



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

A interatividade entre Direito Antitruste e Propriedade Intelectual:
A aplicabilidade do controle concorrencial sobre o exercício de direito industrial
e análise do caso ANFAPE

Juliana Rafaela Sara Sales D'Araújo

Brasília
2015

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito

A interatividade entre Direito Antitruste e Propriedade Intelectual:

A aplicabilidade do controle concorrencial sobre o exercício de direito industrial
e estudo do caso ANFAPE

Juliana Rafaela Sara Sales D’Araújo

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito pela Faculdade de Direito
da Universidade de Brasília – UnB.

Orientadora: Prof. Dra. Ana de Oliveira Frazão

Brasília
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

Juliana Rafaela Sara Sales D'Araújo

A interatividade entre Direito Antitruste e Propriedade Intelectual:
A aplicabilidade do controle concorrencial sobre o exercício de direito industrial
e estudo do caso ANFAPE

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau
de bacharel perante a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte
banca examinadora:

Ana de Oliveira Frazão
Professora Doutora e Orientadora

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo
Professor Doutor e Examinador

Paulo Burnier da Silveira
Professor Doutor e Examinador

Inez Lopes Matos Carneiro de Farias
Professora Doutora e Examinadora

Brasília, 30 de janeiro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Quero agradecer aos meus pais, Júlio e Rosana, por todo o apoio e amor incondicionais. Reconheço cada esforço e gesto depreendidos e agradeço por acreditarem no meu potencial desde os primeiros passos no PIJ.

Ao meu querido irmão, Pedro, protetor e companheiro, obrigada por ser o melhor exemplo dentro de casa e dentro da Faculdade de Direito.

Aos meus amigos de infância e de faculdade, obrigada por todo o apoio e compreensão em cada plano e ideia meus.

À Professora Ana de Oliveira Frazão, minha orientadora, muito obrigada pela oportunidade de desenvolvermos um projeto em conjunto e por ter expandido meus horizontes no grupo de pesquisa.

Agradeço também a todos os professores desta Faculdade que contribuíram para minha formação e a todos os demais funcionários da casa.

Finalmente, rendo agradecimentos à Universidade de Brasília e à Faculdade de Direito pela inesquecível oportunidade de fazer parte desta instituição.

RESUMO

O presente trabalho trata da aplicação de regras concorrenciais sobre o exercício de direitos de propriedade intelectual, especificamente do registro de desenhos industriais, e das bases constitucional, infraconstitucional, doutrinário e jurisprudencial do entendimento construído. O estudo também cuida da análise do processo de Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, julgado em 15 de dezembro de 2010, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica, conhecido como ANFAPE. O referido caso serviu como ferramenta analítica para o presente trabalho, porque guarda debate sobre a extensão de direitos de propriedade sobre registro de desenhos industriais de autopeças de reposição no mercado secundário e sobre os reflexos anticoncorrenciais que a imposição às fabricantes independentes pode causar.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – propriedade intelectual – CADE – desenho industrial – livre concorrência – ordem econômica – mercado secundário – autopeças – controle.

Sumário

1. INTRODUÇÃO	7
2. CAPÍTULO 1 - A Propriedade Intelectual	9
2.1. Formação dos direitos de PI	9
2.2. O desenho industrial	13
2.3. Da jurisprudência europeia sobre Direito Antitruste e PI	16
3. CAPÍTULO 2 – CASO ANFAPE E O CADE	23
3.1. Da Representação da ANFAPE	23
3.2. Das Defesas das Representadas	25
3.3. Do parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE)	28
3.4. Dos pareceres da ProCADE e do Ministério Público Federal	33
3.5. Do voto do Conselheiro Relator	33
4. CAPÍTULO 3 – Interação entre o Direito Antitruste e a Propriedade Intelectual	37
4.1. A concorrência e a formação normativa no Brasil	37
4.2. Do Direito da Concorrência	39
4.3. Os interesses tutelados pelo Direito da Concorrência	41
4.4. Sistema de Propriedade Intelectual Brasileiro	42
4.5. Lei de Propriedade Industrial: o desenho industrial	43
4.6. Da competência do CADE para controle do exercício de direitos de PI ..	47
4.7. Posicionamento quanto à relação entre direitos de propriedade industrial e direito concorrencial – a extensão dos direitos de desenho industrial no mercado secundário de reposição de peças	48
4.8. Justificativas para a aplicação do Direito Antitruste no caso ANFAPE ..	50
5. CONCLUSÃO	54
6. BIBLIOGRAFIA	59

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo encontra-se no contexto da interação entre o Direito Antitruste e o Direito de Propriedade Intelectual e possui o objetivo de responder a seguinte questão: o direito Antitruste é aplicável aos casos de exercício de direito de propriedade intelectual, especificamente ao direito de registro de desenhos industriais?

A resposta dessa pergunta após a realização deste presente estudo é: sim.

