

# Economic Analysis of Law Review

## A Transferência de Titularidade de Marca Como Remédio Concorrencial: Análise de Seus Fundamentos Econômicos e Legais, Aplicação Prática e Efetividade

*Transfer of Trademark Rights as Antitrust Remedy: Analysis of Economic and Legal Justifications, Utilization  
in Practice and Effectiveness*

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva<sup>1</sup>  
Universidade do Rio de Janeiro

Leonardo da Silva Sant'Anna<sup>2</sup>  
Universidade do Rio de Janeiro

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a aplicação, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da transferência de titularidade de marcas – assim entendidas como o licenciamento, cessão e suspensão de uso – como remédio concorrencial. Neste sentido, em operações com potencial danoso ao mercado, o CADE pode determinar restrições comportamentais e estruturais (ou ambas) de modo a reestabelecer a concorrência. Em mercados nos quais a diferenciação entre produtos e serviços possui grande importância, a transferência de titularidade de marcas pode se mostrar como importante remédio concorrencial para garantir as condições de concorrência no mercado. Assim, é necessário endereçar seus fundamentos econômicos e legais, assim como a jurisprudência do CADE a respeito do tema, de modo a analisar a sua aplicação e sua efetividade, traçando tendências e recomendações para seu uso.

**Palavras-chave:** Política de Defesa da Concorrência; Marcas; Controle de Estruturas; Remédios Concorrenciais.

**JEL:** K21, L49

### ABSTRACT

This study has the purpose of analyzing the use, by the Administrative Council for Economic Defense (CADE), of the transfer of trademark rights – whether by licensing, sale or suspension of use – as an antitrust remedy. In the analysis of transactions potentially harmful to the market, CADE can impose behavioral or structural restrictions (or both) in order to reestablish competition. If the affected market is characterized by differentiation of products and services, the transfer of trademark rights can be an important antitrust remedy to ensure competition. Therefore, it is necessary to address the legal and economic reasoning of the transfer of trademark rights as antitrust remedy, as well as CADE's case law regarding the subject, in order to analyze its effectiveness and to point out trends and recommendations for its use.

**Keywords:** Antitrust Policy; Trademarks; Market Structure control; Antitrust Remedies.

**R:** 03/01/15 **A:** 30/03/16 **P:** 30/06/16

<sup>1</sup> E-mail: [ricardovmafra@gmail.com](mailto:ricardovmafra@gmail.com).

<sup>2</sup> E-mail: [lsantana44@gmail.com](mailto:lsantana44@gmail.com).

## 1. Introdução

Os negócios jurídicos que promovem a concentração de mercado – alocando para a mesma pessoa a titularidade de empresas<sup>3</sup> concorrentes – são sujeitos ao controle de estruturas do direito concorrencial. A proteção da livre concorrência no Brasil possui fundamento constitucional<sup>4</sup> e foi consagrada por meio da Lei nº 12.529/2011<sup>5</sup>. A lógica da defesa da concorrência gira em torno de dois tipos de atuação distintos<sup>6</sup>: (i) a atuação repressiva, que busca combater os atos anticompetitivos já manifestados<sup>7</sup>; e (ii) atuação preventiva, por meio do controle de estruturas de mercado, visando evitar a concentração excessiva do poder de mercado que não seja compensada por eficiências econômicas<sup>8</sup>.

Em âmbito de atuação preventiva, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) tem competência para analisar atos de concentração que sejam de notificação obrigatória à autoridade concorrencial, podendo impor restrições a estas operações ou condicionar

<sup>3</sup> O termo “empresa” será utilizado neste artigo em sua acepção objetiva, isto é, de atividade econômica organizada, conforme se depreende da definição de empresário disposta no artigo 966 da Lei nº 10.406/2002. A Lei nº 12.529/2011, que dispõe sobre a defesa da concorrência no Brasil e a repressão ao abuso de poder econômico, no entanto, utiliza o termo “empresa” em sua acepção subjetiva. Por ser tecnicamente mais preciso, este estudo utilizará a expressão “agente econômico” ao se referir ao sujeito de direito ao qual se refere a legislação concorrencial, enquanto o termo “empresa” será utilizado apenas para denominar a atividade empresarial.

<sup>4</sup> Cf. artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal da República do Brasil de 1988: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]IV - livre concorrência”. O princípio da livre concorrência está intimamente ligado ao da livre iniciativa (parágrafo único do artigo 170 da Constituição) e à repressão ao abuso de poder econômico (artigo 173, parágrafo 4º). Ao discorrer sobre o significado do princípio da livre concorrência na Constituição, Eros Roberto Grau (2012, p. 205) inicia reconhecendo que “[a] livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio. Como tal contemplada no art. 170, IV, compõe-se, ao lado de outros, no grupo do que tem sido referido como ‘princípios da ordem econômica’”.

<sup>5</sup> Anteriormente, a defesa da concorrência foi objeto de leis ordinárias atualmente revogadas, como a Lei nº 8.884/1994, a Lei nº 8.158/1991 e Lei nº 4.137/1962. Com relação a este último, Forgioni relata “surto de vigência” da Lei nº 4.137/1962 (FORGIONI, 2012, pp. 119 e ss).

<sup>6</sup> Importante destacar que as duas atuações, a repressiva e a preventiva (também chamadas de disciplina dos comportamentos e disciplina das estruturas, respectivamente), devem ser encaradas como complementares. A razão disto é que a separação das duas atuações é pautada no entendimento de que a estrutura do mercado condiciona o comportamento dos seus agentes econômicos. Em outras palavras, quanto maior a concentração de mercado, mais provável será a ocorrência de abuso de poder de mercado. O fundamento desta teoria é o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho, desenvolvida pelos Edward Chamberlin e Edward S. Mason, com base, principalmente, nas teorias de Cournot no século XIX (HOVENKAMP, 2005, p. 43).

<sup>7</sup> Tais atos são punidos se observadas as condições do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante”.

<sup>8</sup> O controle de estruturas é fundamentado nos artigos 88 e seguintes da Lei nº 12.529/2011: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)”. Estes números foram atualizados para R\$750.000.000,00 e R\$75.000.000,00, respectivamente, pela Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012, do Ministério da Justiça e Ministério da Fazenda.

a sua aprovação à realização de determinados atos pelas partes envolvidas no negócio jurídico. Neste sentido, a Lei nº 12.529/2011 permite ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (“Tribunal”)<sup>9</sup> determinar “restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados”<sup>10</sup>.

Dentre as restrições possíveis, incluem-se<sup>11</sup>: (i) venda de ativos; (ii) cisão de sociedade; (iii) alienação de controle societário; (iv) separação contábil ou jurídica de atividades; (v) licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e (vi) qualquer outro ato julgado necessário pela autarquia.

Além da possibilidade de impor restrições, o Tribunal também pode optar por solução negociada, condicionando a aprovação de uma operação a determinados atos que as partes interessadas realizarão voluntariamente. Neste caso, celebra-se Acordo em Controle de Concentrações<sup>12</sup>.

As restrições ou condicionantes a serem impostas pelo CADE dividem-se, em razão de sua natureza, em medidas comportamentais ou estruturais. A medida será estrutural quando alterar a estrutura do mercado, promovendo a transferência de ativos entre agentes econômicos. Por outro lado, a medida será comportamental quando impuser obrigações de fazer ou não fazer às partes. Neste sentido, evidencia-se a complementariedade das atuações em âmbito preventivo e repressivo da autoridade concorrencial: problemas estruturais (concentração de mercado) podem ser corrigidos tanto por meio de medidas também estruturais (desconcentração), como por medidas comportamentais<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> O Tribunal é um órgão colegiado judicante, composto de um Presidente e seis Conselheiros (artigo 6º da Lei nº 12.529/2011) que tem como competências, dentre outras, emitir a decisão final do CADE a respeito de infrações à ordem econômica e decidir acerca de atos de concentração avocados por um Conselheiro ou remetidos à sua apreciação em razão de impugnação oferecida pela Superintendência-Geral do CADE (cf. incisos I a XIX do artigo 9º da Lei nº 12.529/2011).

<sup>10</sup> Artigo 61, parágrafo 1º, da Lei nº 12.529/2011.

<sup>11</sup> Artigo 61, parágrafo 2º, da Lei nº 12.529/2011. Importante ressaltar que a lista de restrições possíveis é meramente exemplificativa. Além de o inciso VI do parágrafo 2º da Lei nº 12.529/2011 permitir ao Tribunal impor “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”, a redação do parágrafo 2º em si também dá margem para essa interpretação, ao utilizar o termo “incluem” (que, por interpretação semântica, não elimina a possibilidade de adoção de outras medidas não expressamente mencionadas).

<sup>12</sup> Cumpre ressaltar que o artigo 92 da Lei nº 12.529/2011, que regulamentava o Acordo em Controle de Concentrações foi vetado pela Presidência da República, por meio da Mensagem de Veto nº 536/2011. As razões do veto foram as seguintes: “[o]s dispositivos restringem a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”. Apesar do veto, a sua própria fundamentação deixou claro que o Acordo em Controle de Concentrações em si não deixou de existir, dada a sua relevância para a política de defesa da concorrência. Neste sentido, “[a]pesar de não constar expressamente da Lei 12.529/2011, a possibilidade de negociação de acordo em atos de concentração permanece existente no novo sistema de controle de estruturas. Espera-se que o Cade venha a disciplinar o seu procedimento por meio de resolução específica ou por meio do seu Regimento Interno” (CARVALHO *et al*, 2011, p. 216). De fato, o procedimento para a negociação de Acordo em Controle de Concentrações encontra-se atualmente regulamentado por meio do artigo 125 da Resolução do CADE nº 1/2012 (Regimento Interno).

<sup>13</sup> “Uma análise meramente estrutural do poder no mercado levou à conclusão de que não é possível sancionar o poder de mercado em si e por si. É, por outro lado, possível aplicar uma sanção estrutural, até mesmo levando à transformação ou ao desaparecimento da personalidade jurídica original como sanção a um comportamento. A

Uma das ferramentas amplamente utilizadas pelo CADE é a transferência de titularidade de marcas, que pode ser tanto temporária (por meio de licenciamento) quanto permanente (por meio de cessão). Além disso, a autarquia já utilizou a suspensão da utilização de marca em determinados casos (neste caso, como medida comportamental, pois trata-se de obrigação de não fazer – *i.e.*, não utilizar a marca).

