

UMA ANÁLISE DAS CONCENTRAÇÕES DE EMPRESAS SOB O FATOR MARCA

Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI nº 140, Jan/Fev de 2016

Marco Antonio de Oliveira

Resumo: O presente estudo tem por finalidade analisar a influência da marca nos atos de concentração de empresas. Sabe-se que um ato de concentração requer especial cuidado de avaliação para que não se permita ato que possa desencadear, preponderantemente, efeitos negativos à concorrência. Para o melhor exame da concentração, é necessária especial atenção à marca, uma vez que a mesma pode exercer grande ação nos efeitos econômicos que a concentração acarretará. Para tanto, faz-se necessária prévias elucidações aos direitos antitruste e intelectual. Os eventuais impactos de ordem econômica, possíveis prejuízo à estrutura de mercado e ao consumidor também serão objeto de análise do estudo, bem como alguns casos submetidos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Summary: This study aims to analyze the influence of trademarks in mergers and acquisitions of companies. It is known that mergers and acquisitions require special attention so as not to allow practices that could often lead to negative effects on competition. To better examine such practices, attention to the trademark is necessary, since it can greatly influence the economic effects that mergers and acquisitions will entail. To this end, preliminary clarifications about antitrust and intellectual rights are essential. The possible economic impacts, likely damage to the market structure and consumers will also be analyzed in this study, as well as some cases previously submitted to the CADE.

Palavras-chave: direito antitruste. atos de concentração. marca.

Keywords: antitrust law. mergers and acquisitions. trademark.

Sumário: 1. Introdução – 2. Da Conexão entre os Direitos Antitruste e Intelectual – 3. Breve Noção dos Atos de Concentração – 4. Da Influência da Marca na Análise das Concentrações – 5. Estudo de Casos Submetidos ao CADE - 6. Conclusão - 7. Referências Bibliográficas

1 . INTRODUÇÃO

Os atos de concentração de empresas¹ são cada vez mais comuns.² Em uma economia globalizada, onde agentes econômicos de diferentes países disputam mercado

¹ São atos de concentração de empresas a junção do comando empresarial de duas ou mais empresas anteriormente independentes. Esta unificação pode ser por meio da aquisição, incorporação ou fusão entre duas ou mais empresas. Segundo Paula Forgioni, “o termo concentração geralmente vem empregado no campo do antitruste para identificar as situações em que os partícipes (ou ao menos alguns deles) perdem sua autonomia (o que ocorre em operações de fusão, incorporações etc.), ou constituem uma nova sociedade ou grupo econômico cujo poder de controle será compartilhado.” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 465)

² A Lei nº 12.529/2011 deu especial atenção aos atos de concentração de empresas: “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture. Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e

em praticamente todo o mundo, inclusive no Brasil, é quase uma obrigatoriedade para empresas nacionais, que desejam ganhar mercado internacional, o fortalecimento por meio da unificação de comando entre empresas. Ainda que o mercado exterior não seja o objetivo central, por vez, há necessidade de concentração para sobrevivência no próprio mercado interno.³

A concentração significa, aos olhos dos agentes econômicos envolvidos, uma oportunidade de obter mais competitividade. Competitividade que se traduz em força econômica para conseguir parcela significativa do mercado relevante que seja suficiente para garantir estabilidade e a lucratividade almejada.

Para os demais agentes econômicos concorrentes das empresas unificadas, o ato pode lhes soar como algo problemático.⁴ A princípio, uma concentração de empresas faz com que a mesma se torne mais forte em relação aos outros competidores. O aumento de poder econômico derivado da concentração tende a agir como um ímã que atrai mais poder financeiro, na forma de lucro.

Se para os agentes econômicos que optaram pela concentração a mesma lhes traz benefícios e, para as empresas participantes do mercado relevante onde se deu a concentração esta lhes parece maléfica, para o consumidor os efeitos podem ser positivos ou negativos dependendo de como o comando unificado e os concorrentes irão reagir ao ato.

Todavia, os atos de concentrações que preenchem determinados requisitos legais devem, antes, passar por uma avaliação do poder público, na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE⁵, justamente com a finalidade de

indireta e aos contratos delas decorrentes.” (BRASIL, Lei de Defesa da Concorrência. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponibilizado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15 out. 2015)

³ Os atos de concentração ocorrem, em geral, para tentar aumentar a competitividade das empresas frente a outras grandes empresas, muitas das vezes impulsionada pela globalização, onde empresas nacionais veem a necessidade de se juntarem a outras empresas nacionais ou estrangeiras para poder alavancar o grau de competitividade no mercado internacional ou, mesmo, doméstico. Com o ato de concentração, as empresas unificadas passam a ter maior poder de investimento, possibilitando maior progresso tecnológico, diminuição dos custos, e acarretando em maior eficiência econômica.

⁴ A unificação de empresas participantes de um mesmo mercado relevante faz com que parte da concorrência seja suprimida.

⁵ O CADE, estruturado pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos, tem, dentre diversas atribuições, a função de decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades cabíveis, ordenar providências para

assegurar ou, ao menos, tentar diminuir de todos os modos possíveis, as chances da concentração criar problemas de infração à ordem econômica, afetando negativamente o consumidor e a estrutura de mercado.⁶

É este, pois, o grande desafio do CADE, conceder ou não o aval para a finalização dos atos de concentração, considerando, para tanto, os efeitos benéficos ou maléficos à coletividade.

E, é exatamente neste ponto que a marca⁷, sinal distintivo que tem por finalidade auxiliar o consumidor nas suas escolhas ao mesmo passo que visa proteger o investimento do proprietário da marca⁸, deve ser levada em consideração na análise das concentrações.

A marca exerce significativo poder de atração junto ao consumidor, influenciando diretamente nos seus hábitos de consumo.⁹ Assim, é,

fazer cessar a infração, aprovar termos de compromisso de cessação de infração, apreciar processos administrativos de atos de concentração e aprovar acordos em atos de concentração.

⁶ Conforme explica Carlos Eduardo Neves de Carvalho, a “infração à ordem econômica compromete as estruturas do livre mercado, afetando as empresas concorrentes e prejudicando todo o mercado consumidor de determinado produto ou serviço”. (CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. *Uma Breve Análise sobre a interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 124, de Mai/Jun 2013. P. 41)

⁷ A definição, dada por Gama Cerqueira, compreende a marca como o sinal inserido em determinado bem para distingui-lo dos demais. (CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. I. Parte I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. P. 253-264.)