As fundamentações constitucional, infraconstitucional, doutrinária e jurisprudenciais – nacional e internacional – que reunimos para alcançarmos tal resposta estão expostas ao longo de três capítulos.

No primeiro capítulo cuidaremos da apresentação da interação entre o direito antitruste e a propriedade intelectual, bem como um breve resgate histórico da formação dos direitos que tutelam a propriedade intelectual. Seguiremos com a introdução à criação industrial do desenho industrial e apresentaremos casos europeus referenciais que tratam da interação entre os referidos campos do direito.

O segundo capítulo preocupa-se com a apresentação do caso conhecido como ANFAPE, o processo de Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, julgado em dezembro de 2010, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), dando origem ao atual Processo Administrativo de mesma numeração. Este se presta à apuração de possível violação aos artigos 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8.884/94, por montadoras de automóveis ao exercerem imposição de direitos sobre registros de desenhos de autopeças de reposição às fabricantes de autopeças independentes no mercado de reposição. Convém ressaltar que o caso ANFAPE foi escolhido como ferramenta analítica que aproximou a pesquisa do tema ao contexto nacional, entretanto, sem qualquer pretensão de exprimir juízo sobre o futuro julgamento do processo administrativo pelo CADE.

O terceiro capítulo contém as bases constitucional, infraconstitucional e doutrinária que fundamentam o nosso entendimento de aplicação do direito antitruste aos casos que envolvam propriedade intelectual.

É nosso dever esclarecer a escolha do caso ANFAPE para compor o presente estudo. As razões que levaram a eleição deste caso são as seguintes: (i) trata-se de um dos pontos de interseção dos direitos antitruste e de propriedade intelectual; (ii) é um tema que possui destaque no contexto do direito comparado; (iii) possui relevância na atual ordem econômica brasileira; (iv) o direito de registro de desenho industrial, apesar de possuir caráter de monopólio, é um instrumento de promoção da inovação e do desenvolvimento econômico e tecnológico.

Quanto à atualidade do tema, apresentaremos uma lista de dados que refletem a importância do controle dos exercícios dos direitos de propriedade intelectual, e mais especificamente dos direitos de

propriedade industrial, na indústria automobilística brasileira de acordo com o Anuário da Indústria Automobilística Brasileira¹ de 2014:

- A Indústria Automobilística Brasileira é responsável por 20% do PIB Industrial do Brasil, que corresponde à 5,0% do PIB Total do País;
- O investimento feito entre os anos de 1994 à 2012 é da monta de US\$ 68,0 bilhões no Brasil;
- Gerou no ano de 2012 o valor de US\$ 24,8 bilhões em tributos para o Estado brasileiro;
- A indústria brasileira ocupou em 2013 posição de 7º produtor no ranking mundial de indústrias;
- Emprega no país cerca de 1,5 milhão de trabalhadores;
- Teve um faturamento de US\$ 106,8 bilhões em 2012, incluindo a produção de autopeças;
- Cuida da relação de mais de 200 mil empresas;

Finalmente, apresentamos que a presente pesquisa esteve restrita à doutrina nacional e alguns autores estrangeiros, à legislação nacional incluindo tratados e convenções assinadas pelo País e às jurisprudências nacional e europeia.

Diante dos dados expostos podemos compreender o quão importante é a indústria automobilística brasileira em termos econômicos, trabalhistas, tributários e empresarial. A escolha do tema do presente trabalho trata apenas de uma pequena parte do direito que existe no universo da concorrência e as pretensões alcançam uma das faces da interação com a propriedade intelectual. Deste modo, gostaríamos de trazer para mais próximo da realidade dos sujeitos de direito o debate da interatividade dos direitos antitruste e de propriedade industrial e assim provar que onde quer que lancemos nossos olhares, observaremos o mundo do direito.

¹ Anuário publicado pela Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores, disponível no link:<http://www.virapagina.com.br/anfavea2014/files/assets/common/downloads/publication.pdf>

2. CAPÍTULO 1 - A Propriedade Intelectual

Neste presente capítulo iniciaremos a incursão no campo de interação entre o Direito da Concorrência e o Direito da Propriedade Intelectual. Ante inúmeros pontos de interseção, trataremos neste trabalho especificamente do contato entre direitos de propriedade de desenhos industriais e a extensão do exercício no campo concorrencial. Mas, antes, será necessário um breve resgate histórico da formação dos direitos que recaem sobre a propriedade intelectual e, por conseguinte, sobre a propriedade industrial. Mais adiante, de fundamental importância para a compreensão dos capítulos seguintes, conheceremos melhor o desenho industrial enquanto uma das espécies da criação intelectual. E, finalmente, diante de variados casos de interação – não menos interessantes que o caso eleito como ferramenta analítica – iniciaremos o estudo do relacionamento do direito de propriedade sobre o desenho industrial e seus reflexos no campo concorrencial.