O escopo do presente estudo será limitado à utilização da medida estrutural de transferência de titularidade de marca (entendida tanto como a cessão como o licenciamento de marca) pelo CADE, com objetivo de fornecer recomendações para conferir maior efetividade a tal restrição. Importante ressaltar que as medidas estruturais e comportamentais são denominadas pela literatura especializada como “remédios concorrenciais”<sup>14</sup>, termo que também será utilizado na presente análise.

Para fins deste estudo, a suspensão de uso da marca será tratada sob o mesmo conceito de transferência de titularidade de marca. Apesar de ser um remédio comportamental e de não promover qualquer transferência de titularidade, a suspensão de uso de marca tem claros efeitos estruturais no mercado, pois abre espaço para um novo concorrente ao suprimir parte da oferta existente. Assim, os efeitos sobre a concorrência decorrentes da suspensão de uso de marca são semelhantes ao da cessão e do licenciamento.

Para entender de forma clara os efeitos gerados pela transferência de titularidade de marca, é necessário analisar, previamente, a importância deste ativo na competição entre agentes econômicos. Passadas tais considerações preliminares, buscar-se-á analisar a utilização da transferência de titularidade de marca como remédio concorrencial pelo CADE para, ao final, apontar tendências e recomendações para sua maior efetividade.

## 2. A Importância da Marca na Dinâmica Concorrencial

Os direitos de propriedade intelectual possuem grande importância na dinâmica concorrencial. Desde os estudos desenvolvidos por Schumpeter (2003, p. 82), a eficiência dinâmica tem sido considerada um dos principais objetivos do direito da concorrência, tendo sido alçada, em grau de importância, ao nível das eficiências estáticas<sup>15</sup>.

---

sanção estrutural extrema pode ser imposta, portanto, como sanção a comportamentos. Por outro lado, quando da análise das concentrações e de seu controle se observará que muitas vezes o controle estrutural deve ser transformado em um controle comportamental para ter maior utilidade e eficácia aplicativa” (SALOMÃO FILHO, 2014, p. 133).

<sup>14</sup> Tradução do termo em inglês “antitrust remedy”. O termo tem origem na ideia de que os remédios promovem a “cura” para os problemas concorrenciais. “Parties frequently seek to avoid litigation by offering to cure the Division’s concerns when the Division determines that a proposed merger is illegal, and the Division considers a broad range of potential remedies in ensuring appropriate and effective remedial relief” (U.S. Department of Justice, 2011).

<sup>15</sup> As eficiências estáticas são entendidas como a eficiência produtiva e eficiência alocativa, que se preocupam principalmente com a alocação dos recursos e meios de produção, de forma que a oferta seja a maior possível, ao menor custo. As eficiências dinâmicas, por outro lado, preocupam-se com os saltos de produção decorrentes da inovação tecnológica, que são parte essencial da economia moderna. Ao discutir as características de curto e

Antes de analisar a marca como um fator de diferenciação, portanto, é importante analisar, ainda que brevemente, a evolução da política de defesa da concorrência, que resultou no reconhecimento das eficiências dinâmicas como um fator essencial ao processo competitivo.

## 2.1. A política da defesa da concorrência e a propriedade intelectual

A teoria do direito da concorrência foi elaborada, em grande parte, com base nos modelos estruturalistas, pautados no paradigma estrutura-conduta-desempenho. Segundo estas teorias, a estrutura do mercado (mais ou menos concentrada) condicionaria a conduta de seus agentes (tendentes à concorrência, em estruturas menos concentradas, ou à colusão, em estruturas mais concentradas) que, por sua vez, condicionaria o seu desempenho (aumento da oferta e da qualidade dos produtos, na presença de competição, ou o contrário, na sua ausência)<sup>16</sup>.

Assim, durante muito tempo, o direito da concorrência foi aplicado com o objetivo de se criar (ou manter) estrutura de mercado mais pulverizada possível, com base na premissa de que o elevado número de agentes econômicos no mercado, por si só, seria algo benéfico.

Esta concepção da aplicação do direito concorrencial foi fortemente criticada por Robert Bork (1993), que identificou um paradoxo na legislação concorrencial<sup>17</sup>. Segundo o autor, a proteção da concorrência como um fim em si mesmo tinha como resultado, na verdade, o prejuízo à concorrência<sup>18</sup>. Ao tutelar o pequeno negócio (*small business*) por si só, os tribunais norte-americanos protegiam agentes econômicos ineficientes, em detrimento dos agentes e modelos de negócios eficientes<sup>19</sup>. Assim, Bork propôs que o direito da concorrência abandonasse a sua concepção puramente axiológica – considerando a pulverização do mercado como um bem em si mesmo – e voltasse sua atenção para o resultado de sua aplicação – utili-

---

longo prazo envolvidas na busca de eficiências estáticas ou dinâmicas, Bohannon e Hovenkamp afirmam: “[t]he static approach means that we examine a firm or market with plants and existing technology in place, and then analyze output and pricing behavior over some limited period. By contrast, dynamic analysis includes a greater range of options that firms can exercise over a longer period, including the development or implementation of new technologies, the construction of new plants, and the opening of new markets” (BOHANNAN, HOVENKAMP, 2012, p. 1).

<sup>16</sup> Assim, de acordo com Fagundes (2003, p. 190), “[o]s modelos ECD têm por objetivo, basicamente, inferir das características da estrutura do mercado conclusões acerca do seu desempenho em termos de alguma variável escolhida, supondo que as condutas das empresas são fortemente condicionadas pelos parâmetros estruturais”.

<sup>17</sup> Em sua famosa obra intitulada “The antitrust paradox: a policy at war with itself”.

<sup>18</sup> “In modern times the Supreme Court, without compulsion by statute, and certainly without adequate explanation, has inhibited or destroyed a broad spectrum of useful business structures and practices” (BORK, 1993, p. 4).

<sup>19</sup> Conforme também apontado por Richard Posner, o direito da concorrência não só não deveria ter como objetivo proteger o pequeno negócio, como era a ferramenta inadequada para tal. “Nor is there any justification for using the antitrust laws to attain goals unrelated or antithetical to efficiency, such as promoting a society of small tradespeople, a goal that whatever intrinsic (and very dubious) merit cannot be attained within the framework of antitrust principles and procedures. The small businessman usually is helped rather than hurt by monopoly, so unless the antitrust laws are stood completely on their head they are an inapt vehicle (compared for example to tax breaks) for assisting small business” (POSNER, 2001, p. 2).

zando uma lógica consequencialista – buscando a proteção do bem-estar do consumidor, por meio da promoção da eficiência produtiva<sup>20-21</sup>.

Bork foi um dos principais expoentes da chamada Escola de Chicago, que clamava por uma aplicação metódica do direito concorrencial, pautada na racionalidade econômica, com foco na geração de eficiências produtiva e alocativa, com o objetivo último de promover o bem-estar do consumidor<sup>22</sup>. Assim, na aplicação da política de defesa da concorrência pautada na racionalidade econômica, conforme pregada pelos representantes da Escola de Chicago, o direito concorrencial deveria atuar apenas nas situações em que houvesse restrição de oferta (com conseqüente aumento de preços), em detrimento da geração de bem estar<sup>23-24</sup>.

<sup>20</sup> “The lines along which the law should be reformed are clear. I will not rehearse the argument or its implications in detail, but will merely set out the major conclusions that follow from it. (1) the only goal that should guide interpretation of the antitrust laws is the welfare of consumers. Departures from that standard destroy the consistency and predictability of the law; run counter to the legislative intent, as that intent is conventionally derived; and damage the integrity of the judicial process by involving the courts in grossly political choices for which neither the statutes nor any other acceptable source provide any guidance. (2) In judging consumer welfare, productive efficiency, the single most important factor contributing to that welfare, must be given due weight along with allocative efficiency. Failure to consider productive efficiency – or, worse, the tendency to view it as pernicious by calling it a “barrier to entry” or a “competitive advantage” – is probably the major reason for the deformation of antitrust’s doctrines” (BORK, 1993, p. 405).

<sup>21</sup> A concepção de justiça no direito sob a perspectiva consequencialista, especificamente visando como objetivo final a geração de bem-estar (welfarismo), tem ganhado força. Especialmente na área da regulação e da aplicação de políticas públicas (como a política de defesa da concorrência), esse conceito de justiça é bastante útil na formulação de regras e padrões de aplicação da lei. Segundo Daniel Goldberg, “[d]a perspectiva welfarista, conceitos de justiça (comutativa, distributiva ou retributiva) não têm peso normativo independente, mas apenas se e quando promovem o bem-estar. Por outras palavras, há algo errado com uma solução “justa” que piore a situação de todos os envolvidos, violando as condições de Pareto” (GOLDBERG, 2006, p. 60). No campo do direito societário, embora afastando a aplicação plena do welfarismo sob o critério do ótimo de Pareto com o fator distributivo de Kaldor-Hicks, Eduardo Munhoz afirma: “[é] intuitivo, porém, que sob nenhuma perspectiva justifica-se uma política pública de intervenção na atividade econômica que resulte em destruição de riqueza; que deixei todos em posição pior ou que imponha a alguns perdas superiores aos ganhos obtidos por outros (ineficiência de Kaldor-Hicks) (MUNHOZ, 2013, p. 162). No campo da teoria do direito, o welfarismo é defendido no extenso trabalho desenvolvido por Louis Kaplow e Steve Shavell (2006).

<sup>22</sup> “The Chicago School offered an elegant, pro-market, and largely anti-interventionist vision of antitrust. Building on neoclassical economics, Chicago School antitrust writers argued that in the long run markets tend to correct their own imperfections; that the history of aggressive judicial intervention has produced many indefensible results; that courts have often condemned suspicious-looking business practices without understanding them, and when these practices were understood they were shown to have benign or procompetitive explanations. As a result tribunals should study business practices much more thoroughly before deciding that intervention is appropriate” (HOVENKAMP, 2005, p. 32).

<sup>23</sup> “A Escola de Chicago defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Assim, o jogo da concorrência (apta a, por si só, disciplinar o fluxo das relações econômicas) deve desenvolver-se livremente, com o mínimo de interferência estatal. A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Este fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de eficiência alocativa: sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custos de transação, eficiências e ganhos para os consumidores” (FORGIONI, 2012, pp. 169 e 170).