⁸ Neste sentido, Denis Borges Barbosa asseverou que “o interesse constitucional nas marcas é o de proteger o investimento em imagem empresarial, mas sem abandonar, e antes prestigiar, o interesse reverso, que é o da proteção do consumidor” (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 409)

⁹ Conforme ensina Luís Couto Gonçalves, além da função distintiva, que é a mais compreendida, a marca pode exercer ainda papel qualitativo, publicitário e econômico. (GONÇALVES, Luís M. Couto. *Direito de Marcas*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. P. 18). Por função distintiva, entende-se a atribuição da marca para distinguir produtos e serviços quanto a sua origem. Já a função de qualidade da marca pode ser compreendida como a garantia de qualidade não enganosa. Neste exato sentido, William Landes e Richard Posner afirmam que a marca deve exibir qualidade consistente. Willian Landes e Richard Posner fazem ainda uma conexão entre as funções de qualidade e publicitária da marca, quando afirmam que as marcas valiosas, assim o são, por denotarem qualidade consistente e que uma empresa tem incentivo de desenvolver a marca somente se está for capaz de manter a qualidade consistente. (LANDES, William M.; POSNER, Richard. *Trademark Law: An Economic Perspective*. 30 *Journal of Law and Economics* 265 (1987). Disponibilizado em: <<https://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/87land1.html>>. Acesso em 20 out. 2015). Nota-se que a função publicitária nada tem haver com a quase necessidade da marca aparecer em publicidade para se promover. Neste ponto, a que se notar a “relação entre a intensidade do uso da publicidade e o valor econômico da marca, segundo o qual quanto maior e melhor a utilização dos meios de publicidade, maior o poder evocativo e atrativo de uma marca, e, por consequência, maior o valor econômico representado por essa marca”. (MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 44). Por fim, Denis Borges Barbosa afirma ainda que a função econômica da marca “serve para diminuir o esforço de busca do consumidor e cria incentivos para instituir e manter a qualidade do produto” (BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas. Uma Perspectiva Semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. P. 16). A função econômica da marca se

preponderantemente, com base nas marcas que o CADE deverá pontuar sua análise dos atos de concentração.

A marca possui fundamental relevância no modelo econômico atual, cuja disputa por fatias de mercado justifica a constante e permanente competição entre os agentes econômicos que nele atuam. Ocorre que todo o investimento e esforço para fidelizar consumidores seriam inúteis caso esses fossem desprovidos de meios de identificar aquilo que os agradam e que realmente desejam consumir.¹⁰

Daí a necessidade primária de criar sinais que distingam concorrentes, uns dos outros, e auxiliem nas escolhas do consumidor. Dentre esses sinais distintivos¹¹, sem dúvida, a marca é o que exerce com mais perfeição tal função.

2 . DA CONEXÃO ENTRE OS DIREITOS ANTITRUSTE E INTELECTUAL

Primeiramente, antes de adentrar na análise dos atos de concentração sob a influência da marca, cumpre esclarecer a relação de complementaridade entre os direitos intelectuais, no qual a marca está inserida, e o direito antitruste, responsável pelas normas as quais os atos de concentração estão submetidos.^{12 13}

manifesta como um feixe da função publicitária. As marcas que possuem boa imagem e reputação no mercado, não raras às vezes, são mais valiosas do que todos os demais ativos da empresa, constituindo a marca o seu principal bem econômico. Neste mesmo sentido, Pierangeli ensina:“(...) a marca é para a empresa a base de sua comercialização, posto que torna conhecido o produto. Daí que se convertem em um ativo valiosíssimo da empresa. Torna-se um ponto fundamental para o desenvolvimento econômico de um país a formação de um acervo de marcas nacionais de prestígio”. (PIERANGELI, José Henrique. *Crimes Contra a Propriedade Industrial e Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 78-79).

¹⁰ Nicholas Economides afirma que as primeiras razões para a existência e proteção da marca são facilitar a tomada de decisões do consumidor e criar incentivos para empresas produzirem produtos de qualidade desejáveis. (ECONOMIDES, Nicholas S. *The Economics of Trademarks*. 78 TRM, 1998. P. 526. Disponível em: <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Economics_of_Trademarks.pdf>. Acesso em 20 out. 2015)

¹¹ Além da marca registrada, “há, no direito vigente, uma série de signos distintivos cuja proteção resulta apenas das regras de concorrência desleal: marcas não registradas, títulos de estabelecimento, insígnia, emblemas, recompensas industriais, sinais e expressões de propaganda.” (BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da Propriedade Intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 125)

¹² “Nesse sentido, é possível constatar que a Constituição Federal vislumbra a propriedade intelectual e o direito da concorrência como instrumentos complementares de promoção de inovação e desenvolvimento econômico, gerando eficiências econômicas – estáticas e dinâmicas – que resultaram em ganhos de bem-estar social.” (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 261).

¹³ “(...) o Direito da Propriedade Intelectual e o Direito da Concorrência, na medida em que se relacionam, devem ser objetos de uma análise conjunta, exigindo-se uma harmonização que possibilite uma maior eficiência na produção e implementação de políticas públicas. Assim, são direitos complementares na medida em que ambos objetivam fomentar a inovação e, conseqüentemente, a concorrência, em benefício dos consumidores.” (CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. *Uma Breve*

Pode parecer que os direitos antitruste e intelectual são antagônicos, uma vez que o primeiro visaria proteger a concorrência enquanto o segundo forneceria meios de restringi-la. Entretanto, este entendimento se encontra superado.¹⁴

Isto, pois, percebeu-se que os dois direitos têm o mesmo objetivo, estimular o desenvolvimento social, econômico e tecnológico, por meio do incentivo a concorrência.¹⁵

A competição faz com que os agentes econômicos procurem desenvolver novas técnicas para superar o concorrente. Contudo, caso não houvesse proteção, os agentes não teriam estímulos suficientes para investir tempo e capital em inovação e melhorias.

É aí que os direitos intelectuais exercem seu papel de proteção ao investimento ao mesmo tempo em que estimulam novos investimentos em tecnologia, o que acarretará na criação de novos produtos, melhor qualidade dos bens ofertados e redução de preços, beneficiando diretamente o consumidor.