2.1. Formação dos direitos de PI

Enquanto produto da Revolução Industrial, o Direito Industrial como direito da indústria nasceu no século XIX com sentido econômico, cuidando das relações dos industriais com os consumidores, das relações entre os industriais e os trabalhadores e tratando das relações entre os próprios industriais (relações entre empresas, criações e sinais distintivos)². Entretanto, é preciso resgatar as formações dos seus objetos de tutela que surgiram ao longo da história e que permanecem merecedores de tutelas até os dias de hoje.

Partimos do período do Antigo Regime, dos séculos XVI ao XVIII, durante o qual as sociedades de ordens e o regime político aristocrático dominavam o território europeu. Herdeiros do renascimento comercial da baixa Idade Média, os mestres de ofício dominavam suas respectivas atividades revestidas de reconhecimento como um ofício público. Enquanto isso, as corporações de ofício detinham em determinadas regiões a produção de bens e sobre eles imprimiam suas patentes, como espécies de selos certificadores da produção. Aos inventores eram concedidos privilégios sobre suas invenções, bem como eram concedidos privilégios aos mestres de ofício dentro de suas guildas. Seus ensinamentos eram exclusivos e, por isso, deveriam ser protegidos e reconhecidos.

Aquela concepção de privilégio dos mestres e inventores permanece até hoje na visão clássica de patentes como monopólios legais, de caráter excepcional às regras concorrenciais³. Estes monopólios eram representados nos mercados por certificados estatais dados aos produtos. Na época do Mercantilismo, a patente era como um certificado de qualidade estatal dado aos bens da metrópole e as marcas eram a garantia estatal de procedência do produto.

² Gonçalves, 2008, p. 27.

³ Salomão Filho, 2006, p. 13.

Com a Revolução Industrial nos séculos XVIII e seguinte, a função econômica do sistema do direito industrial sofreu uma revisão para lidar com um mundo da livre competição. A sociedade presenciou o surgimento dos princípios transformadores da organização do trabalho e da produção, que foram: a quebra das guildas e das corporações de ofício; a liberalização do exercício de qualquer profissão e a liberdade de competição⁴. À patente e à marca foram acrescentadas novas justificativas – além dos privilégios medievais – de estímulo individual e de progresso econômico. E, dentro dos estados surgiram leis tendentes à proteção das patentes e das invenções, como, por exemplo, a Lei Chapelier de 1789, que extinguiu a exclusividade das corporações de ofícios na França e consagrou a liberdade da indústria.

Entretanto, havia ainda um resquício do sistema corporativo. Com o crescimento do comércio mundial, os países custavam reconhecer as patentes estrangeiras, isto porque, o ranço corporativista ganhara caráter nacionalista e o direito, por ser nacional, reconheceria apenas a patente que fosse da sua nação.

A necessidade de reconhecimento das patentes estrangeiras culminou na assinatura da Convenção de Paris, em 1883, que criou um sistema internacional de reconhecimento⁵. A tendência que começou a ser traçada foi a desestatização dos interesses envolvidos, pelo reconhecimento das patentes estrangeiras e pela mudança da concepção de marca. A marca passou a ser a forma de distinção do produto do empresário, sem o fundamento no interesse de certificado estatal e com a finalidade de identificação para a diferenciação do produto. Neste momento houve uma mudança paradigmática da fundamentação do direito de patente e marca: o direito de utilização exclusiva não estava mais fundado em uma outorga estatal de certificação de origem ou de qualidade apenas, a partir de então, o direito sobre a patente ou marca estava fundado na meritologia típica do capitalismo⁶. O direito de utilização exclusiva da marca ou da patente decorreria da prioridade na ideia (inovação) e seria um privilégio ao detentor que poderia explorá-la.

Ante a fundamentação de mérito e de exclusividade, a função econômica do sistema de direito industrial ganhou uma formatação de difícil composição com o Direito Concorrencial, pois este enquanto protetor da instituição concorrência repele monopólios e concentrações de poder econômico no mercado, e as patentes e marcas não deixavam de ter seus fundamentos na exclusividade para utilização. Contudo, a interseção do direito industrial com o direito concorrencial padecia de uma aparente incompatibilidade que atualmente entende-se por superada.

A base dessa superação reside na compreensão de que a concessão de um direito de exploração exclusiva de um produto intelectual incentivaria a inovação e promoveria o desenvolvimento econômico e social da sociedade que outorga tal direito. E, deste modo, não haveria problemas em conceder direitos

⁴ Salomão Filho, op. cit., p. 13.

⁵ Salomão Filho, 2006, p. 13.

⁶ Salomão Filho, op. cit., p. 13.

de exclusividade temporários porque o Direito Concorrencial também tem como objetivos a inovação (desenvolvimento tecnológico) e a promoção do desenvolvimento econômico e social⁷.