<sup>24</sup> Deve-se destacar a existência de discussão acerca do melhor referencial para o direito da concorrência, isto é, se a política concorrencial deve priorizar a geração de bem-estar agregado (de todos) ou apenas do consumidor, conforme exposto por Daniel Goldberg (2006, p. 83). Há entendimentos, também, de que Bork, na verdade, desejava fazer referência ao conceito de bem-estar total, mas optou por utilizar a ideia de bem-estar do consumidor para facilitar o entendimento de sua teoria (SOKOL, 2014). É também essencial, para o necessário contra-

Na teoria da Escola de Chicago, as eficiências estáticas ocuparam posição de destaque na política concorrencial. A partir dos estudos de Joseph Schumpeter, porém, as eficiências dinâmicas passaram a ser prioridade ao lado das eficiências estáticas<sup>25</sup>. Enquanto as eficiências dinâmicas preocupam-se com a produtividade e a adequada alocação de recursos, a eficiência dinâmica diz respeito ao processo disruptivo causado pelo surgimento de novas tecnologias, técnicas, produtos e serviços (FAGUNDES, 2003, p. 83). Assim, na concorrência schumpeteriana, os saltos de produtividade decorrentes da inovação passam a ter grande relevância<sup>26</sup>. Neste contexto, a proteção da propriedade intelectual passa a ter papel de destaque e interação com a política concorrencial.

O estudo da interface entre o direito concorrencial e a proteção à propriedade intelectual preocupa-se, principalmente, em obter o cenário no qual as invenções possam ser devidamente protegidas – e, portanto, a inovação possa ser estimulada – sem que tal proteção resulte em monopólios duradouros<sup>27</sup>. Deve-se ressaltar que as duas áreas do direito têm fundamento no interesse público e buscam objetivos semelhantes<sup>28</sup>: estimular a inovação e o desenvolvimento de novas técnicas, produtos e serviços.

Desde o surgimento da Escola de Chicago, que pregou a racionalização do direito concorrencial com base no raciocínio econômico e teoria do preço e, posteriormente, com a teoria de Schumpeter voltada à criação de eficiências dinâmicas, a política de defesa da concorrência sofreu profundas mudanças. Na lógica schumpeteriana, a estrutura do mercado deixa de ser condicionante do desempenho de seus agentes<sup>29</sup>, dando lugar à capacidade de inovação e diferenciação.

---

ponto, ter em consideração as críticas formuladas por Amartya Sen com relação à utilização do welfarismo em termos estritamente utilitaristas (SEN, 2013, pp. 29 e ss.).

<sup>25</sup> “As eficiências de caráter estático, associadas à interação em equilíbrio dos agentes econômicos, são menos importantes do que um outro tipo de eficiências, chamadas dinâmicas, uma vez que associadas à criação de novos processos de produção, bens e serviços, criando desequilíbrios e rupturas no mercado. Daí a famosa qualificação do processo capitalista como ‘destruição criativa’. O progresso técnico assume relevo, relegando as tradicionais eficiências estáticas a segundo plano” (GOLDBERG, 2006, p. 99).

<sup>26</sup> Para ilustrar seu argumento de que as eficiências dinâmicas devem receber maior atenção na área econômica, Schumpeter compara a competição pela inovação em relação às formas tradicionais de concorrência (pela melhor alocação de recursos e corte de custos na produção) com o bombardeio de uma porta com relação a alguém que tenta força-la (SCHUMPETER, 2003, pp. 84 e 85).

<sup>27</sup> “A public-regarding set of IP laws would create exclusive rights that are just sufficient to encourage the optimal amount of innovation. With no protection at all, inventors and other innovators would probably not have a sufficient incentive to innovate because others could too easily copy their work without compensation. But too much protection can produce costly monopolies or exclusive rights that others must either license or innovate around. The social costs of these exclusive rights can become greater than the value of any innovations they produce. In addition, excessive protection can retard innovation by making it more difficult for people to build on the work of their predecessors, which all innovation does” (HOVENKAMP, 2008, p. 249).

<sup>28</sup> O caráter de interesse público das legislações concorrenciais e de proteção da propriedade intelectual é destacado por Herbert Hovenkamp (HOVENKAMP, 2008, p. 249).

<sup>29</sup> “A diferenciação entre as empresas torna-se, simultaneamente, pressuposto e resultado do processo de concorrência e da evolução do sistema econômico. No universo da destruição criativa, o princípio das ações estratégicas conduzidas pelas firmas no embate competitivo torna-se o centro das forças de mudança das estruturas de mercado [...]” (FAGUNDES, 2003, p. 85).

Neste cenário, é inegável que os direitos de propriedade intelectual exercem papel de grande relevância na formulação de uma política concorrencial eficiente<sup>30</sup>. Assim, qualquer proposição acerca da aplicação de remédios concorrenciais envolvendo direitos de propriedade intelectual deve levar em consideração a função de tais ativos na dinâmica concorrencial.

## 2.2. A importância da marca como fator de diferenciação entre concorrentes

Enquanto os direitos de propriedade industrial e os direitos de autor<sup>31</sup> garantem e protegem a titularidade de novas tecnologias aos inventores que a conceberam, criando incentivos para a inovação, a proteção à marca busca incentivar a diferenciação entre produtos e serviços. Por esta razão, a Lei nº 9.279/1996 define a marca de produto ou serviço como “aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa”<sup>32</sup>. A marca é, por definição, um ativo cujo objetivo principal é diferenciar produtos e serviços concorrentes, criando uma nova frente de competição entre agentes econômicos rivais<sup>33-34</sup>.

A diferenciação apresenta-se como aspecto relevante do processo competitivo nos mercados que se afastam do modelo da concorrência perfeita<sup>35</sup>. Assim, em mercados sujeitos à concorrência imperfeita – como os mercados oligopolizados – com assimetrias de informação, economias de escala, baixo número de agentes, dificuldade de entrada e saída nos merca-

<sup>30</sup> “Intellectual Property (IP) is a core element in United States competition policy. In today’s technologically sophisticated and highly dynamic markets much competitive interaction revolves around efforts to stay abreast or ahead of competitors in the realm of information and ideas. In this atmosphere firms are frequently involved in IP issues, either asserting IP rights as a strategic weapon or arguing that such rights claimed by their competitors are non-existent or invalid. Nor is any firm in a dynamic, high tech market likely to find itself constantly championing or constantly challenging IP claims. The interests of most firms in most dynamic markets will sometimes be served by strong, spacious IP, sometimes by IP that leaves room for refinement, development, variation and thus, rivalry” (SULLIVAN, GRIMES, 1994, p. 841)

<sup>31</sup> Especificamente, no que diz respeito a este artigo, com relação à proteção de direitos autorais referentes a *softwares*.

<sup>32</sup> Artigo 123, inciso I, da Lei nº 9.279/1996.

<sup>33</sup> “A marca pode tornar-se uma representação de satisfação que vai influenciar o consumidor a optar repetidamente por um produto específico, em detrimento de outros produtos concorrentes. É, conseqüentemente, todo sinal distintivo apostado aos produtos e serviços para identifica-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa, com proteção jurídica específica, importante função econômica, social e tecnológica e reflexos concorrenciais” (BASSO, 2009, p. 75)

<sup>34</sup> A diferenciação como um fator para o sucesso concorrencial é também destacada por Sullivan e Grimes: “[i]n today’s dynamics economy, gaining an advantage in the realm of ideas and information is a step toward competitive success. Each competing firm in a dynamic market must work out for itself the ways it will use ideas and information to improve and differentiate its product or information sources” (SULLIVAN, GRIMES, 1994, p. 866).

<sup>35</sup> A concorrência perfeita ocorre nos mercados que possuem estrutura pulverizada, com um grande número de agentes econômicos competindo entre si. Assim, Fábio Nusdeo (2000, p. 263) aponta as seguintes características dos mercados sujeitos à concorrência perfeita: (i) grande número de compradores e vendedores; (ii) ausência de influência por compradores ou vendedores nas condições de compra ou venda dos produtos no mercado em questão; (iii) homogeneidade do produto ou serviço; (iv) facilidade de entrada e saída do mercado; (v) ausência de assimetria de informações; (vi) ausência de economia de escalas; e (vii) ausência de economias externas. No entanto, como aponta o próprio autor, a concorrência perfeita é muito mais um modelo teórico do que uma realidade.



dos, dentre outros fatores que dificultam a competição, a diferenciação torna-se importante para o sucesso concorrencial.

No modelo de concorrência perfeita, os agentes econômicos não têm outra escolha senão buscar a máxima eficiência alocativa e produtiva, de modo a reduzir os seus custos. Nessas situações, o preço é determinado pelo mercado, restando ao agente econômico reduzir sua ineficiência produtiva para ampliar a sua oferta e, assim, garantir um retorno razoável de sua atividade<sup>36</sup>.

Nos mercados concentrados, por outro lado, nos quais a concorrência é imperfeita, os agentes econômicos deixam de se preocupar unicamente com a redução de custos e voltam suas atenções para outros aspectos do processo competitivo, como a inovação e a diferenciação de seus produtos e serviços<sup>37</sup>.

Além do aspecto da diferenciação, a marca também desempenha o importante papel de estabelecer entre o consumidor e o fornecedor um vínculo emocional e de fidelidade<sup>38</sup>. Neste contexto, ainda que o produto ou serviço ofertado por um determinado fornecedor não tenha qualidade superior aos de seus concorrentes, o consumidor continua a adquiri-los em razão da atratividade da marca<sup>39</sup>.

Devido à importância da marca na dinâmica concorrencial, os investimentos em publicidade necessários para ingresso em determinado mercado podem se transformar em relevantes barreiras à entrada de novos concorrentes<sup>40</sup>. As barreiras de entrada ao mercado são todos os fatores que possam dificultar a entrada de novos concorrentes, como a necessidade de tec-

---

<sup>36</sup> “Na concorrência perfeita, o preço surge natural e objetivamente da interação recíproca dos inúmeros agentes em presença. Funciona soberana, sem ressalvas à lei da oferta e da procura, e tanto consumidores como compradores pautam suas decisões única e exclusivamente pelas suas utilidades em cotejo com o preço objetivamente fixado pelo mercado, que é único para todos eles” (NUSDEO, 2000, p. 264).