Por certo que, do ponto de vista do agente econômico detentor de um direito intelectual, o uso do seu direito visa reduzir o âmbito de atividade do concorrente, que, por sua vez, enxerga o direito intelectual como algo prejudicial ao seu negócio.

Contudo, esta tensão de mercado é tão comum quanto natural, onde agentes disputam acirradamente parcela do mercado. No entanto, o uso do direito intelectual não pode servir de argumento para qualquer tipo de conduta. Assim como os demais direitos

Análise sobre a interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 124, de Mai/Jun 2013. P. 42)

¹⁴ “Durante a primeira metade do século XX, prevaleceu o entendimento de que existia um conflito entre as normas de propriedade intelectual e as normas antitruste. Tal entendimento se baseava na premissa de que os direitos de propriedade intelectual criam verdadeiros monopólios em determinado mercado relevante de produtos ou serviços, ao passo que o direito antitruste tem como uma de suas principais funções justamente reprimir monopólios e seus efeitos anti-concorrenciais.” (ANDRADE, Gustavo Piva. *A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste.* Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 91, de Nov/Dez 2007. P. 33)

¹⁵ “A exclusividade conferida ao titular de direitos de propriedade intelectual estimula a inovação e promove a concorrência, na medida em que os agentes econômicos são forçados a investir em qualidade e inovação para diferenciar seus produtos em relação aos de seus concorrentes e, assim, maximizar seus lucros e garantir maiores fatias do mercado. Essa dinâmica da concorrência pela inovação e superação, que constitui o ponto de convergência entre a propriedade intelectual e o direito antitruste, contribui para o progresso técnico e crescimento econômico, em benefício dos consumidores, que terão maiores opções de escolha no mercado.” (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência.* São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 64)

de propriedade, tal uso sofre limitação quando o é realizado de forma abusiva ou de modo a prejudicar a concorrência.¹⁶

A marca que possui elevado grau de prestígio junto ao público consumidor, por exemplo, tem a capacidade de reservar parcela de mercado que, dependendo do nível de dominação do mercado relevante, seu titular poderá agir como se monopolista fosse.¹⁷

Todavia, essa dominação de mercado alcançada através de eficiência concorrencial do agente econômico, não só não pode como não deve ser alvo de intervenção antitruste. Isto, pois, não se poderia punir um agente econômico por seu sucesso decorrente de prática competitiva leal e eficiente. No entanto, caso o agente haja de forma abusiva¹⁸, seja para obter o domínio de mercado relevante seja para permanecer com este domínio restringindo a concorrência ou, ainda, aumentando arbitrariamente seus lucros, aí sim, o direito antitruste deve se encarregar de solucionar o problema, podendo, inclusive, restringir direitos intelectuais.¹⁹

Neste exato sentido, Paulo Lila esclarece que “é certo que o exercício de direitos de propriedade intelectual não está imune a incidência da Lei Antitruste”²⁰.

Por fim, o referido jurista defende ainda que “os órgãos brasileiros de defesa da concorrência devem atuar para reprimir práticas restritivas da concorrência a partir

¹⁶ “A intervenção antitruste em Direito da Propriedade Intelectual só se justifica em situações nas quais existe abuso do direito da exclusividade de uso do ativo intangível”. (CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. *Uma Breve Análise sobre a interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 124, de Mai/Jun 2013. P. 42)

¹⁷ “(...) quando existe poder de mercado e o agente extrapola o que seria necessário para proteger a sua inovação, causando lesão à concorrência ou impondo barreiras á entrada de novos competidores, a prática não só pode, como deve, ser reprimida.” (ANDRADE, Gustavo Piva. *A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 91, de Nov/Dez 2007. P. 40)

¹⁸ José de Oliveira Ascensão define abuso se posição dominante como a “utilização de uma posição vantajosa para ditar regras que atingem a fluidez da concorrência” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002. P. 592.)

¹⁹ “É precisamente o abuso no exercício dos direitos de propriedade intelectual, e não o exercício regular de tais direitos que pode constituir infração à ordem econômica, a ser coibida pelas autoridades antitruste”. (BLASI, Marcos Chucralla Moherdau. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: premissas de análise e apontamentos sobre a jurisprudência brasileira e estrangeira*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 116, de Jan/Fev 2012. P. 58)

²⁰ (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 261)

do uso abusivo de direitos intelectuais”²¹, que é o que ocorre em parte com a análise dos atos de concentração.²²

3 . BREVE NOÇÃO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Ato de concentração de empresas nada mais é do que a unificação de poder econômico em prol de um ou mais agentes econômicos atuantes dentro de um mesmo mercado relevante.

O ato de concentração tem o potencial de gerar efeitos benéficos, como o aumento da capacidade de produção, o desenvolvimento tecnológico, a inovação, a redução de gastos, a diminuição dos riscos empresariais, a maior captação de investimentos externos com o aumento do valor da empresa e a possibilidade do crescimento do lucro, o investimento em publicidade, a captação de mais mão de obra qualificada, a expansão territorial da empresa, a facilidade na captação de matérias primas, a facilidade de distribuição da produção e a maior independência da empresa em relação ao Estado.

Todavia, ao mesmo tempo, um ato de concentração requer maiores cuidados para que a posição dominante de um agente econômico num determinado mercado relevante não gere abuso de poder, aumento arbitrário dos lucros, ou restrição a livre iniciativa e a livre concorrência, casos em que a concentração pode gerar um cenário desfavorável aos concorrentes e ao consumidor.

Por esta razão, para aprovação de determinadas concentrações, é essencial a análise de alguns elementos.

Primeiramente, a análise deverá recair sobre o mercado relevante em questão, conforme preceitua Paulo Lila^{23,24}. Delimitado o mercado, passa-se a analisar

²¹ (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 262)

²² “Desse modo, a política de defesa da concorrência passa a servir como espécie de ‘filtro externo’ a disciplinar as condutas de agentes econômicos que abusam de seus direitos de propriedade intelectual como estratégia para restringir ou eliminar a concorrência. Evidentemente, as leis antitruste não interferem na concessão dos direitos de propriedade intelectual, mas apenas impõe condições para a exploração desses direitos com objetivo de evitar os efeitos negativos decorrentes de estratégias anticoncorrenciais.” (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 57-58)

²³ LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 69.

quem são os agentes econômicos que ali atuam e qual o grau de participação de cada um deles e qual a dinâmica do mercado relevante.²⁵ Em seguida, é necessário saber se há barreiras à entrada de novos competidores e se há concorrência potencial, para, então, ser possível concluir se o ato será capaz de proporcionar, ou não, o ganho de eficiência econômica.