Diante da formação da concepção de que os Direitos sobre a Propriedade Intelectual e Concorrencial são dialógicos em seus objetivos, nasceram diversos casos de interação entre seus institutos. O impacto da inovação sobre o campo concorrencial tomou dimensões extensas que podem ser observadas nos mais diversos casos que podemos noticiar, como os casos de transferência de tecnologia intra e entre países, nos casos de licenciamento de patentes e de *know-how*, de patentes de vegetais ou cultivares, usos de *software* e produtos de redes, fórmulas de medicamentos, preservação de direitos autorais, contingentes de patentes adormecidas e submarinas⁸, casos de produção e de distribuição artísticas, casos de vendas casadas em nível horizontal e vertical de composição de agentes, a concentração de direitos de marcas (chamados efeito portfólio ou poder de portfólio) como instrumento de abuso de posição dominante⁹, a prática de abuso de poder nos mercados de reposição ou de serviços correlatos ao produto industrial tutelado, dentre outros inúmeros casos que poderíamos citar.

Para além das justificativas e explicações apresentadas na introdução quanto à escolha do tema, ressaltamos que ante o aumento das relações entre o Direito Antitruste e a Propriedade Intelectual, os casos que envolvem direitos de PI como meios de abusos de posição dominante tem alto poder de afetar negativamente o bem-estar social e o desenvolvimento econômico e tecnológico de um país e não diferentemente seria no Brasil. A escolha do tema e o seu estudo demandarão daqui em diante conceitos específicos e a apresentação de panorama do tratamento internacional que tem recebido.

Deste modo, para alcançarmos o que doutrinariamente se define como Direito Industrial e adiante mais especificamente o desenho industrial, será necessário entender a Propriedade Intelectual e sua categoria a Propriedade Industrial.

Mais recentemente, no séc. XX, o Direito sobre a Propriedade Industrial recebeu melhor tratamento e estudos e, assim, ganhou um lugar cativo no campo do Direito da Propriedade Intelectual. Foi em 1967, quando, dentro da Organização das Nações Unidas, nasceu a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Em sua Convenção, a OMPI definiu como Propriedade Intelectual¹⁰ os

⁷ A respeito do papel dos sistemas de proteção à propriedade intelectual, Guilherme Favaro Corvo Ribas dedicou parte de sua obra, *Direito Antitruste e Propriedade Intelectual – uma abordagem sobre vendas casadas* (2011. P. 49-53), para nos apresentar o entendimento atual distinto de que são insuficientes as comprovações por dados empíricos dos efeitos dos direitos de propriedade intelectual sobre o desenvolvimento econômico e a inovação e que não existem estudos conclusivos.

⁸ As definições de patentes adormecidas e submarinas são descritas por Ribas como, respetivamente, as quais não se tem conhecimento e as que “emergem” subitamente em processos de criação. O autor revela a preocupação - a nível concorrencial – com problemas que estas patentes podem causar interferindo nos processos de desenvolvimento de novas tecnologias, culminando no comprometimento do sucesso de empreendimentos de pesquisa. Ribas, 2011, p. 21.

⁹ Domingues; Gaban, 2012, p. 285.

¹⁰ Trecho extraído da publicação WIPO “*What is IP?*”: “*Intellectual property refers to creations of the mind: inventions; literary and artistic works; and symbols, names and images used in commerce. Intellectual property is divided into two categories: Industrial Property includes patents for inventions, trademarks, industrial designs and geographical indications. Copyright covers literary works (such as novels, poems and plays), films, music,*

direitos referentes às criações da mente: as obras literárias, artísticas e científicas, as interpretações dos artistas intérpretes e as execuções dos artistas executantes, os fonogramas e as emissões de radiodifusão, as invenções em todos os domínios da atividade humana, as descobertas científicas, os desenhos e modelos industriais, as marcas industriais, comerciais e de serviço, as firmas comerciais e denominações comerciais, a proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico¹¹.

Para Denis Borges Barbosa¹² a noção de Propriedade intelectual é “a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros”. Para Newton Silveira, a Propriedade Intelectual também é um ramo do direito cujo objeto são direitos reais sobre certos bens incorpóreos ou imateriais. Estes se subdividem em duas categorias¹³: as criações intelectuais (pertencentes originariamente a seus criadores) e os sinais distintivos (propriedade das empresas).

Para Richard Whish, os direitos de propriedade intelectual são produtos do sistema de direito nacional e por ele são protegidos, apesar do crescimento do comércio internacional ter resultado em um desenvolvimento do grau da cooperação internacional. E entende que a característica essencial dos direitos de propriedade intelectual é que eles conferem aos seus proprietários um direito exclusivo de comportar-se de maneira bem particular (referente ao monopólio)¹⁴.

Ante a construção doutrinária, as criações intelectuais se subdividem novamente em: criações de direito do autor, de software, de cultivares e industriais. Conclui-se que a Propriedade Industrial reside no campo da Propriedade Intelectual, mas separadamente do Direito do Autor¹⁵.