<sup>37</sup> “Esse regime [concorrência imperfeita] caracteriza-se como o anterior pela existência de um número bastante grande de compradores e vendedores. Caem porém os demais requisitos do regime da concorrência perfeita, particularmente o da homogeneidade dos produtos negociados no mercado. Como compradores e vendedores não se encontram atomizados nem atuam exclusivamente em função dos preços, objetivamente fixados por um mercado único, a procura não se apresenta fluida, mas sim viscosa, ou seja, determinados consumidores estão jungidos a determinados fornecedores, seja em função de sua localização física, seja pela preferência por determinada marca, seja em virtude de publicidade, seja por qualquer outro motivo” (NUSDEO, 2000, p. 265).

<sup>38</sup> Conforme aponta Maristela Basso (2009, p. 75), “[m]arcas inspiram qualidade, evocam lembranças, atraem desejos, consolidam nomes comerciais”.

<sup>39</sup> A fidelização do consumidor em decorrência da marca é ressaltada no item 58 do Guia para análise econômica de atos de concentração horizontal (“Guia”), aprovado pela Portaria Conjunta nº 50/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”) e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“SEAE”), que estabelece o seguinte: “[a] fidelidade dos consumidores a marcas estabelecidas tende a ser maior em mercados em que as estratégias de diferenciação do produto são uma das principais variáveis de competição. Para gerar fidelidade a seus produtos, a empresa entrante deve realizar gastos em publicidade que se convertem em custos irrecuperáveis do investimento”. Apesar de a SDE ter sido extinta e a atuação da SEAE ter ficado restrita à advocacia da concorrência após a promulgação da Lei nº 12.529/2011, o Guia emitido pelos órgãos ainda é, em grande medida, adotado pelo CADE em suas análises de atos de concentração.

<sup>40</sup> Conforme aponta estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico, “[p]roduct differentiation may result in the development of brand loyalty. When they are loyal to certain brands, customers are less likely to be willing to try a new brand. To overcome that problem, entrants may have to invest in promotional pricing or in their own advertising campaigns (or both) to induce customers to buy their products” (OECD, 2005).

nologia patenteada, economias de escala ou de escopo, estrutura verticalizada do mercado, existência de custos irrecuperáveis, dentre outros<sup>41</sup>. Os investimentos em marketing e publicidade para o estabelecimento de uma nova marca são, via de regra, irrecuperáveis, já que o agente econômico não poderá aproveitá-los para outro fim ou, de alguma forma (v.g., por meio da alienação de ativos), reavê-los. Portanto, a existência de marcas já bem estabelecidas no mercado, com uma clientela consolidada, pode inibir a entrada de novos concorrentes, que terão que enfrentar a necessidade de investimentos irrecuperáveis para o estabelecimento de uma nova marca.

O problema é ainda maior quando os agentes dominantes presentes no mercado são parte de grandes conglomerados. Neste contexto, a marca do agente dominante é capaz de “pegar carona” na boa reputação<sup>42-43</sup> das marcas de titularidade dos demais integrantes do grupo econômico, o que diminui a necessidade de investimentos em publicidade e marketing. O entrante, por sua vez, caso não seja também integrante de conglomerado com boa reputação junto aos consumidores, não terá a mesma vantagem e terá uma necessidade maior de investimento para consolidação de sua marca<sup>44</sup>. Esta eficiência de escopo obtida por grandes conglomerados é consequência do chamado poder de portfólio, que se estende também a outros aspectos concorrenciais importantes, como aproveitamento de canais de venda e de distribuição, economias de escala e alto poder de barganha<sup>45</sup>.

Não obstante o potencial da marca de criar elevadas barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado, seria precipitada a conclusão de que a sua proteção é inerentemente

<sup>41</sup> Neste sentido, Hovenkamp afirma que “[a] barrier to entry is something that permits incumbents to price monopolistically for an unacceptable period of time before effective entry restores price and output to the competitive level. If barriers to entry are completely absent, any instance of monopoly pricing will result in immediate entry of sufficient magnitude to restore prices to the competitive level” (HOVENKAMP, 2005, p. 530). Ao dificultar (e, por vezes, efetivamente impedir) a entrada de novos competidores, as barreiras à entrada facilitar o exercício abusivo de poder de mercado, já que os agentes econômicos dominantes poderiam elevar preços sem enfrentar concorrência efetiva. Portanto, “[a]s barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados” (SALOMÃO FILHO, 2014, p. 223).

<sup>42</sup> A reputação dos agentes econômicos desempenha importante papel nos mercados onde há assimetria de informações acerca dos produtos e serviços ofertados. O consumidor, ao escolher o produto ou serviço que adquirirá, tenderá a optar pela marca que já conhece e sabe que é confiável, ao invés de incorrer no custo de pesquisar acerca da confiabilidade de uma nova marca ou simplesmente tomar o risco de adquiri-la sem antes realizar tal pesquisa. Assim, “[t]he consumer must trust the seller because the relative cost of doing a complete product valuation oneself are rather high. By contrast, if the consumer is in as a position to evaluate the product or service as the producer is, then goodwill counts for much less” (HOVENKAMP, 2005, p. 536).

<sup>43</sup> Sobre a influência da reputação da marca na escolha do consumidor, o CADE já decidiu: “[a] marca traz o cliente que não tem condições de avaliar empiricamente a qualidade dos serviços prestados. E a escolha é realizada com base na reputação de qualidade” (CADE, ato de concentração nº 08012.013191/2010-22, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 6 de agosto de 2014).

<sup>44</sup> “A brand new entrepreneur with no other businesses and no experience is more likely to be daunted by high capital costs than a sprawling conglomerate that has been operating in many other markets for decades. In other words, what seems intolerably risky to one entrant might not seem that way to another” (OECD, 2005).

<sup>45</sup> Conforme apontado no voto do Conselheiro Carlos Ragazzo no julgamento do ato de concentração nº 08012.004423/2009-18, “[a]s vantagens advindas desse poder de portfólio manifestam-se, como se verá a seguir, de diferentes maneiras, desde o melhor aproveitamento das redes de distribuição, até a alavancagem de vantagens junto aos varejistas e canais de vendas, manejo de estratégias de preços mais elaboradas e agressivas, maior exposição das marcas e assim por diante”.

anticoncorrencial<sup>46</sup>. A proteção à marca, assim como aos demais direitos de propriedade intelectual, é essencial para uma adequada política concorrencial, pois estimula a inovação, a diferenciação entre produtos e serviços e o incremento de qualidade.

A formulação de uma política eficiente de defesa da concorrência, especialmente no que diz respeito à aplicação de remédios concorrenciais, deve levar em consideração a relevante função que a marca exerce na competição entre agentes econômicos: a diferenciação de produtos e serviços e a fidelização do consumidor. Assim como os demais direitos de propriedade intelectual, a marca tem importante caráter pró-competitivo, na medida em que estimula a diferenciação entre concorrentes e a competição pela qualidade. Por outro lado, não se deve ignorar que a marca também pode criar condições para o entrenchamento do agente econômico dominante, ao criar barreiras à entrada de novos concorrentes<sup>47</sup>, contribuindo para a perpetuação do poder econômico e criando, assim, ineficiências<sup>48</sup>.

### 3. A Transferência de Titularidade de Marca como Remédio Concorrencial

Conforme se expôs ao longo deste estudo, a marca exerce importante função na dinâmica concorrencial, que deve ser encarada sob duas perspectivas opostas: (i) incentivo para o acirramento da concorrência por meio da diferenciação, atribuindo um peso relevante à qualidade de produtos e serviços, assim como a sua confiabilidade, reputação e imagem frente ao consumidor; e (ii) reforço do poder de mercado, por meio da criação de barreiras à entrada de novos rivais.

Portanto, a utilização da transferência de titularidade da marca deve levar em consideração esta conjuntura. A análise da jurisprudência do CADE a respeito do tema é essencial para verificar como a questão tem sido tratada na prática, para então apontar recomendações

---

<sup>46</sup> “Because intellectual property rights confer exclusive rights upon their owners on the one hand, whereas competition law strives to keep markets open on the other, it is easy to suppose that there is an inherent tension between these two areas of law and policy. However, it has increasingly been recognised that this is simplistic and wrong” (WHISH, BAILEY, 2012, p. 769).

<sup>47</sup> É importante salientar o pensamento de Hovenkamp, para quem a principal causa da entrada de novos concorrentes em mercados que apresentam altos graus de diferenciação é a existência de nichos não explorados. Neste sentido, “[p]roduct differentiation, particularly when coupled with large amounts of brand advertising, can deter entry by denying potential competitors an opportunity to locate a profitable niche in the market. The principal cause of entry into product differentiated markets is the entrant’s perception that the market contains an unfilled niche, or spot where its own differentiated offering will be more attractive to a certain set of consumers than the offerings of established firms” (HOVENKAMP, 2005, p. 537).

<sup>48</sup> O aparente conflito entre o direito da concorrência e a proteção da propriedade intelectual é sintetizado por Paula Forgioni (2012, p. 315) nos seguintes termos: “de uma parte, a garantia à propriedade intelectual estimula o desenvolvimento tecnológico, de outra, porém, é capaz de gerar situação propensa ao abuso, especialmente em ambientes nos quais a força concorrencial é arrefecida pela outorga da exclusividade”. Assim, afirma a autora que “os abusos de propriedade intelectual são vedados por nosso ordenamento jurídico, aplicando-se-lhes as disposições referentes à Lei Antitruste. Os direitos de que gozam os titulares dos exclusivos somente podem ser exercidos nos limites de sua função econômica e social, ou seja, como instrumentos concorrenciais, sob pena de configurar infração à ordem econômica” (FORGIONI, 2012, p. 326).

para a maior efetividade deste tipo de remédio. Além disso, é importante analisar as bases legais e econômicas da transferência de titularidade da marca como remédio concorrencial.

### 3.1. Base Legal e Justificativa Econômica

A aplicação de remédios concorrenciais para neutralizar os efeitos anticompetitivos de um ato de concentração possui fundamento legal no artigo 61 da Lei nº 12.529/2011, que em seu parágrafo segundo estabelece um rol exemplificativo de obrigações que podem ser impostas a agentes econômicos pelo CADE<sup>49</sup>.

A primeira questão que se põe com relação à legalidade dos remédios concorrenciais diz respeito à sua conformidade com os direitos fundamentais – especialmente o direito à propriedade – dispostos na Constituição Federal da República do Brasil de 1988 (“Constituição”)<sup>50</sup>. Na medida em que os remédios concorrenciais impõem obrigações de fazer e/ou não fazer ao proprietário de determinado bem<sup>51</sup>, eles estabelecem verdadeiras restrições ao direito de livre disposição do proprietário<sup>52</sup>. Portanto, “[o]s remédios estruturais encontram-se diretamente em confronto com uma visão absoluta do direito de propriedade” (OLIVEIRA, 2011, p. 21).