Paula Forgioni define mercado relevante como “aquele que se travam relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”^{26 27}.

Tarefa não tão simples é a delimitação do que vem a ser o mercado relevante. Há dois elementos que devem ser considerados para que se aproxime de um mercado relevante, o espaço geográfico e o tipo de produto ou serviços ofertados, este último também denominado de mercado relevante material.^{28 29}

Uma forma de determinar o mercado relevante é a aplicação do denominado “teste do monopolista hipotético” que, conforme explica Paulo Lila, “o mercado relevante corresponde ao menor grupo de produtos e a menor área geográfica

²⁴ Tanto a restrição à concorrência, quanto o domínio de mercado e o abuso de posição dominante, devem ser analisados a partir da delimitação de um determinado mercado, o que vem a ser o mercado relevante.

²⁵ “(...) a busca do mercado relevante passa pela identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa o agente econômico.” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 232)

²⁶ FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 231

²⁷ Outra definição é dada por Gilberto de Abreu Sodré Carvalho ao diferenciar a visão do direito concorrencial privado e público: “mercado relevante é o nome que se pode dar a essa rede intersubjetiva jurídica entre os titulares de direito de propriedade empresarial, enfatizando-se que a sua visualização como um sistema intersubjetivo jurídico é a útil para o nosso direito concorrencial privado, não sendo a concepção geográfica econômica, em que o espaço físico, o *marketplace*, é o indutor, visão essa suficiente para o direito concorrencial público”. (CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil Concorrencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. P. 57)

²⁸ Em suma, tem-se por mercado relevante geográfico o espaço geográfico físico onde agentes econômicos disputam a mesma clientela. Pode-se averiguar o mercado relevante geográfico quando um agente aumenta os preços de seus produtos e grande parte dos consumidores deixa de consumi-lo em prol de outros agentes. É possível afirmar que o mercado relevante geográfico em que atua o primeiro agente abrange toda a extensão territorial do local dos demais agentes onde os consumidores passaram a consumir o produto em questão.

²⁹ Por sua vez, o mercado relevante material é aquele em que agentes econômicos concorrem em razão da fungibilidade dos produtos. Em outras palavras, verifica-se a substitutibilidade entre determinados produtos tendo em vista determinado público consumidor. Se determinado produto sofrer um aumento de preço e o consumidor deixar de comprá-lo para adquirir outro produto o qual o satisfaça da mesma forma, pode-se considerar este produto como concorrente daquele. Nesse caso, ambos os produtos fazem parte do mesmo mercado relevante de material.

necessários para um ‘monopolista hipotético’ tenha condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório, aumento de preços”.³⁰

Outro ponto que deve ser levado em consideração na análise de um ato de concentração é a existência de concorrência potencial e as barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado relevante em questão.

Isto, pois, ainda que não haja concorrência atual, a concorrência potencial é capaz, se não de fazer com que o agente econômico que detém posição dominante não tenha comportamento de monopolista, ao menos intimidá-lo.³¹

Além disso, a concorrência potencial está diretamente ligada à ausência de barreiras à entrada de novos competidores. Caso não haja barreiras à entrada, é possível surgir empresas que disputem o mercado com o agente em posição dominante.³²

4 . DA INFLUÊNCIA DA MARCA NA ANÁLISE DAS CONCENTRAÇÕES

Sabe-se que a análise dos atos de concentração deve recair sobre a estrutura de mercado³³, a existência de barreiras à entrada³⁴, concorrência em potencial³⁵ e, por fim, a geração de eficiência econômica³⁶.

³⁰ LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 67

³¹ A concorrência potencial pode configurar-se através da ameaça de um forte agente econômico estrangeiro de ingressar no mercado nacional. Também pode ocorrer no mercado doméstico, quando agentes econômicos menores que não estejam produzindo o máximo de seu potencial, passem a produzir mais com preços menores visando atender parte do mercado do agente dominante no caso deste agente em posição dominante aumentar os preços de seus bens.

³² Existem dois tipos de barreiras à entrada de novos competidores num determinado mercado relevante, as quais podem ser divididas em barreiras naturais e artificiais (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 165). As barreiras naturais seriam, basicamente, o tipo de investimento inicial para iniciar determinada atividade econômica, cujos custos são os chamados irrecuperáveis. Além disso, pode haver necessidade de conhecimento específico, como mão de obra especializada, ou ainda, a necessidade de autorização de entidades governamentais e não governamentais para o desempenho daquela atividade. Por sua vez, as barreiras artificiais estariam relacionadas às preferências e hábitos do consumidor, muitas vezes influenciadas por determinado agente econômico, por meio, por exemplo, de publicidade maciça.

³³ Aqui inclui o estudo do mercado relevante, das empresas concorrentes e suas parcelas de participação no mercado, adinâmica do mercado em questão, bem como os possíveis impactos da futura concentração na estrutura de mercado.

³⁴ Neste caso, deve se averiguar tanto as barreiras naturais – investimento inicial e condições de dificuldade para o início de determinada atividade econômica - quanto às barreiras artificiais – força das marcas e hábitos dos consumidores, por exemplo.

³⁵ Pode ser um poderoso agente econômico estrangeiro que tenha pretensão de entrar no mercado doméstico ou empresas nacionais de pequeno e médio porte que podem aumentar a produtividade para suprir determinada demanda.

Igualmente, é sabido que nem toda concentração ocasiona efeitos negativos ao consumidor. Por vezes, pode até restringir de certa maneira a concorrência, mas, nem por isso, seus efeitos são negativos para a sociedade.³⁷

Assim é que os atos de concentração que tragam eficiência econômica, decorrendo em benefícios a sociedade devem ser permitidos.³⁸

Calixto Salomão Filho explica que “no mercado concentrado, a união entre empresas pode ser necessária à sobrevivência econômica da empresa, e não um ato tendente a criar poder de mercado”³⁹. Isso porque “o aumento do poder da nova empresa que se firma pode servir como contrapeso ao poder do outro participante ou dos outros participantes e tornar o mercado mais competitivo”⁴⁰.

Há mercados em que a concentração natural⁴¹ é tão grande por uma empresa que a unificação de concorrentes, ainda que, aparentemente, diminua a concorrência, pode ser útil para aumentar a competitividade.