A OMPI (ou WIPO em inglês) em parceria com o INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) conceituou propriedade industrial da seguinte forma em seu Curso de Introdução à PI:

“Propriedade Industrial: são direitos concedidos ao titular de tecnologias industriais e marcas, com o objetivo de promover a criatividade pela proteção, disseminação e aplicação industrial de seus resultados:

- Patentes. A patente é decorrente da proteção das invenções;

artistic works (e.g., drawings, paintings, photographs and sculptures) and architectural design. Rights related to copyright include those of performing artists in their performances, producers of phonograms in their recordings, and broadcasters in their radio and television programs.”(WIPO Publication No. 450(E)ISBN 978-92-805-1555-0)

¹¹ Guia Convenção de Berna, art. 2º, p. 12.

¹² Barbosa, 2010, p. 7.

¹³ Silveira, 2014, p. 77.

¹⁴ Whish, 2005, p. 734.

¹⁵ Bem como ensina Newton Silveira, a criatividade do ser humano é exercida nos campos da técnica (indústria) e da estética (arte) e, por consequência, a proteção jurídica dada ao produto da criatividade nesses campos, também se divide por eles. No universo das criações intelectuais, os resultados tuteláveis se dividem e, dentre os resultados, há as invenções técnicas e as obras estéticas. As invenções recebem a proteção da Lei de Propriedade Industrial e o objeto de tutela é o produto e seu efeito no campo da técnica (conteúdo e utilidade). As obras estéticas recebem a proteção da Lei de Direitos Autorais e se resolvem em uma determinada forma para atuar no mundo do homem e estimular o sentimento estético. (Silveira, 2014, p. 77).

- Desenho industrial. Desenhos industriais são aspectos ornamentais ou estéticos de um objeto;
- Marcas. Marca é todo sinal distintivo, visualmente perceptível;
- Indicação geográfica é o reconhecimento de determinado produto ou serviço proveniente de uma determinada área geográfica.”¹⁶

E o Direito Industrial, de acordo com a concepção de Barbosa¹⁷, é o conjunto de direitos que compreende as patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos ou modelos industriais, as marcas de fábrica ou de comércio, as marcas de serviço, o nome comercial e as indicações de providência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal.

2.2. O desenho industrial

Com base nos ensinamentos de Newton Silveira¹⁸, faremos a apresentação das espécies de criações industriais. A propriedade industrial abarca as criações industriais e os sinais distintivos. Os sinais distintivos alcançam como suas espécies o nome empresarial, a marca (nome de domínio) e outros. Em função do objetivo deste estudo, daremos especial atenção às criações industriais que se dividem em patentes e em desenhos industriais. Na sequência, as patentes se subdividem em invenções e em modelos de utilidade.

Iniciaremos a incursão sobre as criações industriais pela subespécie da invenção. A invenção persegue uma finalidade utilitária, trata-se da revelação de uma concepção original na obtenção de novo efeito técnico. A invenção não se reduz à forma do produto, pois valoriza-se seu caráter abstrato de constituir novos efeitos técnicos. Trata-se de uma concepção, uma ideia de solução original que pode estar no modo de colocar o problema, nos meios empregados ou no resultado (efeito técnico) obtido pelo inventor. A invenção industrial requer essa ideia de originalidade da concepção somada à utilidade da invenção. Podem ser tomados como invenções: os processos de fabricação, produtos químicos, novas máquinas, aparelhos, dispositivos e produtos da indústria em geral.

Os modelos de utilidade também visam a finalidade utilitária, mas neles a atenção recai sobre a forma nova. Modelo de utilidade é uma forma nova de produto conhecido que resulta em melhor utilização, portanto não revela uma nova função, mas apenas uma melhor função. A proteção ficará concentrada na forma. Os produtos com uma nova configuração desempenharão suas funções com maior eficiência ou comodidade.

¹⁶WIPO/OMPI/INPI, 2014, p. 5.

¹⁷Barbosa, 2010, p. 7

¹⁸Silveira, 2014, p. 5-32.

Os desenhos industriais, assim como os modelos de utilidade, são criações de formas¹⁹. Entretanto, o foco permanece na nova forma, porém desligada da função técnica. O objetivo é produzir efeito meramente visual, são as criações de design. Seus requisitos são a nova forma (essencial) e o cunho artístico (não essencial). A nova forma do desenho industrial deve possuir caráter ornamental, e a aplicação alcança qualquer classe de objeto, desde que industrializável.

Ante o objetivo deste trabalho, reforçaremos a atenção ao desenho industrial que será o núcleo do caso ANFAPE mais adiante apresentado, cabendo desde já esclarecer que o caso será apenas uma ferramenta analítica sobre o exercício da propriedade intelectual nos mercados de reposição de autopeças, isenta de qualquer pretensão de julgamento sobre os processos de averiguação preliminar e administrativo envolvidos.

