marketing* permaneceriam segregadas, sublinhando ainda que, nos aspectos relacionados à responsabilidade, as empresas também permaneceriam independentes.

A partir dessa leitura do CADE e da ausência de casos subsequentes, percebe-se que a prática brasileira coaduna-se atualmente à internacional. A resolução, com seus critérios normativos, eliminou a necessidade de notificação de contratos que, a princípio, não oferecem riscos concorrenciais relevantes, ao mesmo tempo em que salvaguarda a obrigatoriedade de submissão de contratos que ultrapassam a mera comutatividade para entabular um atuar conjunto das partes que justifica o controle de estruturas.

## CONCLUSÃO

Os direitos de propriedade intelectual constituem ativos centrais na economia contemporânea e, particularmente no campo da inovação tecnológica, são comuns os acordos de transferência de tecnologia e outros arranjos que visam a dividir custos, conjugar ativos complementares e viabilizar investimentos, de modo a contornar as incertezas típicas do processo de inovação.<sup>302</sup> Como esses acordos podem afetar a livre concorrência, é natural que o Direito Antitruste se ocupe deles, de maneira a assegurar que a competição permaneça saudável no mercado, mas sem tolher a cooperação entre agentes econômicos que enseja o desenvolvimento tecnológico e a difusão da inovação e de obras autorais.

É nesse contexto que os Estados Unidos da América e a União Europeia, jurisdições que são referência internacional em matéria de antitruste, dispõem de guias e regulamentos de direito da concorrência para tratar de contratos de propriedade intelectual. Do ponto de vista do controle de estruturas, não há naqueles ordenamentos obrigatoriedade de notificação de licenças não exclusivas de direitos de propriedade intelectual para o controle preventivo das respectivas autoridades concorrenciais. Em ambos, vige a premissa de que o licenciamento desses direitos possui caráter pró-competitivo, pois permite a combinação de fatores de produção pelos agentes econômicos, reduzindo investimentos duplicados em pesquisa e desenvolvimento, promovendo inovação incremental e facilitando a disseminação da tecnologia, o que fomenta a concorrência.

Por outro lado, no que se refere ao licenciamento exclusivo de direitos de propriedade intelectual, ocorre naquelas mesmas jurisdições uma equiparação dessa avença à hipótese de aquisição de ativos, motivo pelo qual esses contratos ficam sujeitos à notificação prévia para os órgãos antitruste. No caso da União Europeia, porém, a licença exclusiva deve ser notificada somente se vier acompanhada da transferência do negócio com presença de mercado subjacente de uma parte a outra, com a consequente transmissão do faturamento gerado pela atividade do licenciante para o licenciado exclusivo em algum território.

No Brasil, não há legislação ou regulamentação concorrencial específica para o tratamento de contratos de propriedade intelectual. No entanto, dentre as hipóteses listadas pela Lei de Defesa da Concorrência como ato de concentração sujeito à notificação prévia ao CADE, encontram-se os chamados “contratos associativos”, uma expressão vaga que, ao contrário das

---

<sup>302</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. P. 73.



demais hipóteses de ato de concentração previstas no diploma legal, tais como fusões e aquisições, não encontra definição no ordenamento jurídico ou referências na literatura anterior à lei. Por conseguinte, a indefinição em torno do conceito levantou questionamentos acerca de quais modalidades contratuais deveriam ser previamente notificadas ao CADE para aprovação, o que incluía os contratos de propriedade intelectual.

Sob a égide da Lei de Defesa da Concorrência de 1994, o CADE deixou de conhecer 4 contratos de licenciamento de tecnologia, tendo conhecido e aprovado 5 contratos com restrições e conhecido e aprovado outros 15 contratos sem restrições. Já sob a regência da Lei de 2011, que introduziu os “contratos associativos”, a pesquisa empírica realizada no âmbito deste trabalho revelou que o CADE não conheceu 2 contratos de propriedade intelectual, tendo conhecido e aprovado com restrições 5 contratos e conhecido e aprovado sem restrições um total de 14 contratos, para além de ter respondido 1 consulta a respeito.

Esses números revelam que, embora a lei atual esteja há menos tempo em vigor do que o período de vigência de sua antecessora, o CADE já teve a oportunidade de analisar uma quantidade de casos semelhante e o fato de que persistem casos de não conhecimento em ambos os períodos demonstra a existência e a constância da controvérsia acerca da necessidade de notificação desses contratos. A seu turno, a quantidade mais elevada de operações aprovadas sem quaisquer restrições enseja o questionamento acerca da eficiência da obrigatoriedade de submissão prévia desses contratos ao CADE.

Em nossa proposta de conceituação, definimos os contratos associativos como aqueles em que há estabilidade e a comunhão de desígnios para a realização de um propósito comum entre as partes. Um contrato de licenciamento de propriedade intelectual estabelece uma relação essencialmente comutativa entre os contratantes, entabulando uma troca bilateral de contraprestações pela qual o licenciante concede ao licenciado a possibilidade de explorar o direito objeto do contrato. Logo, não se pode enquadrar os acordos de licenciamento nessa categoria legal de ato de concentração, pois eles não estabelecem um escopo ou empreendimento comum entre os contratantes.

Como regra, não fazem parte da natureza da licença avenças de coordenação das atividades das partes; ao revés, o licenciante deixa o licenciado livre para explorar os direitos licenciados, correndo os riscos do negócio e pagando a remuneração eventualmente acertada entre as partes. Cada parte cumpre suas obrigações contrapostas e mantém seus negócios apartados, sem exercer controle sobre as atividades e decisões comerciais da outra parte, ao contrário do que se sucede num contrato associativo, no qual se estabelece uma afinidade de

vontades, voltada à consecução do objetivo comum, que propicia influência mútua e atuação coordenada no mercado de forma estável.

As considerações acima, entretanto, são válidas contanto que não haja 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. Nesses casos, havendo estabilidade na relação e um fim em comum entre as partes, haveria a configuração de uma associação que justifica a notificação prévia do acordo ao controle de estruturas da autoridade antitruste.

Dada a indefinição que permeava a legislação, passados dois anos de vigência da atual Lei de Defesa da Concorrência e o julgamento, nesse meio tempo, de alguns precedentes importantes pelo Tribunal do CADE envolvendo o licenciamento de tecnologia, nos quais houve significativa divergência entre os conselheiros a respeito do conhecimento dessas operações, o Conselho editou duas resoluções com o intuito de fixar critérios para definir quais contratos seriam de notificação obrigatória: a primeira em 2014 (Resolução nº. 10/2014) e a segunda, que revogou a precedente e segue em vigor, em 2016 (Resolução nº. 17/2016). Como nenhuma das duas resoluções aborda especificamente a temática da propriedade intelectual, contratos atinentes a esses direitos não foram excluídos de plano do âmbito geral dessa regulamentação, de onde advieram questionamentos a respeito de seu enquadramento nos critérios das resoluções.

A Resolução nº. 10 de 2014 adotava a duração mínima de dois anos e critérios de *market share* para determinar quais contratos deveriam ser notificados ao CADE. No caso de relações verticais, o *market share* de ao menos uma das partes deveria ser de no mínimo 30% no mercado relevante e o contrato deveria prever ainda cláusula de exclusividade ou de compartilhamento de receitas ou prejuízos para que fosse conhecido. Como os contratos de licenciamento de propriedade intelectual estabelecem uma relação vertical entre as partes no que diz respeito ao seu objeto, eles ficavam sujeitos a esses parâmetros, de onde adviria a obrigatoriedade de sua notificação dependendo das condições do caso concreto.

A Resolução nº. 17 de 2016 aboliu as balizas de *market share*, tendo redefinido a obrigatoriedade de notificação para os contratos com duração mínima de dois anos em que haja concorrência entre os contratantes e a configuração de um empreendimento comum entre as partes, com compartilhamento dos riscos e resultados da atividade. Nos contratos de licença de direitos de propriedade intelectual, a parte licenciada, via de regra, adquire os direitos de exploração da propriedade imaterial do licenciante para aplicá-los em suas próprias atividades,

que permanecem independentes e apartadas, de modo que não se estabelece um empreendimento comum entre os contratantes. Por conseguinte, não há atuação conjunta das partes no mercado por força do contrato ou qualquer ingerência da licenciante sobre as decisões comerciais da licenciada.

Eventual enquadramento de um contrato de licença de propriedade intelectual nos critérios da Resolução nº. 17 de 2016 dependerá, portanto, da presença de cláusulas que desnaturem a essência comutativa do contrato para caracterizar a realização de um empreendimento comum, que traduza a ocorrência da concentração econômica de que se ocupa a resolução. Logo, apenas acordos mais amplos, que ultrapassem uma relação de licenciamento puro e simples, podem se subsumir ao balizamento da resolução para configurar um contrato associativo, o que se coaduna com a concepção acerca desses contratos aqui defendida e com o resultado do *leading case* Monsanto, julgado pelo Tribunal do CADE em 2013.