Entretanto, se por um lado a Constituição garante o direito de propriedade, ela também impõe limites ao seu exercício. Neste sentido, a propriedade deve ser exercida de acordo com sua função social<sup>53</sup> e, quando a propriedade de bens de produção confere ao seu detentor poder de mercado, é proibido o seu exercício abusivo<sup>54</sup>. Adicionalmente, os princípios da livre

<sup>49</sup> “Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato. § 1º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados. § 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem: I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; II - a cisão de sociedade; III - a alienação de controle societário; IV - a separação contábil ou jurídica de atividades; V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

<sup>50</sup> A propriedade como direito fundamental garantida constitucionalmente está disposta no inciso XXII do artigo 5º e inciso II do artigo 170 (como princípio da ordem econômica e financeira), ambos da Constituição. Especificamente com relação ao direito de propriedade de marcas e propriedade industrial, tal direito é assegurado no inciso XXIX do artigo 5º da Constituição.

<sup>51</sup> Utiliza-se o termo “bem” da forma mais ampla possível, para abarcar não só o direito de propriedade da marca ou de qualquer outro direito de propriedade intelectual, como também ativos produtivos, controle empresarial, valores mobiliários, posição contratual, dentre outros.

<sup>52</sup> Conforme estabelece o artigo 1.228 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), a propriedade abarca os direitos de usar, gozar e dispor do bem, assim como de reavê-lo de quem injustamente o possua ou detenha: “art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Assim, o direito de dispor do bem é uma das vertentes do direito de propriedade. Segundo Caio Mário, o direito de dispor “[é] a mais viva expressão dominial, pela maior largueza que espelha. Quem dispõe da coisa mais se releva dono do que aquele que a usa ou frui, o que levou o Landrecht prussiano de 1794 a erigir a disponibilidade como elemento definidor de domínio” (PEREIRA, 2012, p. 78).

<sup>53</sup> Inciso XXIII do artigo 5º e inciso III do artigo 170, ambos da Constituição.

<sup>54</sup> Artigo 173, parágrafo 4º, da Constituição.

iniciativa e da livre concorrência são fundamentos da ordem econômica e financeira constitucional<sup>55</sup> e, portanto, merecem proteção pela lei.

Desse modo, os remédios concorrenciais encontram legitimidade legal e constitucional no fato de que buscam adequar comportamentos, neutralizando o que houver de ilegal ou ilícito<sup>56</sup>. Consequentemente, os remédios concorrenciais – caso bem aplicados – têm como resultado a geração de bem estar, em prol do mercado, dos consumidores e da sociedade, na medida em que neutralizam os efeitos anticompetitivos de atos ou negócios jurídicos, enquanto preservam as eficiências.

É preciso ressaltar que a decisão da autoridade concorrential de impor restrições sobre a propriedade para corrigir eventuais danos ao mercado deve ocorrer de forma ponderada e razoável, de modo a afetar o mínimo possível a dinâmica concorrential<sup>57</sup>. Conforme exposto por Luciano Benetti Timm e Renato Caovilla (2010, pp. 65-69), há entre certos doutrinadores brasileiros a ideia de que o direito à propriedade somente é protegido se cumprida a função social da propriedade<sup>58</sup>. Este conceito demonstra, claramente, a utilização de instituto de direito privado (propriedade) para servir a interesses essencialmente públicos, como por exemplo justiça social e distributiva. Esta discussão, dada a sua complexidade, situa-se fora do escopo deste trabalho. No entanto, deve-se deixar claro que o reconhecimento da função social da propriedade não justifica, tampouco legitima, a intervenção concorrential irrazoável ou exagerada no direito de propriedade de agentes econômicos. Robert Bork (1993) demonstrou claramente em seu trabalho que a intervenção exagerada e equivocada de autoridades concorrenciais afeta negativamente o mercado, prejudicando a própria concorrência (criando, como destacado pelo autor, um “paradoxo”).

O maior benefício da utilização de remédios concorrenciais é, justamente, permitir a realização de uma operação societária sem que seus potenciais danos à concorrência se materializem (ou fazendo com que, pelo menos, tais danos sejam mitigados). Isto só é possível por meio de intervenção que observe os limites da razoabilidade e ponderação na imposição de restrições. Deste modo, preserva-se o que há de bom em um negócio jurídico para a sociedade

---

<sup>55</sup> Cf. inciso IV e parágrafo único do artigo 170 da Constituição.

<sup>56</sup> “Os ‘remédios’ jurídicos em geral, buscam, portanto, sanar dano a bem jurídico, retificar comportamentos. Da mesma forma, os remédios antitruste são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos, sanando o dano à livre concorrência que se configura e/ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei a esta” (OLIVEIRA, 2011, p. 19).

<sup>57</sup> Obviamente, a geração de bem-estar a partir da aplicação de remédios concorrenciais depende de sua correta aplicação. Como regra geral, deve ser adotado o entendimento de Amanda Flávio de Oliveira (2011, p. 19), para quem a aplicação dos remédios concorrenciais encontra limite na concepção da liberdade de iniciativa como princípio que confere protagonismo ao agente privado: “não se pode reduzir o direito de iniciativa à mera autorização para existência de agentes econômicos privados, mas deve-se lhes assegurar o protagonismo e a preferência de atuação. É nesse ponto que se revela os limites da intervenção estatal na economia, em todas as suas modalidades e, em especial neste texto, os limites dos remédios antitruste a serem definidos no caso concreto”. Entende-se ilegítima qualquer intervenção do Estado na economia que se não seja estritamente necessária.

<sup>58</sup> Assim, destacam Timm e Caovilla (2010, p. 67): “[q]uanto à Constituição Federal de 1988, corriqueiro é o entendimento de que nela está previsto, no inciso XII, de seu artigo 5º, o direito à propriedade, mas que, no inciso imediatamente posterior, XIII, previsto está que a propriedade atenderá a sua função social. A partir disso, declinam-se ilações do tipo que à propriedade o ordenamento brasileiro não confere proteção, senão quando imbuída de sua função social. Vale dizer, ou a propriedade cumpre a sua função social ou não é protegida”.

em termos de geração de bem-estar, enquanto busca-se a eliminação de potenciais efeitos danosos.

Adotando-se uma visão consequencialista, portanto, os remédios concorrenciais beneficiam tanto os agentes econômicos cujos direitos são restringidos pela sua aplicação (pois, embora tenham que adimplir certas obrigações que lhes são impostas, terão a legalidade de seu ato ou negócio jurídico reconhecida), como também a sociedade de uma forma geral.

Do ponto de vista econômico, os remédios concorrenciais encontram justificativa, principalmente, na criação de condições para geração de eficiências, neutralizando possíveis danos concorrenciais. Isto pode ser obtido tanto por medidas estruturais<sup>59</sup> visando à desconcentração do mercado e à viabilização da criação de eficiências estáticas, quanto pela adoção de remédios comportamentais, como a obrigação de contratar ou de não adotar determinados atos, que pode ter efeitos na estrutura do mercado (permitindo a entrada ou o desenvolvimento de um concorrente) ou ter como objetivo simplesmente induzir a criação de eficiências<sup>60</sup>.

Ao analisar os principais estudos acerca da aplicação de remédios concorrenciais, César Mattos (2011, pp. 62-64) aponta os seguintes princípios balizadores deste instrumento: (i) existência de nexos causal entre o dano e o ato de concentração; (ii) vedação de geração de efeito líquido negativo sobre a economia pelo remédio; (iii) consistência entre o remédio escolhido e o dano concorrencial; (iv) suficiência do remédio para endereçar todos os problemas concorrenciais gerados pelo ato de concentração; (v) proporcionalidade do ônus decorrente da aplicação do remédio ao dano gerado pelo ato de concentração; (vi) escolha do remédio menos oneroso e restritivo possível; (vii) vedação da utilização do remédio como forma de regulação ou planejamento setorial; (viii) existência de alta probabilidade de geração de efeitos benéficos pela aplicação do remédio; e (ix) viabilidade da implementação e monitoramento do remédio concorrencial.

Assim, como princípio geral, o remédio concorrencial deve ser razoável – em um contexto de intervenção mínima do Estado na economia – e capaz de neutralizar de forma eficaz os potenciais danos decorrentes de um ato de concentração. A imposição de restrições a negó-

<sup>59</sup> De acordo com o Guia, as autoridades concorrenciais brasileiras devem preferir as medidas estruturais. Segundo o item 90 do Guia, “[m]edidas estruturais são aquelas que visam restabelecer a dinâmica concorrencial nos mercados relevantes definidos, eliminando a necessidade de controles futuros. São exemplos deste tipo de medida a alienação de ativos de empresas, tais como a venda de marcas ou de fábricas e a quebra de patentes”. Ao mencionar a eliminação da “necessidade de controles futuros”, o Guia deixa claro que os órgãos de defesa da concorrência devem buscar as soluções que sejam pontuais e, portanto, imponham menos custos de monitoramento. Essa é uma característica típica de medidas estruturais, considerando que as medidas comportamentais geralmente demandam monitoramento constante para assegurar seu cumprimento pelos agentes econômicos. Neste sentido, “[s]tructural remedies are generally one-off remedies that intend to restore the competitive structure of the market” (International Network Competition, 2005). O mesmo aspecto de economia de custos de monitoramento das medidas estruturais é ressaltado pela OECD: “[g]enerally, the benefits of structural remedies are of a one-off nature (which eliminates the need for subsequent long-term monitoring) and of relatively straightforward character” (OECD, 2005).

<sup>60</sup> Apesar de os remédios comportamentais poderem se apresentar em diversas formas diferentes, o relatório sobre remédios concorrenciais elaborado pela International Competition Network (2005) os divide em, basicamente, dois tipos: (i) remédios que buscam facilitar rivalidade horizontal; e (ii) remédios que buscam controlar resultados (*outcomes*). Os remédios que buscam facilitar a rivalidade horizontal, por sua vez, se subdividiriam em remédios que têm como objetivo (a) mudar a relação com consumidores finais, (b) restringir efeitos de relações verticais e (c) alterar comportamento dos compradores.

cios jurídicos privados não pode ser realizada de maneira impulsiva, apaixonada ou eivada de fatores ideológicos estranhos à dinâmica do mercado. Ao contrário, a utilização de remédios concorrenciais deve ocorrer de maneira racional e ponderada, levando-se em consideração os efeitos de tal decisão na coletividade e nos incentivos aos agentes econômicos<sup>61</sup>. Somente assim é possível compatibilizar o remédio concorrencial com seus fundamentos legais, constitucionais e econômicos.