Inicialmente, o que devemos observar ante tais gêneros, espécies e subespécies é que o fundamento da proteção às criações industriais reside, dentre outros fatores, no estímulo às novas criações, quando o Estado as concede o monopólio temporário de produção. Ao desenho industrial não seria diferente. Desde os primeiros movimentos e escolas de design²⁰ há tentativas, insucessos e êxitos em demonstrar que os desenhos de peças industrializadas, até mesmo as de produção massificada, também promovem a inovação e são merecedores da mesma proteção que as criações artísticas autorais possuíam. Para Newton Silveira, a Revolução Industrial provocou a mecanização das artes, em especial das artes plásticas, e influenciou na propagação das artes aplicadas, das artes industriais e das artes decorativas²¹, mas também reforçou a preocupação de restabelecer a harmonia entre a arte, a qualidade e a fabricação em série mecanizada.

Enquanto isso, a técnica industrial passou a buscar o casamento entre a funcionalidade, a eficiência e a forma, e, por meio da pesquisa, passou a buscar também a inovação:

“Como se verifica, o desenho industrial compõe dois elementos que no mundo moderno não mais se contrapõem: a funcionalidade e a estética. A separação lógica entre conceitos, além de carecer de aplicação prática, não chega nem mesmo a constituir mais uma separação lógica visto o novo conceito estético de que o feio é o incômodo. O design representa a união entre a técnica e a estética, fenômeno do sistema industrial moderno que não pode ser reduzido aos critérios convencionais da arte e da técnica.”²²

¹⁹ Lei 9279/96 - Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.

²⁰Podemos citar os movimentos *Arts and Crafts Movments* e Escola de Glasgow na Inglaterra, a *Art Nouveau* na Bélgica, *l'Art Moderne* na França, o *Liberti* na Itália, o *Jung Stille*, o *Deutsche Werkbund* e, mais tarde, a Bauhaus na Alemanha. Para Newton Silveira, “A Bauhaus aceitava a máquina como um veículo apto a criar formas que atendessem aos objetivos comerciais, técnicos e estéticos da cultura da sociedade industrial.” p. 92, 2010.

²¹ Silveira, 2010, p. 91 in Revista Eletrônica do IBPI.

²² Silveira, 2010, p. 93 in Revista Eletrônica do IBPI.

O desenho industrial deve possuir essencialmente a inovação na forma, que de acordo com a lei, deve trazer a novidade objetivamente reconhecida²³ ou seja, que era desconhecida até então como situação de fato da coletividade. Não há distinção de tutela quanto à dimensão, podendo ser bi ou tridimensional. Basta a criação deter um resultado visível novo e original. Aproximando os conceitos ao caso que será tratado nesse estudo, podemos eleger como exemplo o desenho de um para-choque. É uma peça fundamental para a composição externa de um automóvel, possuindo uma função de deter o primeiro impacto de colisões. Entretanto, a peça também possui fundamental participação na composição estética do carro. Os direitos sobre sua produção e comercialização enquanto autopeça dependem, por lei, de registro.

Com as constantes mudanças conceituais, tecnologias de materiais e estéticas, as fabricantes de veículos têm modificado quase que anualmente seus modelos de automóveis, não importando se o carro é de linha de venda popular ou de alto padrão de luxo. O conceito contemporâneo de consumo também exige uma alta produção de inovação e de descarte dos produtos, ainda mesmo os bens de consumo duráveis – como os carros – têm passado por frequentes reformulações.

Se focarmos então, em apenas uma peça do universo que pode compor um automóvel, como o para-choque, poderíamos realizar o número de possibilidades de formatos e composições de cores que ela pode assumir em relação a um único bem que é o automóvel? E se estendermos as possibilidades de composições às demais peças que compõem o visual externo do carro? Certamente, é um exercício que demanda tempo e alguns cálculos de probabilidade – que não é o objetivo deste estudo. A sugestão vem apenas para nos esclarecer a infinidade de possibilidades de desenhos industriais que circundam o universo da indústria automobilística²⁴ e como o desenho industrial pode ser o meio de proteção de tais inovações, mas também como pode ser o meio de sujeição e exclusão de agentes de mercados. Deste modo, o que merece observação será o exercício dos direitos de registro sobre o desenho industrial, ou seja, como o agente detentor do direito de fabricação e venda do produto se comportará tanto no mercado primário quanto nos correlacionados a este.

²³Lei 9.279/96 - Art. 96. O desenho industrial é considerado novo quando não compreendido no estado da técnica.

§ 1º O estado da técnica é constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido, no Brasil ou no exterior, por uso ou qualquer outro meio, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo e no art. 99.