Corroborando com este entendimento, “existem várias evidências empíricas de que a introdução de um concorrente de peso em um mercado monopolizado aumenta substancialmente a competição. A tendência é de queda nos preços e de melhoria na qualidade de ambos os produtos”⁴².

Isso porque, ainda que existente um duopólio, por exemplo, a concentração de mercado relevante por duas empresas pode levar a uma rivalidade saudável ao

³⁶ A eficiência econômica pode ser representada pelo o aumento da capacidade de produção, o desenvolvimento tecnológico, a inovação, a redução de gastos, a maior captação de investimentos externos com o aumento do valor da empresa e a possibilidade do crescimento do lucro, a expansão da empresa com a criação de empregos, etc.

³⁷ “(...) é imperioso destacar que a Lei Antitruste proíbe os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar posição dominante, ou possam resultar em dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvadas as exceções (...) compreendidas como eficiências econômicas capazes de justificar a aprovação dos atos de concentração potencialmente lesivos à concorrência”. (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 269)

³⁸ É preciso sopesar os malefícios e benefícios para a coletividade para que se chegue a uma conclusão. Caso os últimos sejam maiores que os primeiros, a concentração pode ser permitida.

³⁹ FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 157

⁴⁰ FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 157

⁴¹ Decorrente de uma melhor eficiência competitiva de um determinado agente econômico em relação aos demais.

⁴² FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 157

consumidor, onde a disputa por fatias do mercado e a garantia de retorno do capital investido, soa como um estímulo ao investimento em inovação, criação de novos produtos, melhoria na qualidade dos produtos existentes e redução de preços.

Com maior aporte financeiro e perspectiva de lucro, estes agentes econômicos tem capacidade e vontade para gerar desenvolvimento tecnológico e econômico.

Por outro lado, a análise do ato de concentração deve tomar especial cuidado com a marca, que dependendo do seu grau de conhecimento e reputação junto ao consumidor, pode ser objeto de grande vantagem comercial.⁴³

A marca ao proteger o investimento privado⁴⁴, permite o acúmulo de capital e a segurança necessária para estimular a melhoria na qualidade dos bens, redução dos custos de produção, inovação, surgimento de novos produtos, desenvolvimento tecnológico, expansão da atividade empresarial com a geração de postos de trabalho, e criação de uma reputação.

Por outro lado, a marca cria uma espécie de poder de mercado⁴⁵, decorrente da sua função publicitária⁴⁶ e econômica⁴⁷. O alto investimento em publicidade e as

⁴³ “Fusão e aquisições são atos de concentração empresarial que, usualmente, envolvem a transferência de grandes portfólios de ativos intangíveis. Muitas vezes, a propriedade intelectual detida pelas empresas envolvidas é tão significativa ou estratégica que tais ativos passam a ser o ponto central da análise do próprio ato de concentração. Isso acontece não só em relação às patentes e aos direitos autorais, como também em relação às marcas. Sob a perspectiva do sistema de defesa da concorrência, as marcas são geralmente vistas como barreiras à entrada de novos competidores porque, em função da sua tradição e reputação, elas se transformam em verdadeiros magnetos de atração de clientela. Criam, pois, um elo de fidelidade produto-consumidor tão intenso que acabam eliminando a possível elasticidade cruzada do produto com seus similares, transformando-se numa grande vantagem do titular em relação aos seus concorrentes.” (ANDRADE, Gustavo Piva. *A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 91, de Nov/Dez 2007. P. 44)

⁴⁴ A ausência de proteção do agente econômico sob o instituto marcário, poderá conduzir a um cenário econômico e social preocupante, conhecido como a tragédia dos comuns. Melhor explicando, se todos os agentes econômicos se utilizam livremente do esforço de um único agente econômico inovador, por exemplo, copiando-o sem qualquer contraprestação razoável, o agente inovador não terá mais estímulo para continuar inovando, levando a estagnação do desenvolvimento tecnológico e, conseqüentemente, social e econômico. Como explica Fernando Araújo, com “essa deficiência de incentivos, a tendência será o sub-investimento”. (ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Lisboa, Ed. Almedina, 2008.)

⁴⁵ “Muitas vezes, o agente econômico, ainda que sujeito a um certo grau de concorrência, detém a posição dominante em virtude da dependência que os consumidores mantêm do produto ou serviço. Verifica-se, então, um baixo grau de elasticidade cruzada do produto, sendo bastante reduzida a intercambialidade com semelhantes, ainda que satisfaçam necessidades idênticas do consumidor. Este, por algum motivo, despreza outro produto que lhe traria igual utilidade, e continua a preferir aquele de que habitualmente se utiliza. É o que ocorre, por exemplo, com muitas marcas de produto e seus ‘fiéis’ consumidores. Não se

boas práticas comerciais podem formar uma excelente reputação da marca junto ao consumidor.

Ocorre que, essa “reserva de mercado” que certas marcas possuem devido à lealdade do consumidor, formada por gosto ou hábito deste, pode levar ao proprietário da marca a agir como monopolista, aumentando preços e diminuindo a qualidade de seus produtos, dependendo do seu domínio de mercado e das barreiras à entrada de novos competidores.

Ademais, a própria marca pode agir como barreira à entrada que, conforme o grau de fidelidade do consumidor, inibe novos competidores a se aventurarem naquele mercado.⁴⁸

Calixto Salomão Filho esclarece que essas barreiras à entrada, além de prejudicarem a concorrência, atingindo diretamente aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, possibilitam ao agente econômico agir conforme seu único interesse e sem incentivo para repartir o seu ganho econômico com o consumidor, levando a uma situação de ineficiência econômica.⁴⁹

Portanto, nos casos de análise prévia dos atos de concentração de empresas que possuem marcas fortes e que são capazes de ampliar o domínio dos agentes sobre

trata, necessariamente, de considerar a priori os produtos identificados por cada marca como um mercado relevante distinto. Entretanto, pode ocorrer que a marca dê origem a uma falta de elasticidade cruzada do produto com seus similares, de forma a assegurar a seu titular uma situação de independência e indiferença, típica da posição monopolista.” (FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 341)

⁴⁶ A função publicitária é relacionado diretamente ao caráter apelativo da marca, medida pela sua força atrativa para com o consumidor. Esta função é bastante criticada por fomentar a desigualdade entre concorrentes, interferindo na escolha do consumidor, cujo comportamento se daria de forma quase que irracional.