### **3.2. A Jurisprudência do CADE a Respeito da Transferência da Titularidade da Marca Como Remédio Concorrencial**

As restrições a atos de concentração podem ser impostas unilateralmente pelo CADE ou ser resultado de negociações entre a autarquia e as partes envolvidas na operação. Na vigência da Lei nº 8.884/1994, o CADE tinha a faculdade de celebrar Termo de Compromisso de Desempenho com as partes de ato de concentração<sup>62</sup>. Atualmente, a autarquia pode optar por celebrar Acordo em Controle de Concentrações, no qual as partes de uma operação se comprometem, perante o CADE, a adotar (ou deixar de adotar) determinados atos<sup>63</sup>.

Na maioria dos casos nos quais o CADE entende que restrições devem ser aplicadas, a autarquia prefere fazê-lo por meio de celebração de acordo (seja pelo Termo de Compromisso de Desempenho, na vigência da Lei nº 8.884/1994, seja pelo Acordo em Controle de Concentrações, na vigência da lei atual), já que a possibilidade de contestação judicial da decisão administrativa é neutralizada<sup>64</sup>.

Assim, para fins de análise da jurisprudência do CADE acerca da aplicação de remédios concorrenciais que dizem respeito à marca, utilizar-se-ão os casos que foram resolvidos por meio de celebração de acordo<sup>65</sup>.

---

<sup>61</sup> Neste sentido, é pertinente citar a observação de Ivo Gico Jr. (2010, p. 28) a respeito da relação entre os conceitos de eficiência e justiça no cenário brasileiro de alta desigualdade de renda: “[d]e qualquer forma, mesmo políticas públicas redistributivas devem ser eficientes e responsáveis. Não podemos criar um fetiche com a redistribuição como tem acontecido com inúmeros juízes, promotores, legisladores e agentes públicos Brasil a fora. O simples fato de uma medida redistribuir riqueza não é suficiente para caracterizá-la como moralmente boa ou ruim em si, muito menos como socialmente desejável. É necessário identificar e ponderar suas consequências para o agente afetado e para os demais grupos afetados. Lembrem-se, pessoas respondem a incentivos e mudarão seu comportamento se as regras mudarem”.

<sup>62</sup> Com base no artigo 131 do Regimento Interno então vigente: “[n]o julgamento do Ato de Concentração, o Plenário do CADE poderá, segundo seu juízo de conveniência e oportunidade, condicionar a aprovação da operação à celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (TCD), nos termos do art.58 da Lei 8.884/94”.

<sup>63</sup> Com base no artigo 125 do atual Regimento Interno.

<sup>64</sup> “Nos últimos anos, esses acordos vêm sendo utilizados com frequência pelo CADE que, obtendo a concordância das empresas aos seus termos, evita a contestação judicial de suas decisões” (FORGIONI, 2012, p. 421).

<sup>65</sup> Não foram incluídos nesta análise os Termos de Compromisso de Desempenho ou Acordo em Controle de Concentração cujos termos e condições estão sujeitos a confidencialidade, considerando que seu teor não é divulgado pelo CADE.

*3.2.1. Ato de concentração nº 0056/1995 (Jovita Indústria e Comércio Ltda. e Melitta do Brasil Indústria e Comércio Ltda.) e ato de concentração nº 0025/1995 (CARFEPE S.A. Administradora e Participadora e Santista Alimentos S.A.)*

Os atos de concentração nº 56/1995<sup>66</sup> e nº 02/1995<sup>67</sup> demonstram a preocupação do CADE, no início da vigência da Lei nº 8.884/1994, em certificar-se de que aquisições de concorrentes não seriam realizadas apenas para retirá-los do mercado.

Neste contexto, em ambos os atos de concentração, o CADE condicionou a aprovação da operação ao compromisso, pelo comprador, de manter em atividade os ativos que havia adquirido. Além de ativos físicos, havia também ativos intangíveis, como marcas.

Assim, no ato de concentração nº 56/1995, a sociedade Melitta do Brasil Indústria e Comércio Ltda. assumiu o compromisso de manter em funcionamento, no período entre 1996 e 2000, a marca concorrente “Jovita”, que havia adquirido<sup>68</sup>. Este compromisso foi acompanhado por diversos outros, estabelecendo a obrigação de manter certo nível de investimento no mesmo período, além da vedação de aumento de preços.

No ato de concentração nº 25/1995, o CADE seguiu o mesmo entendimento, tendo a autarquia declarado que o ato deveria ser aprovado sob a condição “de a unidade industrial adquirida ser mantida em funcionamento e as marcas em uso, em ordem a garantir o abastecimento regular dos atuais clientes”<sup>69</sup>.

### **3.2.2. Ato de Concentração nº 0027/1995 - K e S Aquisições Ltda. e Kolynos do Brasil S.A.**

O ato de concentração nº 27/1995<sup>70</sup> referiu-se à aquisição, por sociedade controlada pela Colgate Palmolive Company (“Colgate”), da Kolynos do Brasil S.A. Caso a operação fosse aprovada sem nenhuma restrição, o mercado de creme dental tornar-se-ia altamente concentrado, com o mesmo agente econômico detendo as duas maiores marcas. Deste modo, o CADE condicionou a aprovação da operação a restrições do uso da marca Kolynos, a maior concorrente dos produtos comercializados pela Colgate. Com a medida, a autarquia esperava reduzir as barreiras à entrada no mercado e criar espaço para um novo concorrente.

As opções de restrições consideradas pelo CADE foram<sup>71</sup>: (i) a alienação (cessão) da marca Kolynos a terceiros; (ii) licenciamento exclusivo da marca Kolynos pelo prazo de vinte

<sup>66</sup> CADE, ato de concentração nº 56/1995, Conselheiro Relator Marcelo Monteiro Soares, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 19 de dezembro de 1995.

<sup>67</sup> CADE, ato de concentração nº 25/1995, Conselheiro Relator Rodrigues Chaves, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 7 de agosto de 1996.

<sup>68</sup> Conforme a Cláusula Segunda, alínea “a”, do Termo de Compromisso, a compromissária deveria “manter, pelo menos durante o prazo de 1996 até o ano de 2000, a marca ‘JOVITA’ no mercado brasileiro de filtros de coar café”.

<sup>69</sup> Item 6 do voto emitido pelo Conselheiro Antônio Fonseca.

<sup>70</sup> CADE, ato de concentração nº 27/1995, Relatora Conselheira Luciana Helena Salgado e Silva, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 18 de setembro de 1996.

<sup>71</sup> Conforme voto da Conselheira Luciana Helena Salgado e Silva.



anos, prorrogáveis por igual período; ou (iii) suspensão do uso da marca Kolynos por quatro anos, em conjunto com a realização de oferta pública pela Colgate para disponibilizar parte de sua capacidade produtiva a terceiro. Além disso, a suspensão do uso de marca poderia ser acompanhada de licenciamento de marca dupla<sup>72</sup>.

Instado a escolher uma das três opções, a Colgate optou por suspender o uso da marca Kolynos pelo prazo de quatro anos e ofertar publicamente a disponibilização de parte de sua capacidade produtiva para terceiros. A decisão do CADE no ato de concentração nº 27/1995 ficou marcada, entretanto, pelos atos da Colgate subsequentes à celebração do Termo de Compromisso de Desempenho.

Neste sentido, logo após o acordo com o CADE, a Colgate lançou a nova marca “Sorriso”, com identidade visual semelhante à Kolynos, veiculando anúncios publicitários que associavam as duas marcas (ESPOSITO, 1997). Além disso, os produtos da marca Sorriso eram colocados próximos aos da marca Kolynos, o que intensificava a associação<sup>73</sup>.

Frente à possibilidade de declaração de descumprimento do Termo de Compromisso de Desempenho celebrado, a Colgate decidiu rever a identidade visual da marca Sorriso e a estratégia comercial para lança-la no mercado<sup>74</sup>. O acordo foi declarado inteiramente cumprido em 13 de agosto de 2007<sup>75</sup>.

### **3.2.3. Ato de Concentração nº 08012.005846/1999-12 - Criação da Companhia Brasileira de Bebidas – AMBEV**

O ato de concentração nº 08012.005846/1999-12<sup>76</sup> ficou marcado como um dos mais importantes casos analisados pelo CADE durante a vigência da Lei nº 8.884/1994. Por meio da operação, foi formada a Companhia de Bebidas das Américas – Ambev (“Ambev”), mediante a integração da Companhia Cervejaria Brahma e Companhia Antarctica Paulista.

Apesar de a formação da Ambev ter resultado em extenso portfólio em vários mercados de bebidas, foi no mercado de cervejas que a concentração foi mais relevante<sup>77</sup>. Assim, em conjunto com as economias de escala, o alto investimento exigido para entrada no mercado e a necessidade de rede de distribuição capilarizada, o CADE destacou a importância da marca para o sucesso de um potencial entrante no mercado de cervejas. Embora a autarquia

<sup>72</sup> O licenciamento de marca dupla seria aquele que possibilitaria a um concorrente o uso da marca Kolynos para promoção de sua própria marca, com o desaparecimento gradual (fading out) de Kolynos.

<sup>73</sup> É preciso ressaltar que a restrição de suspensão temporária da marca Kolynos referiu-se apenas a cremes dentais e não incluía outros produtos, como enxaguantes bucais.

<sup>74</sup> Cf. Despacho LHS nº 16/97, emitido pelo gabinete da Conselheira Luciana Helena Salgado e Silva.

<sup>75</sup> Por meio do memorando nº 168/2007/CAD/CADE, emitido pela Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE.

<sup>76</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.005846/1999-12, Relator Conselheiro Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 29 de maio de 2000.

<sup>77</sup> Segundo afirmado pela Conselheira Hebe Romano em seu voto, “há de se levar em conta a inegável liderança esmagadora das três marcas principais, objeto da presente operação – Antarctica, Brahma e Skol, em relação às marcas dos demais concorrentes, além do portfólio de marcas secundárias das empresas Requerentes”.

tenha reconhecido inexistir fidelidade à marca pelo consumidor, o CADE considerou que os consumidores dariam preferência às marcas que já conheciam<sup>78</sup>.