Sendo assim, a Resolução nº. 17 de 2016 deixou claro que contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual não são associativos, afastando, dessa forma, a necessidade de notificação prévia ao CADE desses contratos, que, a princípio, não oferecem riscos concorrenciais relevantes. Por outro lado, essa mesma resolução assegura que acordos com real potencial concentrativo, eis que envolvem o estabelecimento de empreendimentos em comum entre concorrentes, sejam levados ao controle de estruturas, inclusive se tratarem do licenciamento de propriedade intelectual. Assim, a atual resolução garante um equilíbrio saudável no exercício do controle preventivo, eliminando a obrigatoriedade de submissão de contratos de rotina, mas exigindo a notificação de contratos que propiciam um atuar conjunto das partes no mercado.

Assim, embora o Brasil preveja uma categoria de ato de concentração que não encontra paralelo nos Estados Unidos e na União Europeia, os atuais critérios de notificação dos contratos associativos afastam os contratos de licenciamento não exclusivo de propriedade intelectual da incidência do controle preventivo, o que deixa o ordenamento jurídico brasileiro em linha com esse *benchmark* internacional, onde vige a premissa de que o licenciamento desses direitos possui caráter pró-competitivo e não há obrigatoriedade de submissão de licenças não exclusivas ao controle de estruturas.

Do ponto de vista quantitativo, os números de nossa pesquisa empírica revelam uma queda no número de decisões do CADE e, portanto, da quantidade de contratos envolvendo direitos de propriedade intelectual notificados ao Conselho, após a edição das duas resoluções

que regulamentaram a notificação de contratos associativos. Trata-se de evidência da maior segurança jurídica aportada pela legislação e pelos precedentes julgados pelo Conselho.

No que diz respeito a contratos de cessão, pelos quais se opera a transferência da propriedade sobre o direito, ou a licenciamentos exclusivos de propriedade intelectual, nos quais o próprio licenciante cede sua posição em favor do licenciado, tampouco há menção expressa na legislação ou na regulamentação brasileiras. Resta claro, porém, que essas operações escapam ao conceito de contrato associativo, devendo ser levadas ao controle de estruturas por outra hipótese de submissão. No caso das cessões, o contrato deverá ser tratado como aquisição de ativo. No caso dos licenciamentos exclusivos, o critério europeu revela-se adequado ao ordenamento nacional, pois exige a notificação das licenças exclusivas que, tal como as cessões de direitos, denotam a ocorrência de alterações na estrutura do mercado, consubstanciadas na transferência de um negócio de uma parte a outra, o que pode configurar efetiva concentração.

Portanto, embora a atual prática brasileira ainda possa ser aprimorada, por exemplo com a adoção de um guia específico para tratar do licenciamento de propriedade intelectual, tal como nos Estados Unidos e na União Europeia, ela se harmoniza, ainda que por vias transversas, a esse *benchmark* internacional, sendo possível hoje confirmar que contratos de licença simples de propriedade intelectual estão excepcionados do controle de estruturas.

## BIBLIOGRAFIA

### Livros e Periódicos

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Método, 2012. 365 p.

BAINBRIDGE, I. David. **Intellectual Property**. 8ª edição. Harlow: Pearson Education, 2010. 932 p.

BAIOCCHI, Enzo; SICHEL, Ricardo Luiz (Org.). **20 Anos da Lei nº 9.279/1996 – Lei da Propriedade Industrial: Estudos em homenagem ao professor Denis Borges Barbosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. 510 p.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 1842 p.

\_\_\_\_\_. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo IV. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 593 p.

\_\_\_\_\_. **Uma Introdução à Propriedade Intelectual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 951 p.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures: manual prático das associações empresariais**. 3ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 247 p.

\_\_\_\_\_. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. 328 p.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Coisas**. Vol. I. Brasília: Senado Federal, 2003. 435 p.

BINOTTO, Anna. **Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos**. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 6, nº. 1, Maio 2018. P. 232-260.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. 572 p.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: Free Press, 1978. 479 p.

\_\_\_\_\_. **Vertical Integration and the Sherman Act**: the legal history of an economic misconception. In: University of Chicago Law Review. Vol. 22, n. 1, 1954. P. 157-201.

CABANELLAS, Guillermo. **Derecho Antimonopolico y de Defensa de la Competencia**. Buenos Aires: Heliasta, 1983. 877 p.

CAIXETA, Deborah Batista. **Contratos Associativos**: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. In: Revista de Defesa da Concorrência – RDC, Vol. 4, nº 1, Maio 2016. P. 95-132.

CARVALHO, Vinicius Marques de (Org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. 467 p.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Inovação, Cooperação e Concorrência**: desafios para a política antitruste no Brasil. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2014. 302 p.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito antitruste brasileiro**: comentários à Lei n. 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995. 171 p.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Law and Economics**. 6th ed. Pearson, 2016. 555 p.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 229 p.

FEKETE, Elisabeth Kasznar. **O Regime Jurídico do Segredo de Indústria e Comércio no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 489 p.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**: comentários à legislação antitruste. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 492 p.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 508 p.

\_\_\_\_\_. **Contratos Empresariais**: teoria geral e aplicação. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 299 p.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros, 1996. 440 p.

\_\_\_\_\_. **Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE**. São Paulo: Singular, 1998. 865 p.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. 512 p.

\_\_\_\_\_. **Joint Ventures Contratuais**. In: Revista de Informação Legislativa – RIL, Ano 52, n. 207, jul./set. 2015. P. 187-211.

FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Coord.). **Regulação e novas tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 568 p.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. 456 p.

GILBERT, Richard. **Converging Doctrines?** US and EU Antitrust Policy for the Licensing of Intellectual Property (February 2004). University of California, Berkeley, Competition Policy Working Paper.

GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil**: uma visão multidisciplinar. Rio de Janeiro: FGV, 2014. 430 p.

JOHANSSON, Camilla. **Licensing in the perspective of EC Competition Law**. Master thesis, School of Economics and Commercial Law. Göteborg University. 55 p.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2003. 442 p.

MAIELLO, Anna Luiza Duarte. **Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo**. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 2012. 233 p.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à Economia**. 3ª edição. São Paulo: Cengage Learning, 2009. 852 p.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **Direito, Regulação e Economia**: estudos para o debate brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 258 p.

MENDONÇA, Elvino de Carvalho; GOMES, Fábio Luiz; MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade (Org.). **Compêndio de Direito da Concorrência**: Temas de Fronteira. São Paulo: Migalhas, 2015. 462 p.

NIARADI, George Augusto (coord). **Contratos Internacionais**: aspectos gerais e com o poder público. São Paulo: Lex, 2008. 180 p.

NUNES, Ricardo Dutra. **Análise Econômica do Direito e o Sistema de Patentes como Mecanismo de Regulação da Inovação**: Comentários às Corridas por Patentes. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV, 2016. 104 p.

NÚÑEZ, Ana Michavila. **La joint venture contractual en el ámbito internacional**. In: Revista Electrónica de Estudios Internacionales – REEI, nº. 27, Junho 2014. 62 p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. III. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009. 530 p.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. 512 p.

POSNER, Richard A. **The Law & Economics of Intellectual Property**. In: Daedalus, vol. 131, no. 2, spring 2002. P. 5-12.

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. 238 p.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. 196 p.



RITTER, Cyril. **The New Technology Transfer Block Exemption Under EC Competition Law**. Legal Issues of Economic Integration, Vol. 31, No. 3, p. 161, September 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 3ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007. 400 p.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 319 p.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: Juspodivm, 2008. 427 p.

SCHMIDT, Lélío Denicoli. **Marcas**: Aquisição, Exercício e Extinção de Direitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 472 p.

SHEN, Jianming. **Block Exemption for Technology Licensing Agreements under Commission Regulation (EC) No. 240/96**. In: 20 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 251 (1997). P. 251-312.

TIMM, Luciano Benetti; RIBEIRO, Rafael Pellegrini; ESTRELLA, Angela T. Gobbi. **Direito do Comércio Internacional**. Rio de Janeiro: FGV, 2009. 156 p.

TIMM, Luciano Benetti; PARANAGUÁ, Pedro. **Propriedade intelectual, antitruste e desenvolvimento**: o caso da transferência de tecnologia e do software. Rio de Janeiro: FGV, 2009. 184 p.