⁴⁷ Já a função econômica, que não deixa de ser relacionada à função publicitária, refere-se ao valor da marca.

⁴⁸ Segundo Calixto Salomão Filho, há dois tipos de barreiras, as naturais e as artificiais. As primeiras seriam a diferenciação entre produtos, o investimento inicial e os custos irrecuperáveis. As segundas seriam a possibilidade de influenciar os hábitos do consumidor. O mencionado jurista assinala, por exemplo, que a publicidade tem forte ação no gosto do consumidor. (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 165-169)

⁴⁹ “(...) em presença dessas barreiras, diminui-se a possibilidade efetiva de concorrência. O agente com poder de mercado cria para si um mercado cativo, impenetrável. Mais do que restrição à liberdade de concorrência, há, nesses casos, uma restrição de liberdade de iniciativa, objeto de tutela primária do direito concorrencial brasileiro. Por outro lado, inexistente a possibilidade de entrada de concorrentes, o agente econômico pode exercer livremente seu poder monopolista sobre os consumidores. (...) Não há sequer incentivo para divisão com os consumidores de qualquer ganho de eficiência.” (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 164)

determinado mercado relevante, requer-se muita cautela, podendo até mesmo sofrer intervenção do direito antitruste.⁵⁰

5 . ESTUDO DE CASOS SUBMETIDOS AO CADE

A partir da década de 90, o CADE passou a ter grande destaque nos noticiários ligados à economia com a análise dos atos de concentração de empresas, cujas marcas eram de grande conhecimento do público geral.

Um dos primeiros grandes casos submetidos ao CADE foi a COLGATE-KOLYNOS no ano de 1997, que impactou o mercado de produtos de saúde e higiene bucal.

Durante o processo, o CADE constatou que a KOLYNOS e a COLGATE juntas detinham 80% de participação no mercado⁵¹, sendo que os demais concorrentes detinham participação inexpressiva frente às duas marcas, e que essa desigualdade marcava a ausência de rivalidade ou influência desses no comportamento daqueles.

Especialmente neste segmento de mercado, o CADE concluiu que a concorrência era, basicamente, intermarcas, ou seja, o consumidor era induzido a adquirir determinado produto pela reputação da marca e sua lealdade para com esta.

Dessa forma, com o objetivo de evitar a eliminação da concorrência e remover barreiras à entrada de novos concorrentes ou para o crescimento dos que já estavam no mercado, o CADE determinou, como condição para aprovação da aquisição da KOLYNOS pela COLGATE, que a COLGATE suspendesse a marca KOLYNOS pelo período de quatro anos.

Essa decisão, em tese, encorajaria novos competidores a ingressarem no mercado para suprir a carência do consumidor com relação a sua marca, KOLYNOS.

⁵⁰ “(...) para os direitos de propriedade intelectual, é necessário aferir se a sua titularidade em si ou a forma como ele é exercido confere ao detentor um poder de mercado que o assemelhe a um monopólio, no sentido de não existência de produtos substitutos no mercado, a ponto de que ele detenha controle total sobre os preços praticados ou proporcione expressivas barreiras à entrada (ou mesmo empecilhos à manutenção no mercado) de outros concorrentes. Nesta hipótese, justificar-se-ia a intervenção antitruste para repressão de tais condutas.” (BLASI. Marcos Chucralla Moherdai. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: premissas de análise e apontamentos sobre a jurisprudência brasileira e estrangeira*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 116, de Jan/Fev 2012. P. 58)

⁵¹ Sendo a marca KOLYNOS líder de mercado, ocupando a COLGATE a segunda posição.

Todavia, em que pese a COLGATE ter se desfeito da marca KOLYNOS, aquela lançou no mercado outra marca, a SORRISO, com embalagem parecida com a da antiga marca. Assim, a COLGATE conseguiu um substituto a altura para aquela marca, continuando a liderar o mercado de creme dental.

Por sua vez, em decorrência do lançamento, o produto SORRISO entrou no mercado com o preço mais baixo que a KOLYNOS, marca já consolidada, fato também que forçou a queda de preço do produto COLGATE, o que favoreceu, ao menos num primeiro momento, ao consumidor.

Em seu comentário sobre o caso, Calixto Salomão Filho afirma que “o maior mérito dessa decisão está, sem dúvida, em ter percebido que, do ponto de vista jurídico e econômico, a marca serve, hoje, precipuamente como forma de consolidar gostos e preferências em torno de um determinado nome e não, como ocorria no passado, como forma de garantir qualidade do produto”⁵².

Nota-se que uma forma da marca influenciar o consumidor é criar intimidade com este, processo pelo qual, normalmente, se inicia ou se solidifica através da publicidade maciça ou impactante. Assim é “que para a construção da reputação de uma marca são comuns vultosos gastos em publicidade”⁵³.

Por esta razão que, sendo a única empresa com enorme poder econômico naquele mercado relevante, a COLGATE, investindo pesado na marca SORRISO, conseguiu ocupar o espaço deixado pela marca KOLYNOS.

Neste ponto, entende-se que o CADE se equivocou ao não condicionar a aprovação da concentração ao não lançamento de outra marca no lugar daquela “extinta”, uma vez que, não tendo outros concorrentes com poder econômico à altura da COLGATE, era evidente que a mesma, com o lançamento de um produto novo, iria investir forte na construção de uma marca que preenchesse o vazio então existente.

⁵² FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 316

⁵³ FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 316

Em caso de proibição de lançamento de novo produto por determinado período, possivelmente, novos concorrentes seriam encorajados a se lançar no mercado para atender a demanda antes pertencente ao produto KOLYNOS.

Outro caso de destaque foi a fusão entre BRAHMA-ANTÁRTICA, em 1999, que deu origem a AMBEV, empresa que deteve na época 75% a 90% do mercado nacional de cervejas. A AMBEV era dona das três marcas líderes de mercado: ANTÁRTICA, BRAHMA e SKOL. A fusão tinha por objetivo aumentar a competitividade para internacionalizar-se.

Como condição para aprovação do ato de concentração, o CADE determinou a venda de cinco fábricas, bem como da marca BAVÁRIA, cuja participação era de 7% do mercado. Devida há falta de prazo do CADE para que a venda da BAVÁRIA fosse concluída, a AMBEV deixou de investir na marca e, quando a venda se concretizou para a canadense MOLSON, a marca detinha apenas 3% de participação de mercado.

