

LICENCIAMENTO CRUZADO COMO ATO DE CONCENTRAÇÃO

SANDRO MANSUR GIBRAN

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009). Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1996). Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial do UNICURITIBA. Professor permanente no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA.

VERÔNICA DOS SANTOS AMARANTE

Mestranda em Direito pelo Unicuritiba.

CEZAR EDUARDO ZILIO

Mestrando em Direito pelo Unicuritiba.

OBJETIVOS DO TRABALHO

O trabalho buscou analisar o licenciamento cruzado como ato de concentração partindo dos dois conceitos, licenciamento cruzado e ato de concentração, para chegar a um ponto de convergência na ótica do mercado concorrencial, apresentando uma problemática: como os contratos desse tipo são registrados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica não tem um mecanismo muito eficiente para o controle desses atos. Buscou-se ao final propor um mecanismo eficaz para esse controle.

METODOLOGIA UTILIZADA

A metodologia utilizada foi a revisão de legislação e revisão bibliográfica, esta última por meio de pesquisa qualitativa de livros e artigos, em especial buscando autores especializados, dada a especificidade dos temas.

REVISÃO DE LITERATURA

Quanto Adam Smith teorizou a “mão invisível” do mercado, os negócios eram compostos de produtos físicos e serviços. Contudo a realidade hoje é mais complexa, há produtos físicos, produtos virtuais, serviços prestados pessoalmente e à distância, por exemplo. Também a riqueza passou a ser analisada a partir de mais frentes. Os ativos de uma empresa na atualidade podem ser intelectuais, como marcas, patentes, registros de programas de computador. Existe até a possibilidade de se “alugar” essa propriedade intelectual a outras empresas através de contratos de licenciamento.

Esse compartilhamento é uma tendência mundial que se ampliou na esteira da inovação aberta anunciada por Henry Chesbrough¹.

Com a constante evolução das formas de riqueza e de compartilhamento das mesmas, a atividade regulatória do Estado deve, aos poucos, se amoldar à necessidade do mercado.

Nesse sentido surgiu a necessidade de uma análise do tema na Constituição Federal². O desenvolvimento nacional é um dos objetivos fundamentais da República descrito na Constituição Federal³. A mesma carta tem como um de seus fundamentos o valor social da livre iniciativa, elencado no inciso IV do seu artigo primeiro. Da mesma forma a livre iniciativa consta na Carta Magna como um dos fundamentos da ordem econômica brasileira no seu artigo 170.

A livre iniciativa e a livre concorrência, por sua vez, são os interesses tutelados no artigo 36 da Lei Antitruste (Lei 12.529/2011⁴), que determina as condutas restritivas e abusivas da ordem econômica. O que vai determinar a aplicação ou não da lei antitruste é a comprovação de efeitos nocivos da conduta, e não ela apenas constar nessa lista⁵.

Assim, para determinar se a conduta é anticompetitiva se faz necessário entender o conceito de livre iniciativa e livre concorrência.

A Constituição Federal traz a livre concorrência como um princípio em seu artigo 170, inciso IV. Eros Grau afirma que tal princípio significa “liberdade de

¹ CHESBROUGH, Henry. **Open innovation: the new imperative for creating and profiting technology**. Boston: Harvard Business School Press, 2003.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. DF: Senado, 1998.

³ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) II - garantir o desenvolvimento nacional; (...)”

⁴ BRASIL. **Lei 12.529 de 30/11/2011**. Diário Oficial da União. Brasília, 01/12/2012.

⁵ FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. 9ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 139

concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública”⁶. O autor, desse modo, reforça a ideia de Tércio Sampaio Ferraz Junior de que a competitividade precisa ser descentralizada, sendo fundamental à livre concorrência. Esta, por sua vez, garante a desconcentração do poder econômico⁷.

Corolário da livre concorrência é o princípio da livre iniciativa, também constante da Constituição Federal no artigo 1º, inciso IV e no caput do artigo 170, compondo fundamento da ordem econômica brasileira.

Esses princípios formam a base jurídica para que seja possível a regulação, pelo Estado, da atividade econômica, garantindo – ou tentando garantir liberdades privada e pública. Assim, o Estado tem a possibilidade de impedir atos que prejudicam a concorrência.

É nessa estrutura que se encaixam os atos de concentração, condutas que permitem a uma ou mais empresas obterem domínio do mercado, seja por meio de aquisição de ações ou de ativos.

No Brasil, existe um sistema de defesa da concorrência para regular esse tipo de ato, o qual é estabelecido pela Lei Antitruste (hoje, a Lei 12.529/2011). Nesse sistema o órgão responsável por tomar ações em prol da concorrência é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Tendo revisado a conceituação jurídica do ato de concentração, passa-se ao tema do licenciamento cruzado.

O licenciamento está previsto pela LPI (LPI – Lei 9279/1996⁸) no artigo 61⁹. Trata-se de um contrato de transferência temporária da propriedade intelectual, permitindo ao receptor da mesma o uso conforme seus termos mediante o pagamento de um valor acertado.

Tal contrato devem ser averbados junto ao INPI para que produzam efeitos com relação a terceiros¹⁰. Dessa forma, é possível registrar essa espécie de autorização a terceiro para o uso de uma tecnologia desenvolvida por uma determinada empresa ou pessoa.

⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 207

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. A economia e o controle do Estado **in O estado de São Paulo**, ed. 04.06.1989.

⁸ BRASIL. **Lei 9.279, de 14/05/1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União. Brasília, 15/05/1996.