## **Decisões do CADE**

Ato de Concentração nº. 08700.004957/2013-72

Ato de Concentração nº. 08012.002870/2012-38

Ato de Concentração nº. 08012.011058/2005-74

Ato de Concentração nº. 08012.000182/2010-77

Ato de Concentração nº. 08012.011318/2007-73

Ato de Concentração nº. 08012.010497/2008-11

Ato de Concentração nº. 08012.003128/2009-44

Ato de Concentração nº. 08012.003711/2000-17

Ato de Concentração nº. 08012.003296/2007-78

Ato de Concentração nº. 08012.000344/2010-71

Ato de Concentração nº. 08012.005472/2010-10

Ato de Concentração nº. 08700.003989/2012-70

Ato de Concentração nº. 08700.003897/2012-90

Ato de Concentração nº. 08700.008736/2012-92

Ato de Concentração nº. 08700.000548/2013-05

Ato de Concentração nº. 08700.010858/2012-49

Ato de Concentração nº. 08700.003536/2013-24

Ato de Concentração nº. 08700.007347/2013-20

Ato de Concentração nº. 08700.005590/2014-95

Ato de Concentração nº. 08012.006706/2012-08

Ato de Concentração nº. 08700.003898/2012-34

Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01

Ato de Concentração nº. 08700.006336/2013-23

Ato de Concentração nº. 08700.008301/2014-00

Ato de Concentração nº. 08700.012130/2015-02

Ato de Concentração nº. 08700.002529/2017-39

Ato de Concentração nº. 08700.003715/2017-95

Ato de Concentração nº. 08700.006533/2017-76

Ato de Concentração nº. 08012.002442/2004-23

Ato de Concentração nº. 08700.011952/2015-68

Ato de Concentração nº. 08700.007899/2013-39

Ato de Concentração nº. 08700.005894/2017-03

Ato de Concentração nº. 08700.007226/2016-21

Ato de Concentração nº. 08700.007436/2014-58

Ato de Concentração nº. 08700.006521/2014-07

Ato de Concentração nº. 08700.002435/2013-36

Ato de Concentração nº. 08700.004446/2014-31

Ato de Concentração nº. 08700.005912/2014-04

Ato de Concentração nº. 08700.004654/2014-30

Ato de Concentração nº. 08700.003748/2014-92

Ato de Concentração nº. 08700.005601/2014-37

Ato de Concentração nº. 08700.009218/2014-58

Ato de Concentração nº. 08700.008857/2014-04

Ato de Concentração nº. 08700.012599/2015-33

Ato de Concentração nº. 08700.005689/2016-59

Ato de Concentração nº. 08700.006315/2016-51

Ato de Concentração nº. 08700.006142/2016-71

Consulta nº. 08700.008419/2016-08

Consulta nº. 08700.006858/2016-78

Consulta nº. 08700.008081/2016-86

Procedimento Administrativo de Apuração de Ato de Concentração nº 08012.007161/2013-71

### **Legislação e Guias Oficiais**

BRASIL. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei nº. 8.884, de 11 de junho de 1994.

BRASIL. Lei nº. 9.279, de 14 de maio de 1996.

BRASIL. Lei nº. 9.456, de 25 de abril de 1997.

BRASIL. Lei nº. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei nº. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998.

BRASIL. Lei nº. 9.615, de 24 de março de 1998.

BRASIL. Lei nº. 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

BRASIL. Código Civil – Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Lei nº. 11.484, de 31 de maio de 2007.

BRASIL. Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011.

BRASIL. Medida Provisória nº. 1.950, de 6 de janeiro de 2000.

BRASIL. Medida Provisória nº. 2.055, de 7 de dezembro de 2000.

BRASIL. CADE. Resolução nº. 02, de 29 de maio de 2012.

BRASIL. CADE. Resolução nº. 09, de 1º de outubro de 2014.

BRASIL. CADE. Resolução nº. 10, de 29 de outubro de 2014.

BRASIL. CADE. Resolução nº. 17, de 18 de outubro de 2016.

BRASIL. INPI. Resolução PR nº. 85 de 09 de abril de 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**. 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Federal Trade Commission Premerger Notification Office. **To File or Not to File: When You Must File a Premerger Notification Report Form**. 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 1976 Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (15 USC 18a).

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Code of Federal Regulations, Título 16.

OMPI. Convenção Estabelecendo a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. 1967.

UNIÃO EUROPEIA. **Comunicação Consolidada da Comissão em matéria de competência ao abrigo do Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho**. 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº. 2349/1984 do Conselho. 1984.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº. 556/1989 do Conselho. 1989.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CEE) nº. 4.064/1989 do Conselho. 1989.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº. 240/1996 do Conselho. 1996.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº. 1/2003 do Conselho. 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº. 139/2004 do Conselho. 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº. 772/2004 do Conselho. 2004.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) nº. 316/2014 da Comissão. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Lisboa, 2007.

## ANEXOS – TABELAS COMPLETAS DA PESQUISA EMPÍRICA

**Tabela 5 – Processos Sumários**

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 3670/2018-30	Procter & Gamble Company  Merck KGaA	Aquisição de controle exclusivo do negócio de cuidados com a saúde humana da Merck pela P&G por meio da aquisição de ações e ativos de diversas entidades a ele relacionados.	Não aplicável.	06.06.18	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária e aquisição de ativos diversos.
08700.00 0780/2018-40  (2 resultados)	Ares Trading S.A.  Merck KGaA  Fresenius Kabi Deutschland GmbH	Cessão parcial, pela Merck para a FK, do <i>Collaboration Agreement</i> celebrado entre a Merck e a Bionovis S.A. (aprovado sem restrições pelo CADE em 21.08.14 no Ato de Concentração n°. 08700.003748/2014-92) para a futura produção e comercialização de dois produtos biossimilares (Adalimumab e Bevacizumab). A Merck perdeu o interesse nesses dois produtos, mas seguirá no contrato em relação a outros.	Não aplicável.	06.02.18	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Cessão parcial de posição em contrato.
08700.00 5894/2017-03	Aspen Pharmacare Holdings Limited.  AstraZeneca	Aquisição pela Aspen da titularidade das marcas de um portfólio de produtos anestésicos atualmente detidas e fabricadas pela AstraZeneca, mas que já eram comer-	Não aplicável.	20.09.17	Aprovação sem restrições.	Operação qualificada como aquisição de ativos (art. 90, II, LDC).  Como a Aspen já distribuía os produtos com exclusividade no Brasil, não houve sobreposição hori-



Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	UK Limited	cializadas com exclusividade pela Aspen fora dos EUA.				zontal ou alteração na estrutura do mercado e a integração vertical anterior deixou de existir.
08700.00 5173/2017-95	Itaú Unibanco S.A.  Hub Card S.A.  Paypaxx Administradora de Cartões S.A.	Contrato associativo denominado “Acordo Comercial” que prevê uma parceria entre as partes para emissão de instrumentos de pagamento pré-pagos pela Hub e Paypaxx e a sua oferta, distribuição e comercialização pelo Itaú.	Não foi mencionado.	21.08.17	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não cuida de direitos de propriedade intelectual.  Empreendimento conjunto em um novo negócio. As partes não concorriam entre si antes do acordo, pois os cartões pré-pagos emitidos por elas tinham objetos e públicos diferentes. Foi aprovada pela ausência de sobreposição horizontal e baixa concentração no mercado relevante (cartões pré-pagos).
08700.00 7226/2016-21	Aspen Pharmacare Holdings Limited.  Glaxosmithkline PLC	Aquisição, pela Aspen, de ativos relativos a cinco medicamentos (Ultiva, Tracrium, Nimbex Mivacron e Anectine/Midarine) da GSK (operação global).  A Aspen adquiriu o ágio e a propriedade intelectual, assim como as autorizações de comercialização, contratos, informações comerciais e registros de negócios associados às marcas.	Não aplicável.	31.10.16	Aprovação sem restrições.	Operação qualificada como aquisição de ativos (art. 90, II, LDC).  Os fatores levados em consideração para aprovação foram o pequeno <i>market share</i> das partes e o mercado competitivo.
08700.00 3009/2016-62	Nippon Steel & Sumitomo Metal	Aquisição de participação societária na Usiminas pela Nippon, sem adquirir o controle.	Não aplicável.	13.04.16	Aprovação sem restrições.	Não pertinente à pesquisa. Operação societária.  Foi requerido o não conhecimento, por não haver aquisição de

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
(2 resultados)	Corporation  Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A.					controle, mas o CADE conheceu da operação com base no art. 9º, II, Resolução nº. 2 de 2012.
08700.01 1952/2015-68	ABB Ltd.  Siemens AG	Acordo de não reivindicação de direitos de propriedade intelectual ( <i>Non-Assertion Agreement</i> , com “ <i>covenants not to sue</i> ”).  Patentes das tecnologias HVDC e FACTS.	10/2014	04.12.15	Não conhecimento da operação.	Acordo para acelerar o desenvolvimento da tecnologia, evitando disputas entre as partes.  Não foi considerado associativo por não se enquadrar na resolução.
08700.01 1092/2012-10	Petróleo Brasileiro S.A.  Vale Fertilizantes S.A.	Aquisição pela Petrobras da totalidade das ações da Araucária Nitrogenados S.A., sociedade subsidiária integral da Vale Fertilizantes.	Não aplicável.	28.12.12	Aprovação sem restrições.	Não pertinente à pesquisa. Operação societária.
08700.00 3937/2012-01  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Don Mário Sementes Ltda.	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concedeu à Don Mário licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja intacta RR2 PR no Brasil.  Don Mário é uma melhorista, que paga royalties pela soja RR2 da Monsanto para desenvolver novas variedades de planta.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	11.06.12	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, vencido o Con. Marcos Paulo Verissimo que votou pelo não conhecimento, e,	A Superintendência-Geral recomendou a aprovação sem restrições. O caso foi julgado pelo Tribunal. O relator Alessandro Octaviani votou pela aprovação sem restrições. Ana Frazão pediu para converter o julgamento em diligência e requereu que a Monsanto informasse quais seriam as patentes envolvidas no caso e quais seriam as patentes concorrentes ou substitutas, mesmo que imperfeitas. Ana Frazão