§ 2º Para aferição unicamente da novidade, o conteúdo completo de pedido de patente ou de registro depositado no Brasil, e ainda não publicado, será considerado como incluído no estado da técnica a partir da data de depósito, ou da prioridade reivindicada, desde que venha a ser publicado, mesmo que subsequentemente.

§ 3º Não será considerado como incluído no estado da técnica o desenho industrial cuja divulgação tenha ocorrido durante os 180 (cento e oitenta) dias que precederem a data do depósito ou a da prioridade reivindicada, se promovida nas situações previstas nos incisos I a III do art. 12.

Art. 97. O desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores.

Parágrafo único. O resultado visual original poderá ser decorrente da combinação de elementos conhecidos.

²⁴ É preciso inscrever que não se pode registrar, nos termos do art. 100 da Lei de Propriedade Industrial, a forma necessária, comum ou vulgar por meio do desenho industrial, por exemplo, a roda.

A partir de agora, dispomos de alguns conceitos básicos, mas essenciais, que nos capacitam observar como a propriedade intelectual – especificamente o desenho industrial – pode promover a inovação ao incentivar a produção exclusiva gerando poder de mercado, mas também pode abrir espaço para um exercício abusivo de um direito criando efeitos anticompetitivos. Necessário destacar que os objetivos de promover a inovação, o desenvolvimento econômico e tecnológico e o bem-estar dos consumidores percorrem uma espécie de fio condutor comum ao Direito Antitruste e ao Direito de Propriedade Intelectual, e devem estar presentes em todos os casos de interação que foram citados anteriormente. E não será distinto o entendimento registrado nesse estudo a respeito do caso eleito para análise.

2.3. Da jurisprudência europeia sobre Direito Antitruste e PI

Para que o presente estudo cumpra sua finalidade de apresentação sobre um ponto específico de interação entre o direito da propriedade intelectual e o direito antitruste, convém expormos alguns casos europeus relacionados ao tema. Ainda que os fundamentos legais e doutrinários de nosso entendimento estejam expostos no terceiro capítulo, podemos aqui adiantar que para nós o direito concorrencial é plenamente aplicável ao exercício de direitos de propriedade intelectual – logo, ao industrial também – quando estes forem meios de abusos e derem origem a consequências anticoncorreciais. À vista disso, este presente tópico demonstrará que nosso posicionamento não diverge do entendimento firmado no contexto da Comunidade Econômica Europeia a respeito da interatividade entre os referidos campos do direito.

Por isso encerraremos esse capítulo formalizando a apresentação de entendimentos e de casos estrangeiros europeus que tratam do tema de interação entre direito concorrencial e de propriedade industrial que certamente contribuirão para o presente estudo, acrescentando tendências e compreensões consolidadas em decisões. Dentre os estudos que envolvem o impacto da inovação na concorrência na União Europeia há destaque – por interesse deste trabalho – aos estudos que cuidam dos acordos de transferência de tecnologia.

No contexto da União Europeia, ainda que exista um movimento da Comunidade Econômica pela harmonização e unificação dos direitos de propriedade intelectual²⁵, a natureza territorial dos direitos é a que predomina na resolução dos casos levados ao Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica Europeia²⁶. Por causa do atual estado de interação econômica dos Estados-membros, há um

²⁵Miguel Moura e Silva, em sua obra *Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência*, apresenta que no campo da propriedade industrial a União Europeia possui medidas de harmonização por meio de Diretivas e Regulamentos da Própria Comunidade Econômica, criando direitos complementares como a Marca Comunitária ou o Modelo ou Desenho Industrial Comunitário. 2003, p. 113.

²⁶Silva, 2003, p. 114.

foco de atenção voltado aos acordos de transferência de tecnologia entre eles, de modo que o âmbito espacial do direito não frustre a integração econômica e a circulação de bens e serviços²⁷.

O que o direito comunitário tem feito para promover intervenções de modo mais claro é a análise do respectivo objeto dos direitos nacionais envolvidos para que possa a “jurisdição comunitária realizar uma apreciação das condições e modalidades de proteção, reduzindo para o efeito o conteúdo desses direitos ao seu núcleo essencial”²⁸. Deste modo, a União tenta esgotar o conteúdo dos direitos nacionais de propriedade intelectual para que, se um contrato de transferência recorra à territorialidade dos direitos de propriedade intelectual envolvidos, este somente terá êxito no controle caso corresponda à proteção da função essencial daquele direito.

Assim, para alcançar o objetivo da integração econômica na União Europeia, a proteção ao direito da concorrência tende a prevalecer sobre a proteção da propriedade intelectual, bem como nos ensina Moura e Silva: “Este processo de comunitarização dos direitos de propriedade intelectual implica dar uma ênfase acrescida ao controlo do exercício dos correspondentes direitos pelo próprio direito comunitário, de forma a evitar seu abuso.”²⁹

Diante da tendência observada no contexto europeu, iniciaremos a incursão nos casos que compõem a jurisprudência europeia de interesse para análise do caso eleito³⁰. Em sede de acordos de transferência de tecnologia e de licenciamento, a prática da recusa pode se aproximar do caso eleito, mas é necessário destacar que as soluções não precisamente são aplicáveis ao caso, embora contenham informações e entendimentos importantes.