No curso do processo, o CADE entendeu que a concentração beneficiaria a sociedade, uma vez que resultaria em aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos produtos e proporcionaria eficiência e desenvolvimento tecnológico, possibilitando grande competitividade no mercado internacional, ainda que trouxesse certo prejuízo à concorrência, o que seria diminuído com a remoção de barreiras.

Assim, em que pese a enorme concentração gerada, aparentemente, o negócio não foi ruim para o consumidor, pois que a concorrência demonstrou grande competência. Além disso, marcas menores eram conhecidas do público e novas marcas surgiram e se tornaram famosas.

Ademais, pode-se afirmar que a concentração impactou positivamente no mercado, uma vez que o padrão de qualidade de cervejas nacionais aumentou e os preços reduziram.

Outro fator que merece atenção e que hoje se pode constatar com propriedade era a existência, já naquela época, de concorrência em potencial por empresas estrangeiras, que em determinado momento ingressaram no mercado nacional com marcas conhecidas, de boa qualidade e preços competitivos.

Um famoso caso é o da NESTLÉ-GAROTO, que teve início no ano de 2002, quando o CADE não aprovou a aquisição da GAROTO pela NESTLÉ, e até hoje não há uma definição.

Em que pese ter acontecido à aquisição, o CADE não aprovou o negócio sob o argumento de que a concentração teria alto poder lesivo à concorrência, uma vez que geraria uma concentração de 58% do mercado de chocolates em geral, chegando a 88% do mercado de cobertura de chocolate, o que criaria barreiras para novos concorrentes e não geraria redução de custos suficientes para evitar o aumento de preços. Se o negócio fosse aprovado, a empresa praticamente dividiria o mercado com a KRAFT, detentora da LACTA.

Assim, como base na proteção do bem-estar do consumidor⁵⁴, na preservação da concorrência⁵⁵ e em prol do princípio da livre iniciativa⁵⁶, e tendo em vista o não convencimento de que a concentração geraria eficiência produtiva, o CADE optou por não aprovar o ato.

Antes do julgamento pelo CADE, as partes ainda assinaram um Acordo de Prevenção de Reversibilidade da Operação – APRO, comprometendo-se a manter as estruturas independentes e a não tomar decisões irreversíveis.

Portanto, o negócio está pendente de análise pela justiça. O que é certo é que este impasse acarreta ineficiência – queda de preços, que beneficiariam o consumidor -, uma vez que as empresas estipulam seus preços de forma coordenada, e a NESTLÉ continua investindo na GAROTO, mas não da forma que investiria caso tivesse sido aprovado o negócio.

Nesse caso, parece que o CADE agiu de forma muito conservadora ao proibir o ato de concentração alegando a concentração de mercado nas mãos de duas empresas, o que criaria uma espécie de duopólio.

⁵⁴ Não haveria garantias de redução de preços e melhoria na qualidade dos produtos.

⁵⁵ Entendeu-se que a concentração eliminaria alguns *players* do mercado.

⁵⁶ Uma vez que a concentração inibiria a entrada de novos concorrentes.

Conforme ensina Calixto Salomão Filho, a proibição da concentração “muitas vezes se revela muito drástica e até mesmo ineficiente para a persecução dos objetivos visados (preservação da concorrência e bem-estar do consumidor)”⁵⁷.

Sabe-se que a concorrência é uma dos melhores meios de alcançar a eficiência econômica, o que possivelmente desencadearia em inovação, redução de preços e melhoria na qualidade dos bens.

Porém, há mercados em que a concentração possibilita o investimento em inovação e desenvolvimento tecnológico, tendo em vista a necessidade de grande quantidade de capital disponível e instrumentos para tanto, além da segurança de retorno ao investimento.⁵⁸

Ainda que não seja este o caso, e que a indústria de alimentícia não necessite de grande concentração de capital para incentivo a inovação e desenvolvimento tecnológico⁵⁹, é certo que, por vezes, o duopólio pode ser suficiente para estimular a inovação, o aumento da qualidade dos produtos e a redução de preços, desde que haja grande rivalidade entre os concorrentes, não haja barreiras à entrada e exista concorrência potencial.⁶⁰

Portanto, por vezes, o melhor caminho pode ser a aprovação da concentração sob certas condições, como a transferência de marcas para um terceiro agente econômico, por exemplo.^{61 62}

⁵⁷ (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 301)

⁵⁸ Paulo Lila afirma que a teoria econômica concluiu que mercados competitivos são capazes de gerar mais bem-estar social através da eficiência alocativa e produtiva do que mercados concentrados ou monopolizados. Contudo, em contraponto a essa ideia, afirma que o economista Joseph Schumpeter, defensor da concorrência como processo dinâmico no qual os concorrentes visam maior participação de mercado, incentivando assim a inovação e diferenciação dos bens ofertados, desde que não haja barreiras à entrada e que haja concorrência em potencial, à concentração pode favorecer a capacidade para maiores investimentos tendo em vista o acúmulo de poder econômico para tanto. (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 60-64 e 80-81)

⁵⁹ Não se tem conhecimento para afirmar ou negar esta assertiva.

⁶⁰ Paulo Lila, concordando com os ensinamentos de Jonathan Baker, afirma que a concorrência exerce influência na inovação, seja para desenvolver novos produtos ou para investirem na redução de custos de produções e aumento da qualidade dos produtos existentes. No caso de duopólio, onde a rivalidade é acirrada entre os agentes econômicos, não deixa de haver concorrência, valendo, então, este ensinamento. (LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. P. 83)

⁶¹ “É possível que as partes possam e queiram comprometer-se a atingir ou perseguir os objetivos necessários à aprovação da concentração. Caso isso ocorra, a aprovação condicional pode se revelar instrumento bastante eficaz.” (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 302)

Por fim, um caso de grande relevância é a SADIA-PERDIGÃO, ocorrido em 2011 e que originou a BRASIL FOODS, cuja participação chega a 90% no mercado de lasanhas e 70% nos produtos de presuntos, pizzas prontas dentre outros do tipo.