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
					no mérito, por maioria, aprovou-a com restrições, vencidos os conselheiros Elvino de Carvalho e Marcos Paulo Veríssimo que votaram pela aprovação sem restrições.	votou pelo não conhecimento de licenças não exclusivas de patentes, dedicando o voto à questão dos contratos associativos. Elvino de Carvalho Mendonça pediu vista e votou pelo conhecimento e pela aprovação sem restrições. Eduardo Pontual pediu vista e votou pelo conhecimento e pela aprovação com restrições (alteração das cláusulas que permitam controle da Monsanto sobre as licenciadas em decisões comerciais não relacionadas à semente com tecnologia da Monsanto). Ana Frazão e o relator retificaram seus votos e passaram a acompanhar Eduardo Pontual.
08700.00 2435/2013-36	Diamond Holding Vehicle LLC  Nokia Siemens Networks B.V.	Aquisição, pela Diamond, do Negócio Óptico da Nokia, constituído por determinados ativos que permitem a criação, comercialização, distribuição e manutenção de soluções de hardware e software.	Não aplicável.	18.03.13	Aprovação sem restrições.	Aquisição de ativos atinentes ao negócio de fibra ótica da Nokia, não estando claro se houve operações societárias.  Foi mencionada a cessão de direitos de propriedade intelectual, que não foram especificados.
08700.00 7493/2013-56	Pontus JV Holdings, LLC.  Emerson Electric Co. (Artesyn)	Aquisição do controle acionário (51%) da Artesyn Technologies, Inc. por parte da Pontus JV Holdings. Antes da operação, a Artesyn era controlada em 100% pela Emerson.	Não aplicável.	19.08.13	Aprovação sem restrições.	Não pertinente à pesquisa. Operação societária.  Como parte da operação, as partes celebraram um acordo de licença-cruzada de propriedade intelectual, que não foi objeto de análise pelo CADE.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Technologies, Inc.)					
08700.00 8458/2015-16	Petróleo Brasileiro S.A.  Sinopec Exploration And Production (Brazil) Ltda.	Aquisição pela Petrobras dos direitos de exploração da Sinopec de poço de petróleo em regime de concessão. Antes da operação, a Petrobras tinha 80% e a Sinopec 20% do poço. A Sinopec cedeu gratuitamente a sua participação.	Não aplicável.	25.08.15	Aprovação sem restrições.	Não pertinente à pesquisa. Cessão de direitos de exploração/participação em consórcio. Não trata de propriedade intelectual, que é mencionada no estatuto social de uma das partes (por isso apareceu nos resultados).
08700.00 7436/2014-58	Lactalis do Brasil - Comércio, Importação e Exportação de Laticínios Ltda.  LBR Lácteos Brasil S.A.	Aquisição, pela Lactalis Brasil, de 4 unidades produtivas isoladas da LBR Lácteos, que se encontrava em Recuperação Judicial e, como parte do negócio, revogação da licença exclusiva de uso da marca Parmalat que a LBR tinha.  A Parmalat internacional voltou a controlar a marca Parmalat no Brasil e a LBR vendeu ativos para ajudar na sua recuperação judicial.	Não aplicável.	09.09.14	Aprovação sem restrições.	Aquisição de ativos da LBR no âmbito de recuperação judicial, dentre os quais a marca Parmalat no Brasil em razão da revogação pela Lactalis da licença exclusiva que a LBR tinha de uso dessa marca.  Foi aprovado pela reduzida participação das partes nos mercados relevantes.
08700.00 6666/2014-08	Companhia Energética de Minas Gerais  Companhia de Gás de	Aquisição, pela Cemig das ações representativas de 40% do capital social da Gasmig, até então detidas indiretamente pela Petrobras por meio da Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro.	Não aplicável.	13.08.14	Aprovação sem restrições.	Não pertinente à pesquisa. Operação societária.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Minas Gerais					
08700.00 9218/2014-58	Bionovis S.A. – Cia. Brasileira de Biotecnologia Farmacêutica  Janssen Biotech, Inc.  Cilag GmbH International	Contrato de Transferência de Tecnologia e Fornecimento de Informações Confidenciais.  Faz parte de uma Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP) com a Bio-Manguinhos para a produção do medicamento Infliximabe.	Foi aprovada antes da entrada em vigor da primeira resolução.	31.10.14	Aprovação sem restrições.	A decisão não discute o conceito de contrato associativo.  Aprovado em razão da ausência de sobreposição entre os produtos objeto da operação e os ofertados pelas partes, da ausência de elementos que evidenciem eliminação de concorrência potencial e do aumento de oferta representado pela realização da parceria.
08700.00 4446/2014-31	Baker Hughes Oilfield Operations, Inc.  Aker Solutions Inc.	Contrato de Aliança e Pesquisa Conjunta entre a Baker Hughes e a Aker para o desenvolvimento de potenciais oportunidades de negócios relativos às soluções inovadoras de sistemas integrados de produção e desenvolvimento em campos submarinos em âmbito mundial. As partes permanecerão independentes, mas oferecerão conjuntamente seus serviços complementares.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	29.05.14	Aprovação sem restrições.	As partes afirmaram que cada uma empregaria o seu <i>know how</i> para o desenvolvimento conjunto de novas tecnologias e que também exerceriam conjuntamente os esforços comerciais para a venda dos novos negócios.  Não ficou claro quem seria o titular dos direitos sobre as criações desenvolvidas no âmbito do contrato e se haveria licenças cruzadas de direitos de propriedade intelectual como parte da parceria.  Petrobrás é a principal cliente do mercado e afirmou que os produtos das partes são diferenciados e que a

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
						aliança entre elas não afetaria a concorrência no mercado.
08700.00 6521/2014-07	Abbott Laboratories  Mylan Inc.	Aquisição, pela Mylan, dos negócios de medicamentos genéricos de marca em mercados desenvolvidos, exceto nos EUA, da “Divisão Farmacêutica Estabelecida” da Abbott, que, em troca, receberá ações ordinárias da recém-formada sociedade que combinará o negócio já existente da Mylan e o negócio adquirido (“New Mylan”).	Não aplicável.	08.08.14	Aprovação sem restrições.	O contrato foi notificado em função da contra-prestação societária e não por causa da venda dos negócios no exterior, que, embora deva ter envolvido as marcas dos medicamentos, não afeta o mercado nacional.  Aprovado pela ausência de integração vertical e de sobreposição horizontal entre as partes no Brasil.
08700.00 3748/2014-92	Bionovis S.A. - Companhia Brasileira de Biotecnologia Farmacêutica  Ares Trading AS (Merck)  Merck KGaA	Contrato de Colaboração, que estabelece uma parceria entre Bionovis e Merck, por meio da qual a Merck transferirá para a Bionovis, ou para o laboratório público parceiro da Bionovis nos termos do Contrato de Parceria para o Desenvolvimento Produtivo (PDP), a tecnologia relacionada com o desenvolvimento e comercialização de produtos biossimilares e, potencialmente, produtos inovadores, no Brasil, destinados a aquisições privadas e governamentais.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	07.05.14	Aprovação sem restrições.	Fornecimento de <i>know how</i> para fabricação e licenciamento de patentes. Após a transferência da tecnologia, haverá um aumento da concorrência no mercado (mais um fornecedor), o que levou à aprovação do ato. Foi levado em consideração a necessidade de se desenvolver a indústria de biofármacos no país, que possui muitas barreiras à entrada, o fato de a Merck não ser um entrante potencial nesse setor e o fato de a Bionovis não ter começado sua atuação ainda. As dificuldades do setor justificariam as parcerias entre laboratórios para desenvolvê-lo.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 5912/2014-04	Basf Agrochemical Products B.V.  Mitsui Chemicals Agro, INC.	Contrato “Green Field” de licença e desenvolvimento, pelo qual a Mitsui irá conceder à BASF uma licença referente ao ingrediente ativo MCI-8007, para o desenvolvimento e posterior comercialização de nova formulação de inseticida.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	25.07.14	Aprovação sem restrições.	As partes permanecerão independentes e criarão um novo inseticida. Os demais inseticidas de cada parte continuarão a ser vendidos de modo independente no mercado. O CADE considerou que o contrato não alteraria a estrutura atual do mercado relevante e não geraria concentração.
08700.00 4654/2014-30	Bayer AG  Merck & Co, Inc	<p>Acordo de codesenvolvimento e cocomercialização mundial (“<i>Collaboration and Option Agreement</i>”) entre a Bayer e a Merck, por meio de uma subsidiária da Merck, para o desenvolvimento de determinados compostos moduladores de guanilato ciclase solúvel.</p> <p>Bayer e Merck dividirão igualmente custos de desenvolvimento e lucros associados aos moduladores GCs e implementação estratégia conjunta de desenvolvimento e comercialização.</p> <p>A Bayer liderará a comercialização de Adempas nas Américas, enquanto a Merck liderará a comercialização fora das Américas. Para o vericiguat e outros potenciais moduladores GCs ainda em fase de pesquisa, a Bayer liderará a comercialização fora das</p>	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	06.06.14	Aprovação sem restrições.	<p>Segundo a petição inicial, a operação envolve licenças mútuas de direitos de propriedade intelectual, “apenas para fins de desenvolvimento, fabricação e comercialização dos produtos objeto da colaboração”.</p> <p>A operação foi aprovada pela ausência de sobreposição horizontal relativamente aos medicamentos objeto da parceria e aqueles que já faziam parte do portfólio de cada uma das partes e pela irrelevância da receita no Brasil com esses medicamentos (ainda que houvesse sobreposição, ela não seria relevante).</p> <p>A decisão não aborda a qualificação desse acordo como contrato associativo. As requerentes afirmam que notificaram o contrato <i>ad cautelam</i>, pois não seria associativo.</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
		<p>Américas enquanto a Merck liderará a comercialização nas Américas.</p> <p>Ambas empresas terão a opção de co-promover Adempas e os possíveis futuros moduladores GCs nos territórios uma da outra; a copromoção significa que uma parte terá o direito de comercializar ou apresentar detalhes sobre o produto para médicos, mas não terá autoridade sobre preço.</p>				
08700.00 6249/2014-57	Petróleo Brasileiro S.A.  BP Energy do Brasil Ltda.	Aquisição pela BP Energy da participação de 30% detida pela Petrobras em contrato de concessão de poços de petróleo.	Não aplicável.	01.08.14	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual. Apareceu nos resultados por causa da procuração da Petrobras.
08700.00 4618/2014-77	Cybelar Comércio e Indústria Ltda.  Via Varejo S.A.	Transferência para a Cybelar do direito de explorar comercialmente 6 lojas no interior de São Paulo operadas pela Via Varejo, como parte de TCD (termo de compromisso de desempenho) celebrado pela Via Varejo com o CADE no Ato de Concentração que aprovou a fusão Casas Bahia – Ponto Frio.	Não aplicável.	04.06.14	Aprovação sem restrições.	<p>Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.</p> <p>Foi aprovado porque a adquirente não obteria poder de mercado.</p>
08700.00 7899/2013-39	Petróleo Brasileiro S.A.	Aquisição pela Total E&P de 50% dos direitos e obrigações referentes à	Não aplicável.	30.08.13	Aprovação sem restrições	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual. Apareceu nos



Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
(2 resultados)	Total E&P do Brasil Ltda.	participação originariamente detida pela Petrobras em concessão da ANP, sendo que a Petrobras permanecerá como empresa operadora e líder do consórcio.			pelo Tribunal, por unanimidade.	resultados por causa da procuração da Petrobras.  Os autos possuem pareceres dos professores Paula Forgioni, Alexandre Aragão e Celso Campilongo, que sustentam que a cessão de direitos de licitação não se enquadra em nenhuma das hipóteses do art. 90, LDC.
08700.00 5117/2014-08	Eli Lilly and Company  Novartis AG  Novartis Saúde Animal Ltda.	Aquisição, em âmbito mundial, de todas as ações e ativos relacionados ao negócio de saúde animal da Novartis pela Eli Lilly. No Brasil, a Operação consiste na aquisição da Novartis Saúde Animal pela Eli Lilly.	Não aplicável.	25.01.14	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária.  Foi julgado pelo procedimento ordinário. Apesar da sobreposição horizontal, havia forte rivalidade no mercado, o que levou à aprovação.
08700.00 8301/2014-00	Monsanto do Brasil Ltda.  Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária	Contrato de Licenciamento Comercial, por meio do qual a Monsanto concederá à Embrapa o direito não exclusivo de usar a tecnologia Intacta RR2 PRO a fim de desenvolver, testar, produzir e comercializar, no Brasil, variedades de semente de soja.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	02.10.14	Aprovação sem restrições.	Aprovado porque a licença era não exclusiva, sem nenhum tipo de ingerência da Monsanto sobre a Embrapa.  A operação foi qualificada como contrato associativo, mas não há discussão nos autos acerca desse enquadramento.
08700.00 6248/2014-02	Petróleo Brasileiro S.A.  BP Energy	Aquisição pela BP de metade da participação da Petrobras em três blocos de exploração concedidos pela ANP.	Não aplicável.	01.08.14	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Apareceu nos resultados porque a procuração da Petrobras menciona

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	do Brasil Ltda.					poderes de atuação perante o INPI e porque o contrato social da BP menciona direitos de propriedade intelectual.
08700.00 4957/2013-72  (3 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Bayer S.A.	<p>Licenciamento não exclusivo de uso de tecnologia da Monsanto à Bayer para desenvolvimento, teste, produção e comercialização, no Brasil, de variedades de sementes de soja contendo a tecnologia Intacta RR2 PRO.</p> <p>A Bayer desenvolverá produtos próprios com a utilização da tecnologia da Monsanto no germoplasma dos cultivos da Bayer.</p>	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	04.07.13	<p>Conhecimento e aprovação com restrições por unanimidade do Tribunal, nos termos do voto do relator Con.</p> <p>Alessandro Octaviani Luis, que determinou a alteração de cláusulas contratuais que permitiam à Monsanto influenciar os negócios da licenciada.</p>	<p>Seguiu o rito ordinário, mas o resultado somente apareceu na pesquisa pelo rito sumário (que foi requerido na inicial).</p> <p>A Superintendência-Geral opinou pelo não conhecimento da operação e defendeu a sujeição somente ao controle de condutas.</p> <p>O caso foi avocado pelo conselheiro Eduardo Pontual, enquanto estavam pendentes de julgamento os Atos de Concentração da Monsanto de números 08012.002870/2012-38 (Nidera Sementes), 08012.006706/2012-08 (Coodetec), 08700.003898/2012-34 (Don Mario Sementes), e 08700.003937/2012-01 (Syngenta). A Bayer peticionou sustentando a nulidade da avocação por descumprimento dos ritos legais e impetrou um mandado de segurança na Justiça Federal do Distrito Federal para contestar a avocação (processo nº. 43.976-23.2013), cuja liminar foi indeferida. A Bayer desistiu da ação posteriormente.</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
						Pedido de autorização liminar da operação foi negado pelo relator Octaviani. A preliminar de nulidade da advocação também foi rejeitada.
08700.00 5601/2014-37	Pfizer Inc.  Orygen Biotecnologia S.A.	Contrato de Colaboração por meio do qual a Pfizer concederá a Orygen o direito exclusivo de usar sua tecnologia na fabricação e comercialização, no Brasil, de até cinco produtos biológicos (biossimilares) contendo certos princípios ativos. A Orygen celebrará uma Parceria de Desenvolvimento Produtivo (PDP) com a Bio Manguinhos e, talvez, com outros laboratórios públicos para a venda do medicamento.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	16.07.14	Aprovação sem restrições.	Em petição de esclarecimentos em resposta a um pedido de informações pelo CADE, a Pfizer afirmou que não licenciará ou cederá nenhuma patente para a Orygen. Haverá apenas transferência de <i>know how</i> para a fabricação de produtos biossimilares a medicamentos de referência.  Operação foi aprovada pois trará aumento da oferta dos medicamentos em questão no mercado brasileiro. Os altos custos dos remédios biológicos justificam a celebração de parcerias entre laboratórios. A ausência de parceiros estrangeiros com <i>know how</i> retardaria a entrada de concorrentes no Brasil.
08700.00 4230/2012-12	JBS S.A.  SSB Administração e Participações Ltda.	Aquisição de um frigorífico e de um curtume, no Mato Grosso.	Não aplicável.	19.06.12	Aprovação pelo Tribunal mediante celebração de TCD (Termo de Compromisso)	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual. Apareceu nos resultados em razão da menção, numa petição, justamente de que a operação não envolvia propriedade intelectual.  Esse caso foi julgado em conjunto com outros cinco pelo Tribunal. Houve multa de 7 milhões por

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
					de Desempenho)	intempestividade na notificação.
08012.00 6706/2012-08  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Nidera Sementes Ltda.	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concede à Nidera licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PRO no Brasil.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	01.06.12	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrição.	Julgado em conjunto com o Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01, tendo sido adotada a mesma decisão. Ver descrição acima na tabela.
08700.00 3898/2012-34  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Cooperativa Central de Pesquisa Agrícola (Coode-tec).	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concede à Coodetec licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PRO no Brasil.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	06.06.12	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrição.	Julgado em conjunto com o Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01, tendo sido adotada a mesma decisão. Ver descrição acima na tabela.
08012.00 2870/2012-38  (2 resultados)	Mon-santo do Brasil Ltda.  Syngenta Proteção de Cultivos Ltda.	Contrato de Licenciamento, por meio do qual a Monsanto concede à Syngenta licença não exclusiva para desenvolver, testar, produzir e comercializar variedades de sementes de soja Intacta RR2 PRO no Brasil.	Foi aprovada antes de sair a primeira resolução.	23.04.12  (antes da vigência da nova Lei)	O Plenário, por maioria, conheceu da operação, e, no mérito, por maioria, aprovou-a com restrição.	Julgado em conjunto com o Ato de Concentração nº. 08700.003937/2012-01, tendo sido adotada a mesma decisão. Ver descrição acima na tabela.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08012.00 5621/2012-02	<p>Concessionária Transolímpica S.A.</p> <p>Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A - Invepar</p> <p>CCR S.A.</p> <p>Odebrecht Transport Participações S.A.</p>	<p>Concessão à Concessionária Transolímpica dos serviços de implantação e exploração da infraestrutura e da prestação do serviço público de operação, manutenção, monitoração e realização de melhorias da Ligação Transolímpica por 35 anos a partir da data de assinatura do Contrato de Concessão.</p>	Não aplicável.	15.05.12 (antes da vigência da nova Lei)	<p>Aprovação sem restrições, por unanimidade no Tribunal.</p> <p>Julgado no rito da lei antiga.</p>	<p>Não pertinente. Operação societária e contrato de concessão com a Administração Pública.</p> <p>Apareceu nos resultados porque o contrato menciona a cessão incidental de direitos de propriedade intelectual (projetos, plantas, <i>etc</i>) para a Prefeitura pela concessionária.</p> <p>Foi conhecido em função dos critérios da Lei antiga.</p>
08012.00 2764/2010-92	<p>PDG Realty S.A. Empreendimentos e Participações</p> <p>Rio Azul Incorporação Imobiliária Ltda.</p> <p>Toulouse Construtora Ltda.</p>	<p>Associação entre a PDG e a Rio Azul, por meio da criação de uma sociedade denominada PDG Jet Casa S.A., para a qual foram cedidos direitos de propriedade intelectual e outros contratos.</p> <p>O contrato foi notificado por conta da criação da sociedade e não pela cessão de direitos de propriedade intelectual.</p>	Não aplicável.	17.03.10 (antes da vigência da nova Lei)	<p>Aprovado com restrições por unanimidade no Tribunal. Alterações na cláusula de não-concorrência (delimitação geográfica).</p>	<p>Não pertinente. Operação societária.</p> <p>Houve, no entanto, cessão incidental de direitos de propriedade intelectual (marcas e patentes) no âmbito da criação da nova sociedade pelas partes.</p> <p>Foi julgado na vigência da Lei antiga, conforme o rito desta.</p> <p>Aprovado em razão da pequena participação das partes no mercado relevante.</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Jet Casa Industrial Ltda. ME  Kit Casa Industrial Ltda. EPP					