⁹ Art. 61. O titular de patente ou o depositante poderá celebrar contrato de licença para exploração.

¹⁰ Art. 62. O contrato de licença deverá ser averbado no INPI para que produza efeitos em relação a terceiros

Uma medida que tem sido cada vez mais frequente entre grandes companhias que desenvolvem tecnologia é o licenciamento cruzado de patentes. Nessa hipótese duas ou mais empresas que desenvolveram tecnologias complementares, geralmente no intuito de acelerar a viabilização do produto final, licenciam e compram licenças umas das outras, que podem ser parceiras e até mesmo concorrentes. Isso ocorre em diversos setores, e existem casos emblemáticos, sendo um bom exemplo a parceria anunciada em 2014 entre Google e Samsung¹¹.

Assim, tem-se que o licenciamento de patente é basicamente um contrato de transferência (provisória) de um ativo. Contudo, chegando a final do prazo, a empresa licenciada terá obtido todo o conhecimento necessário para utilização daquela invenção e até mesmo capacidade para atingir uma melhora da mesma. Obviamente terminado o prazo do contrato sem renovação a licenciada não tem mais permissão para utilizar a tecnologia mas o conhecimento que veio da patente licenciada trouxe consigo uma vantagem competitiva para essa empresa que permanece.

É neste ponto que surge o questionamento quanto à possibilidade de licenciamentos cruzados serem reconhecidos como atos de concentração.

As tecnologias, em especial nos campos da informática, eletrônica e transmissão de dados, evoluem muito rápido. Apesar disso, as patentes não deixam de ser ativos da empresa. Desse modo, o crescimento dessas empresas no mercado somado ao fato de terem licenciamentos cruzados entre si poderiam, na teoria, ser considerados para uma análise do mercado relativo em termos de concentração.

Por que? Porque o artigo 36 da Lei Antitruste brasileira não permite que uma empresa só detenha domínio do mercado relevante de bens. Do mesmo modo o artigo 88 em seu parágrafo 5º dispõe uma proibição aos atos de concentração que possam resultar na dominação do mercado relevante. Finalmente, o artigo 90, que descreve como atos de concentração, prevê nos incisos II e IV a aquisição de ativos intangíveis por via contratual ou outra forma e a celebração de contratos associativos.

Quando uma empresa “entrelaça” ativos com outra em um licenciamento de patentes, está estendendo seu domínio de mercado no que diz respeito àquela determinada tecnologia.

¹¹ GUIMARÃES, Saulo Pereira. Google e Samsung assinam acordo para compartilhar patentes in **Exame.com**. Disponível em <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/google-e-samsung-assinam-acordo-para-compartilhar-patentes/>>. Acesso em 04.03.2017.

Ocorre que tais licenciamentos são averbados junto ao INPI, órgão responsável pelo registro da propriedade intelectual no Brasil. Esses contratos não passam pela análise do CADE. De fato, se vê da legislação existente que a menor das preocupações governamentais a respeito desse tipo de contrato tem ligação com a regulação comercial.

Existe também a questão da interpretação do artigo 36 da Lei Antitruste, que deve ser considerada. De acordo com o parágrafo 6º do artigo 88 dessa mesma lei, um ato de concentração pode ser autorizado se trazer benefícios para os consumidores e para o mercado.

De acordo com a Lei Antitruste o licenciamento deveria, portanto, passar pelo crivo do CADE. Contudo, caberia analisar o efeito do licenciamento cruzado como prejuízo ao mercado para caracterizar, por fim, a ilicitude ou não dessa conduta.

RESULTADOS OBTIDOS

A pesquisa demonstra a hipótese levantada de que, conforme a legislação, deveria haver a regulação do licenciamento cruzado pelo CADE ao menos para casos de grande relevância econômica. Também é demonstrada a ineficácia, com relação a regulação, do registro de contratos de licenciamento e outras formas de transferência de tecnologia no INPI. A partir desse marco legislativo é possível concluir que há campo no presente estudo para uma possível dissertação de mestrado a respeito do tema, inclusive envolvendo pesquisa de campo ou ao menos de casos emblemáticos.

TÓPICOS CONCLUSIVOS

Para fazer a regulação da atividade econômica no Brasil, temos o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Esse órgão cuida da defesa comercial para evitar o desempenho de condutas comercialmente desleais. Os atos de concentração são regulados pelo CADE para evitar que empresas tenham uma fatia dominante do mercado que possa ter influência sobre os outros *players*.

Já quanto à regulamentação de tudo que é relacionado a propriedade intelectual, no Brasil o órgão responsável é o Instituto Nacional da Propriedade

Industrial (INPI), que faz os registros de marcas, patentes de invenção e de modelo de utilidade, certificados de invenção e desenhos industriais. Os contratos de transferência de tecnologia devem ser também registrados nesse órgão.

Os contratos de licenciamento podem prever o compartilhamento de tecnologia proprietária entre empresas, ou seja, o compartilhamento do conhecimento que é considerado um ativo. Contudo, esses contratos são analisados pelo INPI apenas conforme determinados requisitos da Lei da Propriedade Industrial brasileira. Isso quer dizer que esses contratos não são avaliados pelo CADE, do ponto de vista de atos que envolvem concorrência. Assim é que se buscou analisar a capacidade regulatória do Estado brasileiro na regulação do licenciamento cruzado, bem como alguns dos possíveis efeitos econômicos e sociais desse tipo de contrato.