Como condição para aprovação do negócio o CADE determinou: (i) a suspensão das marcas PERDIGÃO em alguns segmentos - de três anos para presuntos, linguiça e kit de festas suínos, quatro anos para salame, e cinco anos para lasanhas, pizzas, kibes e frios saudáveis; (ii) a suspensão da marca BATAVO por quatro anos para processados de carne; (iii) que a BRASIL FOODS não poderá lançar novas marcas para estes segmentos e nenhum outro em que a SADIA tenha concentração; (iv) que a BRASIL FOODS deverá vender ativos – fábricas e centros de distribuição que representavam cerca de 80% da PERDIGÃO, marcas como RESENDE, WILSON, FIESTA, CONFIANÇA, DORIANA e ESCOLHA SAUDÁVEL de preferência para uma única empresa - para criar um concorrente⁶³.

A suspensão de marcas foi a forma encontrada pelo CADE para possibilitar outros concorrentes de ingressarem no mercado e aumentarem o investimento para suprirem aquela demanda, diminuindo o domínio de mercado das empresas concentradas e incentivando a competitividade dos demais agentes econômicos.

Outro ponto positivo foi a proibição do lançamento de novas marcas pelas empresas concentradas, justamente para evitar a repetição do equívoco cometido no caso COLGATE-KOLYNOS, uma vez que, caso não houvesse essa vedação, em decorrência da demanda carente ocasionada pelas marcas “extintas” e do poder econômico das empresas concentradas, possivelmente, estas lançariam novas marcas o que inibiria novos concorrentes de se lançarem no mercado.

Ademais, a exigência quanto a venda de marcas possibilitou o fortalecimento de outro agente econômico com o objetivo de fomentar a competição entre eles.

⁶² “Assim sendo, no sistema brasileiro o compromisso de desempenho (...) deve ser visto não como um substituto de desaprovação da concentração, mas sim como uma alternativa à sua aprovação pura e simples. (...) Inversamente, o compromisso de desempenho não pode ser usado em situações em que não há confiança na obtenção das metas prometidas pelas empresas que se estão concentrando.” (FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 304)

⁶³ As marcas e os ativos foram adquiridos pela MARFRIG.

Portanto, pode-se dizer que a estratégia tomada pelo CADE nesse caso pareceu muito acertada.

Diante dessa análise, é importante destacar que o CADE vem reconhecendo a importância da marca como grande responsável pela criação e manutenção de gostos e hábitos do consumidor, atuando como garantidora de parcela de participação de mercado e, por isso, especialmente nos casos de concentração, como forma de evitar grande domínio de mercado relevante e permitir o desenvolvimento da concorrência na área que cabe a determinada marca, condiciona a aprovação da concentração ao desfazimento, ainda que temporário, da utilização da marca.

Por fim, Calixto Salomão Filho conclui que “a utilização do direito industrial (marca) como forma de resolver um problema de direito concorrencial será tanto mais efetiva quanto: (i) maior for o equilíbrio financeiro entre as empresas remanescentes no mercado e (ii) mais bem distribuída e maior for a capacidade ociosa das demais participantes do mercado.”⁶⁴

6 . CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar os atos de concentração de empresas sob a percepção da marca. Demonstrou-se que a marca exerce considerável poder de influência sob o consumidor e que, portanto, é merecedora de reflexão no momento de avaliação dos atos, cujos efeitos, benéficos ou maléficos, despertam interesse da sociedade e, por isso, demanda bastante cautela por parte do órgão responsável por sua análise.

Assim, buscou-se relacionar o estudo da marca e a sua pertinência na análise dos atos de concentração, permitindo entender melhor algumas decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca das concentrações e seus resultados.

No primeiro grande caso analisado, COLGATE-KOLYNOS, em que pese à preocupação demonstrada pelo CADE em relação à importância da marca e fidelidade do consumidor, funcionando como uma espécie de reserva de mercado, o órgão teria pecado ao não proibir o lançamento de outra marca pelas empresas concentradas, onde

⁶⁴ FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. P. 317

na prática notou-se uma migração direta dos consumidores da KOLYNOS, marca suspensa, para a SORRISO, marca substituta.

Este equívoco foi corrigido no mais recente caso analisado, SADIA-PERDIGÃO, em que o CADE não só suspendeu determinadas marcas das empresas concentradas, como também vedou o lançamento de marcas substitutas por certo período, o que, ao menos em tese, reduziu as barreiras à entrada e incentivou o investimento e o crescimento da concorrência.

Assim, é possível concluir que o órgão supracitado vem reconhecendo, em suas decisões, a relevância da marca como um dos fatores de ampliação do domínio de posição dominante e criação e manutenção de barreiras artificiais à entrada de novos concorrentes em determinado mercado relevante, condicionando, por vezes, a aprovação do ato a exigências relacionadas à marca.

Dessa forma, procurou-se demonstrar por meio do presente trabalho que os atos de concentração de empresas, cada vez mais comuns, merecem uma análise cautelosa devido a sua importância à sociedade, devendo sua avaliação, caso a caso, ser realizada com especial atenção às marcas.

7 . REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Piva. *A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 91, de Nov/Dez 2007.

ARAÚJO, Fernando. *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Lisboa, Ed. Almedina, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2002.

BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das Marcas. Uma Perspectiva Semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

BLASI, Marcos Chucralla Moherdau. *Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência: premissas de análise e apontamentos sobre a jurisprudência brasileira e estrangeira*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 116, de Jan/Fev 2012.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponibilizado em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 15 out. 2015

BRASIL, Lei de Defesa da Concorrência. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponibilizado em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 15 out. 2015

CARVALHO, Carlos Eduardo Neves. *Uma Breve Análise sobre a interface entre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência*. Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. Edição nº 124, de Mai/Jun 2013.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. *Responsabilidade Civil Concorrencial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CERQUEIRA, João da Gama. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. I. Parte I. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ECONOMIDES, Nicholas S. *The Economics of Trademarks*. 78 TRM, 1998. Disponibilizado em: <http://www.stern.nyu.edu/networks/Economides_Economics_of_Trademarks.pdf>. Acesso em 20 out. 2015

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial. As Estruturas*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Luís M. Couto. *Direito de Marcas*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

LANDES, William M.; POSNER, Richard. *Trademark Law: An Economic Perspective*. 30 *Journal of Law and Economics* 265 (1987). Disponibilizado em: <<https://cyber.law.harvard.edu/IPCoop/87land1.html>>. Acesso em 20 out. 2015 .

LILA, Paulo Eduardo. *Propriedade intelectual e Direito da Concorrência*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. *Direito de Marcas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PIERANGELI, José Henrique. *Crimes Contra a Propriedade Industrial e Crimes de Concorrência Desleal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.