Tabela 6 – Processos Ordinários

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 3955/201 8-71	Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.  Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda.	Contrato de prestação de serviços de intermediação comercial e de distribuição celebrado entre a Cristália e o Instituto Biochimico, por meio do qual a Cristália passou a intermediar com exclusividade a comercialização de determinados medicamentos anteriormente ofertados pelo Biochimico, tanto para o canal hospitalar como para distribuidores.	17/2016	21.06.18	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Não houve discussão acerca dos critérios da Resolução nº. 17/2016 para conhecimento da operação: as próprias partes afirmaram que o contrato seria associativo.
08700.00 1565/201 8-66	Mitsui O.S.K. Lines, Ltd.  Nippon Yusen Kaisha Line.	Manutenção de “Acordo Relativo ao Afretamento de Embarcações” dedicadas exclusivamente ao transporte de automóveis na modalidade <i>Roll On/Roll Off</i> , por intermédio de navios do tipo “ <i>Pure Car and Truck Carrier</i> ”, na rota compreendida entre o Japão e a	17/2016	07.03.18	Não conhecimento.  Não havia o compartilhamento de riscos e	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
		Costa Leste da América do Sul.			resultados.	
08700.00 7412/2017-41	Syngenta Crop Protection AG  Nidera B.V.	Aquisição pela Syngenta de todas as ações emitidas e em circulação do capital social da Nidera Seeds Holding B.V detidas diretamente pela Nidera B.V. e indiretamente pela China National Cereals, Oils and Foodstuffs Corporation.	Não aplicável.	27.11.17	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária.
08700.00 6533/2017-76	Boa Vista Serviços S.A.  Serasa S.A.	Contrato associativo para aquisição e compartilhamento entre as partes de informações de registros públicos de inadimplência mantidos por cartórios de protesto de títulos e de registros empresariais mantidos por juntas comerciais.	17/2016	19.10.17	Não conhecimento.  Não havia o compartilhamento de riscos e resultados.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Cada uma das partes pagava para ter acesso às informações, de modo que a ideia do contrato era compartilhá-las e dividir os custos. A concorrência entre as partes não seria afetada, pois cada uma continuaria independente e prestando os mesmos serviços no mercado.
08700.00 3715/2017-95	TAM Linhas Aéreas  American Airlines Inc.	<i>Joint Business Agreement</i> . Aprofundamento do contrato anterior de <i>code share</i> entre as partes.	17/2016	16.06.17	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Operação conhecida com base na resolução, embora os requisitos não tenham sido expressamente enfrentados/discutidos na decisão.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 1097/2017-49  (4 resultados)	Bayer Aktiengesellschaft  Mon-santo Company	Fusão. Aquisição da Monsanto pela Bayer. Operação global.	Não aplicável.	20.02.17	Aprovado com restrições, mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentrações.	Não pertinente. Operação societária.  Aprovado com restrições por maioria (4 a 2), tendo os dois votos divergentes defendido a reprovação da operação.
08700.00 3408/2017-12	Aliança Navegação e Logística Ltda  Hamburg Südamerikanische Dampfschiff-fahrtsGesellschaft KG  Hapag Lloyd AG	<i>Vessel Sharing Agreement.</i>	Não foi mencionado.	01.06.17	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Não tratou dos requisitos da resolução, embora tenha conhecido da operação como contrato associativo.
08700.00 2350/2017-81	A.P Moller - Maersk A/S  Hamburg Südamerikanische Dampfschiff-fahrts	Aquisição de ações e ativos da Hamburg pela Maersk. Aquisição do controle. Após o fechamento, a HSDG se tornará uma unidade de negócios pertencente à Maersk.	Não aplicável.	17.04.17	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária.



Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	-Gesellschaft KG					
08700.00 2529/2017-39	Tam Linhas Aéreas S.A.  Qatar Airways Q.C.S.C.	Contrato de <i>codeshare</i> típico, sem previsão de que os preços de Latam e Qatar sejam estipulados de maneira conjunta.	17/2016	26.04.17	Não conhecimento. Não havia compartilhamento de riscos e resultados.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.
08700.00 2165/2017-97	Arcelor-mittal Brasil S.A.  Votorantim S.A.	Aquisição pela ArcelorMittal da Votorantim Siderurgia.	Não aplicável.	08.04.17	Aprovado com restrições, mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentrações.	Não pertinente. Operação societária.  Aprovado com restrições por maioria (4 a 2), tendo os dois votos divergentes defendido a reprovação da operação.
08700.00 2155/2017-51	Companhia Ultragaz S.A.  Liquigás Distribuidora S.A.	Aquisição pela Ultragaz da Liquigás (pertencente à Petrobras).	Não aplicável.	07.04.17	Reprovação.	Não pertinente. Operação societária.  Reprovado por maioria (5 a 2), tendo os dois votos divergentes defendido a aprovação mediante celebração de ACC (Acordo em Controle de Concentrações).
08700.00 1606/2017-33	CMA CGM S.A.	<i>Vessel Sharing Agreement</i> . Operação conjunta de uma linha de transporte marítimo internacional regular	17/2016	16.03.17	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Hamburg Südamerikanische Dampfschiff-fahrts-Gesellschaft KG  Nile Dutch Africa Line BV	de contêineres e o compartilhamento de espaço ( <i>slots</i> ) para alocação de contêineres.				
08700.00 1347/2017-41	Localiza Rent a Car S.A.  Car Rental Systems do Brasil Locação de Veículos Ltda.	Contrato de Compra e Venda de Quotas, pelo qual a Localiza adquiriu na integralidade a Car Rental, que explorava a marca americana Hertz no Brasil.  <i>Brand Cooperation Agreement</i> , relativo ao uso da marca Hertz junto com a marca Localiza no Brasil (contrato associativo).  <i>Referral Agreement</i> , que regula os mecanismos de indicação mútua de clientes entre o Grupo Localiza e o Grupo Hertz onde apenas uma das empresas tiver atuação.	Não foi mencionado	06.03.17	Aprovação sem restrições.	Além da operação societária, pela qual a Localiza adquiriu a subsidiária brasileira do Grupo Hertz, há um contrato associativo de utilização conjunta das marcas Localiza e Hertz. Os clientes de uma marca poderão usar a rede da outra, no Brasil e no exterior. Além da promoção, desenvolvimento e utilização conjunta das marcas, prevê-se o compartilhamento das melhores práticas disponíveis em tecnologia e <i>know-how</i> operacional das empresas.  Aprovado em razão da existência de rivalidade efetiva e de baixas barreiras à entrada nos mercados relevantes afetados (locação, terceirização de frotas e venda de veículos usados).