Como remédio estrutural para garantir a concorrência no mercado, o CADE determinou que a Ambev alienasse uma de suas marcas menores, a “Bavaria”, em conjunto com ativos produtivos. Além disso, a Ambev assumiu o compromisso de permitir a utilização de sua rede de distribuição por quatro anos, prorrogáveis por mais dois anos, para que o adquirente dos ativos pudesse se estabelecer no mercado.

Portanto, no ato de concentração nº 08012.005846/1999-12, o CADE utilizou pela primeira vez uma solução que utilizaria em casos futuros, *i.e.*, de determinar a alienação de marcas de combate como remédio estrutural. As marcas de combate são aquelas com menor expressão no mercado<sup>79</sup>, detidas pelo agente econômico dominante<sup>80</sup> e utilizadas por ele para combater novos entrantes por meio de estratégia de preços agressiva.

### **3.2.4. Ato de Concentração nº 08012.000212/2002-30 - Companhia Brasileira de Bebidas e Pepsico, Inc**

No ato de concentração nº 08012.000212/2002-30<sup>81</sup>, o CADE analisou o acordo entre a Companhia Brasileira de Bebidas (posteriormente incorporada pela Ambev), detentora da marca de bebida isotônica “Marathon”, e a PepsiCo, Inc., detentora da marca concorrente “Gatorade”. Por meio do acordo, a Companhia Brasileira de Bebidas se comprometeu a produzir, comercializar e distribuir, em todo o território brasileiro, o produto de marca Gatorade.

A operação, se aprovada incondicionalmente, resultaria na criação de um duopólio<sup>82</sup>. Por este motivo, o CADE determinou que a marca Marathon deveria ser alienada para um terceiro. Além disso, a Ambev comprometeu-se a oferecer ao adquirente da marca uma opção para adquirir também ativos produtivos, além do direito de utilizar a rede de distribuição da Ambev por determinado período, para que o novo concorrente se consolidasse no mercado.

Assim, o CADE iniciou, no ato de concentração nº 08012.000212/2002-30, a tendência que seguiria nas decisões seguintes, de determinar a transferência da titularidade da marca em conjunto com a transferência de ativos necessários para a sua consolidação no mercado.

<sup>78</sup> Cf. o voto da Conselheira Hebe Romano: “realmente não há fidelidade à marca por parte do consumidor. No entanto o consumidor dá preferência às marcas estabelecidas e fixadas”.

<sup>79</sup> No julgamento do ato de concentração nº 08012.004423/2009-18, o Conselheiro Carlos Ragazzo endereçou a utilização de marcas de combate e marcas premium por agentes econômicos da seguinte forma: “[d]entro ou não de um mesmo mercado, as Requerentes podem combater estratégias agressivas de preços por parte de entrantes e rivais simplesmente baixando os preços de suas chamadas ‘marcas de combate’, enquanto mantêm a receita com as suas ‘marcas premium’, ou posicionando suas marcas da maneira que for mais eficaz no sentido de impedir que entrantes e rivais ganhem mercado”.

<sup>80</sup> Em 2007, sete anos após a aprovação com restrições do ato de concentração nº 08012.005846/1999-12 pelo CADE, a Ambev detinha aproximadamente 70% de participação de mercado (EXAME, 2007).

<sup>81</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.000212/2002-30, Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 17 de julho de 2004.

<sup>82</sup> Segundo o voto do Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, os produtos da marca Gatorade e Marathon detinham conjuntamente 94,25% de participação de mercado em 2001.

### **3.2.5. Ato de Concentração nº 08012.002591/2007-15 (Akzo Nobel N.V e Schering-Plough Corporation), Ato de Concentração nº 08012.003189/2009-10 (Medley S.A. Indústria Farmacêutica e Sanofi-Aventis Farmacêutica Ltda.), Ato de Concentração nº 08012.003521/2008-57 (Alcon, Inc. e Novartis AG) e Ato de Concentração nº 08012.001157/2009-71 (Pfizer Inc. e WYETH)**

Os atos de concentração nº 08012.002591/2007-15<sup>83</sup>, nº 08012.003189/2009-10<sup>84</sup>, nº 08012.003521/2008-57<sup>85</sup> e nº 08012.001157/2009-71<sup>86</sup> envolveram operações entre concorrentes em diversos mercados de medicamentos. Tendo em vista os seus potenciais efeitos danosos à concorrência, o CADE condicionou suas aprovações a restrições de caráter estrutural.

Além de os referidos atos de concentração terem em comum o fato de referirem-se a operações no mesmo setor (oferta de medicamentos), eles consolidaram a tendência do CADE de determinar a transferência de marcas em conjuntos com ativos produtivos necessários à sua comercialização.

Assim, em todos eles, o CADE determinou não só a cessão de marcas, mas também de todos os outros direitos de propriedade intelectual e ativos produtivos ligados aos medicamentos alienados.

### **3.2.6. Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18 (Perdigão S.A. e Sadia S.A.)**

A mais recente operação analisada pelo CADE na qual a transferência de titularidade de marca foi proposta como remédio ficou marcada como uma das mais importantes analisadas pela autarquia. No ato de concentração nº 08012.004423/2009-18<sup>87</sup>, o CADE analisou a incorporação de ações da Sadia S.A. pela Perdigão S.A., negócio que deu origem à BRF Brasil Foods S.A. (“BRF”).

Como resultado da operação, a BRF dominaria diversos mercados relacionados a produtos alimentícios, especialmente no setor de carnes *in natura*, alimentos congelados, produ-

---

<sup>83</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.002591/2007-15, Relator Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 13 de maio de 2009.

<sup>84</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003189/2009-10, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 19 de maio de 2010.

<sup>85</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.003521/2008-57, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 9 de fevereiro de 2011.

<sup>86</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.001157/2009-71, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 19 de setembro de 2012.

<sup>87</sup> CADE, ato de concentração nº 08012.004423/2009-18, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 13 de julho de 2011.

tos lácteos, dentre outros<sup>88</sup>. Em grande parte destes mercados, a BRF seria altamente integrada verticalmente, possuindo participação relevante em diversas etapas da cadeia de produção<sup>89</sup>. Conforme exposto por Ragazzo e Machado (2013, p. 300), na maioria dos mercados relevantes afetados pela operação, a participação de mercado da BRF somava mais de 20%, sendo, portanto, presumida a existência de poder de mercado<sup>90</sup>.

Dentre as barreiras à entrada identificadas, o CADE<sup>91</sup> dedicou especial atenção à força das marcas detidas pela BRF<sup>92</sup>. Além dos investimentos necessários para um novo entrante, foi também analisada a forma com a qual a BRF poderia valer-se de marcas de combate para evitar a entrada de novos concorrentes – adotando estratégias de preços agressivas – enquanto poderia garantir uma margem confortável por meio da manutenção dos preços dos produtos de marcas *premium*<sup>93</sup>.

Com a maioria absoluta de votos, o CADE decidiu aprovar a operação mediante a imposição de determinadas restrições estruturais e comportamentais, que teriam como objetivo garantir a existência de um “rival efetivo nos mercados afetados pela operação”<sup>94</sup>. Em sua decisão, o CADE conjugou dois tipos de remédios adotados anteriormente com relação a titularidade de marcas: (i) a alienação (cessão) de marca; e (ii) suspensão do uso de marca durante determinado período de tempo.

<sup>88</sup> Segundo o considerando “d” do Termo de Compromisso de Desempenho celebrado entre o CADE, a Sadia S.A. e a BRF, “o CADE constatou que as Compromissárias responderão por mais de 50% de praticamente todos os principais mercados de alimentos processados, chegando a patamares superiores a 80% em alguns”.

<sup>89</sup> A análise do poder de mercado da BRF em decorrência da operação que lhe deu origem está disposta no item 7 do voto do Conselheiro Carlos Ragazzo, e foi focada nos seguintes setores: (i) aquisição de animais para abate; (ii) oferta de carnes in natura; e (iii) oferta de processados.

<sup>90</sup> Cf. parágrafo 2º do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011: “[p]resume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

<sup>91</sup> Embora o Conselheiro Carlos Ragazzo, que votou pela reprovação da operação, tenha sido vencido na decisão do Plenário do CADE, a fundamentação do seu voto foi largamente utilizada para a negociação do Termo de Compromisso de Desempenho. Assim, pode-se dizer que, embora tenha discordado da conclusão obtida pelo Conselheiro Carlos Ragazzo, o CADE seguiu, em larga medida, os fundamentos de sua análise.

<sup>92</sup> Segundo o item 782 do voto do Conselheiro Carlos Ragazzo, “[a] presente subseção colacionou diversas evidências de que a marca é um ativo de extrema relevância nos mercados de produtos diferenciados ora analisados, na medida em que é determinante para que os agentes atuantes na indústria conquistem consumidores, que acabam, de certo modo, se fidelizando a determinadas marcas, tornando difícil, e muito, a alteração para as marcas de outros rivais, o que demanda custos elevados de propaganda e marketing, normalmente irrecuperáveis. Tais fatores impõem dificuldades à entrada e condicionantes de rivalidade significativos nesses mercados”.

<sup>93</sup> Assim, “o amplo portfólio de marcas das Requerentes, com marcas premium e de combate, de fato lhes permite inúmeras estratégias de preços, vendas e ganhos de mercado”, sendo que “as marcas das Requerentes são capazes de praticar preços mais altos e, ainda assim, venderem quantidades significativamente superiores a seus concorrentes, o que comprova, de forma extremamente clara, o poder de suas marcas” (item 784 do voto do Conselheiro Ragazzo).

<sup>94</sup> Segundo a Cláusula 1.1 do Termo de Compromisso de Desempenho, as medidas restritivas teriam como objetivo “(i) impedir que a unificação das operações das Compromissárias implique eliminação substancial da concorrência; (ii) criar condições para existência de rival efetivo nos mercados afetados pela operação; (iii) propiciar condições para entrada rápida e eficiente de concorrentes nos mercados referidos; (iv) assegurar que os benefícios decorrentes da associação sejam distribuídos equitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro”.

Especificamente, os remédios adotados foram<sup>95</sup>: (i) alienação de determinadas marcas de combate; (ii) alienação de ativos produtivos; (iii) alienação de ativos e direitos relacionados a centros de distribuição; (iv) cessão de carteiras de contratos; e (v) suspensão de diversas marcas – inclusive marcas *premium* – por períodos que variam de três a cinco anos. Todos os ativos alienados, em conjunto, eram responsáveis por parte relevante do faturamento da BRF (ALVARENGA, 2011).