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
						Não foram enfrentados os requisitos da resolução na decisão.
08700.00 6315/2016-51  (2 resultados)	Warner Bros. Home Entertainment Inc.  Sonopress Rimo Indústria e Comércio Fonográfica S.A.	<i>Video Game License Agreement.</i>  Warner licencia o conteúdo e a Sonopress-Rimo manufatura e distribui as mídias físicas para o mercado.	10/2014	09.09.16	Aprovação sem restrições.	A operação foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10/2014.  Integração vertical sem problemas concorrenciais em razão do mercado em declínio (mídia física) e da ausência de poder de mercado da Warner no licenciamento de propriedade intelectual no Brasil.
08700.00 6556/2016-08	TAM Linhas Aéreas  Qatar Airways Q.C.S.C.	Aquisição de participação societária realizada pela Qatar na LATAM.	Não aplicável.	27.09.16	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária.
08700.00 5689/2016-59  (2 resultados)	Warner Bros. Home Entertainment Inc.  Sony DADC Brasil Ind. Com. e Dist. Video Fonográfica Ltda.	<i>Video Game License Agreement.</i>  Warner licencia o conteúdo e a Sony replica e distribui as mídias físicas para o mercado.	10/2014	28.07.16	Aprovação sem restrições.	A operação foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10/2014.  Integração vertical sem problemas concorrenciais em razão do mercado em declínio (mídia física) e da ausência de poder de mercado da Warner no licenciamento de propriedade intelectual no Brasil.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.00 6269/2016-90	China National Agro-chemical Corporation  Syngenta AG	Aquisição do controle indireto sobre a Syngenta pela ChemChina.	Não aplicável.	05.09.16	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária.
08700.00 6142/2016-71	Banco Itaucard S.A.  Multi-plus S.A.	Parceria para emissão de cartão de crédito <i>co-brand</i> (uso das marcas).	10/2014	29.08.16	Aprovação sem restrições.	A parceria não teria capacidade para fechar os mercados envolvidos, nem teria incentivos para tanto.
08700.00 6723/2015-21	TVSBT Canal 4 de São Paulo S.A.  Rádio e Televisão Record S.A.  TV Ômega Ltda.	Criação da <i>joint venture</i> SIMBA Content (SBT, Record e RedeTV!) para licenciamento de direitos dos canais em TV fechada (empacotadora).	Não aplicável.	02.07.15	Aprovação sem restrições pela SG. Houve recurso das operadoras. Operação aprovada pelo Tribunal, condicionada a ACC.	Não pertinente. Formação de <i>joint venture</i> .  Aprovada em razão da grande rivalidade no mercado. Ainda que a <i>joint venture</i> ganhe certo poder de barganha em comparação com o <i>status quo</i> , não teria incentivos nem capacidade suficiente para cobrar um preço que inviabilizasse sua única fonte de renda atual (publicidade), tornando, portanto, improvável o exercício de poder de mercado.
08700.00 2432/2016-45	Ambev S.A.  Brasil Kirin Bebidas Ltda.	Aquisição, pela Ambev, da planta industrial de produção e envase de bebidas alcoólicas e não alcoólicas da Brasil Kirin localizada em Cachoeiras de Macacu.	Não aplicável.	04.04.16	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Aquisição de operação/imóvel.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.01 2341/2015-37	NV Bekaert SA  Ontario Teachers Pension Plan Board	Formação de <i>joint venture</i> que reunirá os negócios de cabos de aço da Bekaert e da Bridon.	Não aplicável.	15.12.15	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Formação de <i>joint venture</i> .
08700.01 2599/2015-33	Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo – Fonográfica Ltda.  Warner Bros. Home Entertainment Inc.	Renovação de contrato de replicação e distribuição de produtos físicos de entretenimento doméstico (filmes e música).	10/2014	23.12.15	Aprovação sem restrições.	A operação foi conhecida com base nos critérios da Resolução nº. 10/2014.  Aprovada em razão do improvável exercício de poder de mercado, dado que o mercado está em declínio (mídias físicas).
08700.01 2130/2015-02	Dow AgroSciences Industrial Ltda.  Monsanto do Brasil Ltda.	Contrato de Fornecimento por meio do qual a Monsanto se compromete a comprar e a Dow a fornecer o produto herbicida produzido pela Dow, formulado com o ingrediente ativo haloxifope (produzido pela Dow), sob a marca registrada “Gallant”, também de titularidade da Dow. O produto será fornecido já embalado e pronto para venda, a qual ocorrerá somente no Bra-	10/2014	11.12.15	Aprovação sem restrições.	O objetivo da Dow é aumentar as vendas de seu herbicida no Brasil, ao passo que a Monsanto pretende incluir esse novo produto para aumentar a variedade de seu portfólio. Como a cláusula de exclusividade era unilateral, o CADE não considerou relevante.  O CADE conheceu com base na resolução porque o prazo do contrato era superior a dois anos e as

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
		<p>sil. A Monsanto se comprometeu a adquirir o haloxifope exclusivamente da Dow, mas a Dow está livre para vendê-lo para terceiros. A Dow irá licenciar a marca Gallant para a Monsanto.</p>				<p>partes detinham market share superior a 20% (relação horizontal).</p> <p>O CADE considerou não se tratar de uma sobreposição horizontal clássica, tendo em vista tratar-se apenas de contrato de fornecimento para codistribuição. Logo, não haveria um aumento no poder de mercado, a menos que as empresas se coordenassem entre si, mas o contrato previa meios para evitar que isso ocorresse (cláusulas que impedem a troca de informações sensíveis, por exemplo). Eventual colusão entre as partes seria objeto do controle de condutas. Ademais, o CADE considerou haver rivalidade suficiente no mercado, sobretudo em função da capacidade ociosa de concorrentes, que poderiam suprir a demanda de consumidores que deixassem de comprar da Monsanto/Dow. Há também flexibilidade da demanda, que pode variar diferentes princípios ativos; ausência de fidelidade à marca; os concorrentes também são grandes multinacionais; os produtores podem fazer uso <i>off label</i> (produtos indicados para uma cultura serem usados em outra que não está na bula).</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
08700.01 0947/201 5-38	Mitsui Gás e Energia do Brasil Ltda.  Mitsui & Co., Ltd  Petróleo Brasi- leiro S.A.	Aquisição, por parte da Mitsui Brasil de participação minoritária no capital social da Petrobras Gás S.A. - Gaspetro	Não apli- cável.	04.11.15	Aprova- ção sem restri- ções.	Não pertinente. Operação societária.
08700.01 0858/201 2-49	TAM Li- nhas Aé- reas S.A.  Ameri- can Airli- nes, Inc.	<i>Codeshare</i> . Complementa- ção das malhas das companhias.	Foi apro- vada antes de sair a primeira resolução.	17.12.12	Aprova- ção sem restri- ções.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Não haverá troca de in- formações concorrencial- mente sensíveis, não ha- verá redução de rotas ou de frequência, decisões das empresas continuam separadas (preços, etc).
08700.00 1311/201 3-33	Baxter Internacional Inc.  Indap Sweden AB	Aquisição pela Baxter da totalidade das ações ordi- nárias da Indap Holding, controladora da Gambro, atualmente detidas pela In- dap Sweden.	Não apli- cável.	15.02.13	Aprova- ção sem restri- ções.	Não pertinente. Operação societária.
08700.00 4226/201 2-46	JBS S.A.  Tiroleza Alimen- tos Ltda.  Rodo GS - Trans- portes e	Aquisição pela JBS de uni- dade frigorífica da Tiroleza e Rodo GS localizada em Ponta Porã/MS. A aquisi- ção compreendeu não só o imóvel, mas também os ativos e equipamentos uti- lizados no abate bovino e na produção de carne bo- vina <i>in natura</i> , além de	Não apli- cável.	19.06.12	Aprova- ção me- diante TCD (Termo de Com- promisso de De- sempe- nho).	Não pertinente. Aquisi- ção de empresas e ativos operacionais.

Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Logística Ltda.	dois centros de distribuição localizados em São José dos Pinhais/PR e Itajaí/SC.				
08700.00 6503/2015-06	RV Empreendimentos Ltda.  Silcar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda.	Aquisição, pela RV e/ou empresas a ela relacionadas, da totalidade das participações societárias detidas pela Silcar em sociedades de cimento e de concreto.	Não aplicável.	23.06.15	Aprovação sem restrições.	Não pertinente. Operação societária.
08700.00 5637/2015-00	Fibria International Trade GmbH  Klabin S.A.	Contrato para Fornecimento de Celulose de Eucalipto. Cláusula de compra de quantidades mínimas e de exclusividade territorial (destinação dos produtos).	10/2014	05.06.15	Aprovação sem restrições.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Não diminuiu a concorrência no mercado relevante, pois o produto final era destinado à exportação.
08012.00 3521/2008-57	Novartis AG  Alcon, INC	Aquisição pela Novartis do controle da Alcon por meio da compra de todas as ações com direito a voto da Alcon pertencentes à Nestlé, a ser realizada em duas etapas.	Não aplicável.	28.04.08 (antes da vigência da Lei de 2011)	Aprovação mediante TCD (Termo de Compromisso de Desempenho).	Não pertinente. Operação societária.  Discutiu-se a alienação para terceiros dos ativos intangíveis relacionados aos produtos Patanol ou Zaditen, incluindo a marca e a formulação. Determinou-se a venda da marca Zaditen.
08700.00 8857/2014-04	Mon-santo do	Monsanto concede à Dow o direito não exclusivo de usar a tecnologia Intacta	Não mencionado na decisão.	21.10.14	Aprovação sem	A Monsanto era a monopolista do mercado à montante com a RR1, que detinha 88% do



Processo	Partes	Objeto	Resolução aplicada	Data de entrada	Decisão do CADE	Observações
	Brasil Ltda.  Dow Agros-ci-ences Se-mentes e Biotec-nologia Brasil Ltda.	RR2 PRO a fim de desen-volver, testar, produzir e comercializar, no Brasil, variedades de semente de soja.  Integração vertical. Mer-cado à montante (desen-volvimento de tecnologia transgênica) e mercado à jusante (melhoria de culti-vares, criação e distribui-ção de sementes).			restri-ções.	mercado. Não há dados para a RR2 (objeto do contrato), mas como a RR1 já está em domínio público (o que mitiga o poder de mercado da Monsanto) e a RR2 está sendo licenciada sem ex-clusividade para a Dow (uma concorrente), os riscos de fechamento do mercado à jusante são pequenos, de modo que a operação seria pró-competitiva. Ademais, as cláusulas do contrato não estabeleciam barreiras à entrada ou custos de saída para a licenciada.

**Tabela 7 – Consultas**

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
08700.00 8419/201 6-08	EA Swiss SÀRL  Warner Bros. Home Enter-tainment Inc.	Contrato de Licencia-mento de Jogos, pelo qual a EA outorgará à Warner licença exclusiva para replicar, manufatu-rar e distribuir os Produ-tos EA (títulos de jogos eletrônicos) em formato físico no Brasil.	17/2016	16.12.16	Não se enquadra na reso-lução.	Relator Gilvandro Vas-concelos Coelho de Ara-újo considerou que não havia formação de um empreendimento comum porque, embora as partes fossem concorrentes no mercado de jogos, no contrato a licenciada as-sumiria a posição de re-plicadora e distribuidora dos conteúdos da licenci-ante, em relação vertical. “Não há compartilha-mento de riscos e resulta-dos em função da forma

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
						de pagamento pelo licenciamento, que prevê uma remuneração pré-estabelecida”. “As Consulentes não partilham as decisões qualitativas e quantitativas da oferta sobre o mercado de jogos”, “as atividades de <i>marketing</i> e propaganda permanecem segregadas” e quanto aos “aspectos relacionados à responsabilidade, destaca-se uma independência das empresas”.
08700.00 8081/201 6-86	CMA CGM S.A.  Hamburg Südame- rikanis- che Da- mps- chiff- fahrts- Gesellsc haft KG	Contrato de compartilhamento de embarcações ( <i>vessel sharing agreement</i> – VSA), por meio do qual as Consulentes se comprometem a disponibilizar e operar navios em uma linha regular, de frequência semanal, entre a Costa Leste da América do Sul e o Oeste e Sul da África, em ambos os sentidos.	17/2016	02.12.16	Enquadra-se na resolução.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Questões operacionais são decididas conjuntamente pelas partes, que definem todo o lado da oferta no mercado. São compartilhados diversos custos e riscos da atividade. Logo, ocorre a formação de um empreendimento em comum (ao contrário dos <i>Slot Charter Agreements</i> , também comuns nesse mercado).
08700.00 7192/201 5-94	Centro de Gestão de Meios de Pagamentos S.A.  Conectar Soluções de	Contratos de prestação de serviço de leitura de etiquetas eletrônicas por radiofrequência, pelo qual a Conectar prestará o serviço de leitura de TAGs à CGMP e, reversamente, nos estacionamentos onde a CGMP já tenha suas antenas instaladas e a Conectar de-	10/2014	22.07.15	Não se enquadra na resolução.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Foi considerada relação vertical e, embora não houvesse dados de <i>market share</i> para analisar, concluiu-se não haver compartilhamento de riscos, ativos, receitas ou prejuízos entre as partes,

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
	Mobili- dade Ele- trônica S.A.	seje atuar, a CGPM pres- tará os serviços de leitura de TAGs à Conectar.				além de não haver exclu- sividade, de modo que não poderia ser conside- rado um contrato associ- ativo.
08700.00 6858/201 6-78	Hamburg Südameri- kanische Dampfschiff- fahrts- Gesell- schaft KG	<i>Slot Charter Agreement</i> , celebrado entre a Ham- burg e a Hapag-Lloyd AG, destinado ao aluguel de espaço em navio para colocação de contêineres ( <i>slots</i> ) para transporte in- ternacional porto-a- porto.	17/2016	17.10.16	Não se enquadra na reso- lução.	<p>Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.</p> <p>A consulta foi apresen- tada sobre a Resolução nº. 10/2014, mas o CADE respondeu sobre a Resolução nº. 17/2016, porque esta havia acabado de ser editada.</p> <p>Por unanimidade, o CADE considerou que o contrato de <i>slot charter</i> não caracterizava um empreendimento em co- mum e não importava no compartilhamento de ris- cos e resultados, na me- dida em que as partes continuavam a manter separadas suas atividades de comercialização do serviço de transporte ma- rítimo de cargas, sem qualquer interferência de uma sobre a outra. Apu- rou-se que os canais de venda e a definição dos preços seguiam aparta- dos e independentes, sem que qualquer parte man- tivesse relações diretas com os clientes da outra e sem que houvesse troca de informações concor- rencialmente sensíveis entre elas. Ademais, cada parte somente utilizava</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
						os seus próprios contêineres para atender seus respectivos clientes (para os quais não importa, em tese, se o transporte da carga é realizado em navios próprios da transportadora ou terceirizados), permanecendo responsável ainda por carregá-los e descarregá-los, assim como pelos custos operacionais envolvidos, tais como o pagamento das tarifas dos terminais portuários, entre outros.
08700.01 0927/2015-67	Polimix Concreto Ltda.	Contratos de fornecimento de insumos para fabricação de cimento e preparo de concreto, celebrados entre a Polimix e Votorantim Cimentos Ltda.	10/2014	04.11.15	Enquadra-se na resolução, caso sejam mantidas cláusulas de preferência cruzada que se equiparam à exclusividade.	<p>Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.</p> <p>A princípio, os contratos poderiam ser entendidos como simples relação comercial de fornecimento e não há cláusula expressa de exclusividade. No entanto, o contrato prevê “direito de primeira oferta” para a Votorantim no caso de a Polimix desejar ampliar o volume adquirido, e paralelamente, o “direito de preferência” para a Polimix caso a Votorantim possua excedentes e deseje comercializá-los a terceiros. Esses direitos de preferência cruzada podem ser equiparados a uma cláusula de exclusividade, produzindo efeitos jurídico-econômicos equivalentes, tais como o desincentivo que o conhecimento do conteúdo</p>

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
						dessa cláusula é capaz de gerar entre os demais agentes do mercado, que ficam desencorajados a propor preços competitivos pelo produto ou serviço do fornecedor. Assim sendo, apesar de não significar diretamente uma exclusividade, é clara a possibilidade de elevação das barreiras à entrada e de consequente fechamento do mercado, uma vez que, para concorrer com as partes, a empresa concorrente teria que “cobrir” os incentivos oferecidos pela rival. Portanto, diante da presença de um potencial efeito exclusionário dessas cláusulas, equiparáveis a relações de exclusividade, o contrato seria associativo e, portanto, deve ser notificado ao CADE.
08700.00 0207/2014-02	Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP	Obrigatoriedade de notificação de operações de cessão de direitos e obrigações referentes a contratos de concessão para exploração e produção de petróleo e gás natural.	Anterior às resoluções.	10.01.14	Notificação obrigatória de alterações da titularidade dos contratos.	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.  Voto-vista do conselheiro Gilvandro de Araújo destacou uma “dupla incidência dos contratos sob análise no artigo 90: trata-se de ativo (inciso II) e também de contrato associativo (inciso IV)”.
08700.00 6564/2014-85	Castrolândia - Cooperativa	Contrato de Parceria entre a Castrolândia e a Capital Cooperativa Agroindustrial para disciplinar a	10/2014	11.08.14	Necessidade de notificação caso	Não pertinente, pois não trata de propriedade intelectual.

Processo	Partes	Objeto	Resolução consultada	Data de entrada	Resposta do CADE	Observações
	Agroindustrial Ltda.	operação conjunta de uma unidade industrial de processamento de carne.			sejam preenchidos os requisitos da resolução, editada após o protocolo da consulta.	A relatora Ana Frazão destacou que a operação constituiria uma <i>joint venture</i> , que seria caracterizada pela (i) existência de um empreendimento comum; (ii) pela assunção compartilhada do risco empresarial; (iii) pela existência de uma organização própria que permite acompanhar, executar e monitorar a realização da empresa comum e (iv) pela criação de um novo centro de poder empresarial; além da duração longa do contrato (mínimo de 10 anos).
08700.01 0488/2014-01	International Finance Corporation – IFC	Necessidade de submissão das aquisições de participação societária minoritária do IFC ao CADE, tendo em vista a imunidade legal desta organização internacional.	Não aplicável.	12.12.14	O IFC não é imune ao controle de estruturas pelo CADE em razão de sua natureza jurídica.	Não é pertinente, pois trata de operações societárias (aquisição de participação).  Os autos possuem parecer do prof. Calixto Salomão Filho.
08700.00 2392/2014-70	Não aplicável.	Consulta pública sobre alterações no Regimento Interno do CADE.	Não aplicável.	20.03.14	Não aplicável.	Não pertinente.  Consulta Pública no. 02/2014 – Consulta pública do próprio CADE sobre regulamentação.

<b>Processo</b>	<b>Partes</b>	<b>Objeto</b>	<b>Resolução consultada</b>	<b>Data de entrada</b>	<b>Resposta do CADE</b>	<b>Observações</b>
08700.00 2393/2014-14	Não aplicável.	Consulta pública sobre a adoção de resolução para definir contratos associativos.	10/2014	20.03.14	Não aplicável.	Não pertinente.  Consulta Pública no. 03/2014 – Consulta pública do próprio CADE sobre regulamentação.
08700.00 2394/2014-69	Não aplicável.	Consulta pública sobre alterações na Resolução no. 2 de 2012 do CADE.	Não aplicável.	20.03.14	Não aplicável.	Não pertinente.  Consulta Pública no. 01/2014 – Consulta pública do próprio CADE sobre regulamentação.