Assim, nota-se que, ao contrário da operação que resultou na formação da Ambev – quando o CADE decidiu condicionar a aprovação do negócio à alienação de uma marca de combate – e da operação entre Colgate e Kolynos – quando a autarquia exigiu a suspensão de marca dominante por determinado período – no ato de concentração nº 08012.004423/2009-18 o órgão aplicou as duas soluções em conjunto, de modo a garantir a efetividade de sua decisão.

#### 4. Tendências e Recomendações

Conforme visto até aqui, a transferência de titularidade da marca – aqui encarada como o licenciamento, a cessão e até mesmo a suspensão de uso de marca – como remédio concorrencial deve levar em consideração o papel deste ativo na dinâmica concorrencial. Neste contexto, a marca é de suma importância em mercados nos quais a diferenciação apresenta-se como fator determinante e tem um duplo efeito na concorrência: (i) ela a beneficia, na medida em que estimula a competição via diferenciação<sup>96</sup>; e (ii) ela a reduz, ao criar barreiras à entrada<sup>97</sup>.

De forma geral, o CADE utiliza a transferência de titularidade de marca como remédio estrutural de modo a garantir espaço para novos concorrentes<sup>98</sup>. Adicionalmente, a jurisprudência do CADE demonstra uma evolução na aplicação, pela autarquia, da transferência de titularidade de marca como remédio concorrencial. Assim, é possível identificar as seguintes tendências: (i) transferência da titularidade de marca em conjunto com ativos produtivos suficientes para o estabelecimento de um rival; e (ii) alienação de marcas de combate, em conjunto com suspensão de marcas *premium*.

---

<sup>95</sup> Listadas na Cláusula 2.1 do Termo de Compromisso de Desempenho.

<sup>96</sup> Deve-se ressaltar que, embora a diferenciação possa ser considerada benéfica, por atender a demandas específicas do consumidor, ela também gera ineficiências identificadas nos seguintes tipos: (i) perdas de eficiência no mix de produção; e (ii) ineficiência produtiva decorrente do menor aproveitamento de economias de escala (FAGUNDES, 2003, pp. 70-71).

<sup>97</sup> Seja em função da exigência de pesados investimentos em marketing e publicidade para a entrada de um novo concorrente, seja pela estratégia agressiva de preços dos agentes dominantes, por meio da utilização das marcas de combate.

<sup>98</sup> Como ocorreu, de forma clara, no ato de concentração nº 27/1995 (caso Kolynos-Colgate), ato de concentração nº 08012.005846/1999-12 (criação da Ambev) e ato de concentração nº 08012.004423/2009-18 (criação da BRF).

Tais medidas têm se mostrado efetivas<sup>99</sup> em mercados concentrados. Em determinados mercados com concentração excessivamente alta, no entanto, tais medidas podem não surtir efeitos. A alienação de marcas de combate elimina parte das barreiras à entrada de novos concorrentes, pois limita a capacidade de o agente dominante iniciar uma guerra de preços, mas não elimina a necessidade de altos investimentos em publicidade e marketing pelos entrantes.

Portanto, além da alienação da marca em conjunto com ativos produtivos suficientes para o estabelecimento de um rival – algo que o CADE já adota como padrão em sua prática – a autarquia deve preocupar-se também, sempre que necessário, com a redução de barreiras à entrada, tanto em função da utilização de marcas de combate, como em função da exigência de altos investimentos irrecuperáveis.

A título de exemplo, uma medida possível – cuja aplicação deve ser restrita aos mercados altamente concentrados – seria a alienação de marcas de combate em conjunto com o licenciamento temporário de uma marca dominante em regime de marca dupla<sup>100</sup>. Desse modo, a possibilidade de utilização de estratégias agressivas de preços pelo agente dominante seria neutralizada, enquanto que a exigência de investimentos em marketing e publicidade seria reduzida.

É necessário ressaltar, entretanto, que estas seriam medidas extremamente intervencionistas e, neste sentido, sua utilização pelo CADE deve ser limitada aos casos em que sejam estritamente necessárias.

## 5. Considerações Finais

A utilização de remédios estruturais e comportamentais na análise de atos de concentração potencialmente danosos é de grande importância para a política de defesa da concorrência. Tais medidas permitem neutralizar os efeitos deletérios de uma operação e, ao mesmo tempo, preservar as suas eficiências.

Na aplicação de remédios concorrenciais, o CADE deve adotar como padrão o mínimo de intervenção possível para sanear os efeitos negativos do ato de concentração. Uma das formas possíveis de remediar uma operação danosa é determinar o licenciamento, a cessão ou a suspensão de uso de uma ou mais marcas. Deste modo, a autoridade concorrential busca garantir a existência de espaço para um rival se consolidar no mercado.

A experiência do CADE demonstra uma evolução na aplicação da transferência de titularidade de marca como remédio concorrential pela autarquia. Neste sentido, foi possível identificar que as principais tendências atuais do CADE são: (i) determinar a transferência da titularidade da marca em conjunto com ativos produtivos suficientes para garantir o estabele-

<sup>99</sup> Embora com algumas possíveis exceções. Neste sentido, a respeito do declínio da marca de cerveja “Bavaria” após a decisão do CADE, cumpre citar o trabalho desenvolvido por Denise Borba *et al* (2001).

<sup>100</sup> Da mesma forma como se cogitou fazer no ato de concentração nº 27/1995 (caso Kolynos-Colgate).

cimento de um concorrente; e (ii) buscar uma solução que neutralize as marcas de combate do agente dominante.

Como desafio para o futuro, entretanto, o CADE deverá encarar a questão da necessidade de altos investimentos irrecuperáveis para o estabelecimento de uma marca rival em mercados concentrados, nos quais a diferenciação pela marca seja uma relevante barreira à entrada. Até o momento, o órgão tem endereçado a questão por meio da suspensão de marcas dominantes<sup>101</sup>. A efetividade de tal medida e a continuidade de sua utilização, assim como a conveniência da aplicação de alternativas mais intervencionistas, são questões que deverão ser respondidas em casos futuros.

## 6. Referências

ALVARENGA, Darlan. Restrições para fusão equivalem a 13% da receita da BRF. *Revista Exame*, São Paulo, 13 de julho de 2011. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/index.html>>. Acesso em 9 de novembro de 2014.

CADE, *ato de concentração nº 56/1995*, Conselheiro Relator Marcelo Monteiro Soares, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 19 de dezembro de 1995.

CADE, *ato de concentração nº 25/1995*, Conselheiro Relator Rodrigues Chaves, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 7 de agosto de 1996.

CADE, *ato de concentração nº 27/1995*, Relatora Conselheira Luciana Helena Salgado e Silva, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 18 de setembro de 1996.

CADE, *ato de concentração nº 08012.005846/1999-12*, Relator Conselheiro Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 29 de maio de 2000.

CADE, *ato de concentração nº 08012.000212/2002-30*, Relator Conselheiro Miguel Tebar Barrionuevo, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 17 de julho de 2004.

CADE, *ato de concentração nº 08012.002591/2007-15*, Relator Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 13 de maio de 2009.

---

<sup>101</sup> Como no ato de concentração nº 27/1995 (caso Kolynos-Colgate) e ato de concentração nº 08012.004423/2009-18 (criação da BRF).

CADE, *ato de concentração nº 08012.003189/2009-10*, Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 19 de maio de 2010.

CADE, *ato de concentração nº 08012.003521/2008-57*, Relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 9 de fevereiro de 2011.

CADE, *ato de concentração nº 08012.004423/2009-18*, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 13 de julho de 2011.

CADE, *ato de concentração nº 08012.001157/2009-71*, Relator Conselheiro Elvino de Carvalho Mendonça, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 19 de setembro de 2012.

CADE, *ato de concentração nº 08012.013191/2010-22*, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, aprovado mediante assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho em 6 de agosto de 2014.

CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BASSO, Maristela. *Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste*: especial referência às marcas. Revista do IBRAC – Direito da concorrência, consumo e comércio internacional, São Paulo, vol. 16, p. 75, 2009.

BOHANNAN, Christina; HOVENKAMP, Herbert. *Creation without restraint: promoting liberty and rivalry in innovation*. New York: Oxford University Press, Inc., 2012.

BORBA, Denise et al. *Cerveja Bavaria: história de um ex-produto promissor*. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/rgb/article/view/154/157>>. Acesso em 9 de novembro de 2014.

BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova Iorque: The Free Press, 1993.

EXAME. Cresce participação da Ambev no mercado de cerveja. *Revista Exame*, São Paulo, 11 de setembro de 2007. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/m0138081>>. Acesso em 8 de novembro de 2014.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2003.



FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GICO JR., Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. Economic Analysis of Law Review, Brasília, vol. 1, p. 7, 2010.

GOLDBERG, Daniel K. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 3ª edição. St. Paul: West Publishing Co., 2005.

HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

International Network Competition. *Merger Remedies Review Project*. Disponível em <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc323.pdf>>. Acesso em 2 de novembro de 2014.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

MATTOS, César. Remédios em atos de concentração: a experiência internacional e o Brasil. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coord.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Aquisição de controle na sociedade anônima*. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OECD. *Policy roundtables: barriers to entry*. Disponível em <<http://www.oecd.org/daf/competition/abuse/36344429.pdf>>. Acesso em 2 de novembro de 2014.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Coord.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 4. 20ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

- POSNER, Richard. *Antitrust Law*. 2ª Edição. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes. *O CADE e o Poder de Compra no Setor Agropecuário*. Economic Analysis of Law Review, Brasília, vol. 4, p. 295, 2013.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, socialism and democracy*. Nova Iorque: Routledge, 2003.
- SEN, Amartya. *On ethics and economics*. Malden: Blackwell Publishing, 2013.
- SOKOL, D. Daniel. *The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, the Rule of Reason and Per Se Legality*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=2297365>>. Acesso em 25 de outubro de 2014.
- SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.
- TIMM, Luciano Benetti; CAOVILO, Renato. *As Teorias Rivais sobre a Propriedade Intelectual no Brasil*. Economic Analysis of Law Review, Brasília, vol. 1, p. 49, 2010.
- U.S. Department of Justice. *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies*. Disponível em <<http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/272350.pdf>>. Acesso em 12 de outubro de 2014.
- WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. 7ª Edição. Nova Iorque: Oxford University Press Inc., 2012.