O primeiro caso que tratou da hipótese de recusa de licenciamento no âmbito da Corte de Justiça da Europa foi *Volvo vs. Veng*,³¹ de 1988, seu objeto cuidava da aplicação do artigo 82 do então Tratado da Comunidade Europeia (atual artigo 102.º)³². A Volvo arguiu em denúncia que o Sr. Veng estaria

²⁷ Miguel Moura e Silva destaca “No que respeita ao direito da concorrência na União Europeia, os direitos de propriedade intelectual concedidos pelos Estados-membros são vistos com alguma suspeição dada a sua natureza territorial. É fácil compreender que as restrições territoriais em acordos de licença de direitos de propriedade intelectual coloquem problemas importantes na perspectiva do direito comunitário.” 2003, p. 114.

²⁸ Silva, 2003, p. 111.

²⁹ Silva, 2003, p. 114.

³⁰ Destaca-se que os casos mencionados foram citados no voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, relator do processo de Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, bem como receberam destaque na obra de Richard Whish (p. 759-762, 2005), no livro de Eduardo Molan Gaban e de Juliana Oliveira Domingues (2012), no estudo publicado pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO) intitulado *Refusals To License IP Rights – A Comparative Note On Possible Approaches*, de 2013, e também no artigo *Strategic Patenting and Antitrust Law*, de Helena Cardoso, publicado no Boletim Latino-Americano de Concorrência, nº 31, de 2012.

³¹ WIPO, 2013, p. 49.

³² Tratado da União Europeia, Artigo 102.º (ex-artigo 82.º TCE):

“É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;

vendendo e importando peças de painéis laterais dos carros da montadora sem o licenciamento da mesma, que havia recusado a autorização. Em julgamento a Corte de Justiça debateu se a recusa de conceder a licença pode ou não, em si mesma, constituir um abuso de posição dominante.

O entendimento fixado é que a recusa, por si só, de ceder licenciamento pelo titular de um modelo industrial, ainda que sob a condição de recebimento de contrapartida razoável, não pode ser considerada como abuso de posição dominante nos termos do artigo citado. Isto porque, ao buscar a essência do direito de exclusividade envolvido, a Corte definiu que o direito do titular de um modelo industrial protegido serve para impedir que terceiros fabriquem, vendam ou importem produtos que incorporem o desenho industrial sem o seu consentimento e que a obrigação de ceder licença, ainda que remunerada, removeria do titular a exclusividade que é a essência da tutela. Assim, para que seja considerada indevida, a conduta de negativa de licenciamento deve estar acompanhada de certos comportamentos abusivos, como listou a Corte:

“No entanto, deve notar-se que o exercício de um direito exclusivo do proprietário de um desenho registrado em relação a painéis de carroçaria pode ser proibido pelo artigo 86 caso envolva, por parte de uma empresa que detém uma posição dominante, certos comportamentos abusivos, tais como a recusa arbitrária de fornecer peças sobresselentes aos reparadores independentes, a fixação de preços para peças sobresselentes a um nível não equitativo ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo apesar de muitos veículos desse modelo ainda estiverem em circulação, desde que tais comportamentos possam afetar o comércio entre os Estados-Membros.³³”

Importante notar ante esta jurisprudência que a recusa arbitrária de licenciamento de direito sobre registro de desenho industrial ainda sob condição de pagamento de compensação, por si só, ou seja, considerada a negativa apenas, não pode configurar prática de abuso de posição dominante. O fundamental para se chegar a tal conclusão foi a extração do núcleo do direito tutelado, pois, caso contrário, considerar a simples recusa como prática abusiva significaria infringir a essência do próprio direito. No caso nacional eleito, veremos que o entendimento do CADE é de que as montadoras, por meio da imposição dos registros estariam dificultando ou impedindo a atuação de concorrentes no mercado de reposição de autopeças, e, tal conduta, configuraria exercício abusivo de um direito de propriedade industrial³⁴.

c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.”

³³Tradução livre de trecho do julgamento extraído do estudo publicado pela WIPO, 2013, p. 49.

³⁴Voto do Conselheiro Relator nos autos da AP nº 08012.002673/2007-51, p. 3850.

O caso seguinte, que ficou conhecido como caso *Magill*, de 1995, foi *RTE & ITP v. Commission*³⁵, que resultou no entendimento que para efeitos da lei antitruste direitos de propriedade intelectual legalmente adquiridos mas inadequadamente ou mal projetados são suscetíveis a produzir efeitos anticoncorrenciais assim como o fazem os direitos adquiridos ilegalmente. O contexto fático do caso, brevemente, cuidava de querela por acesso a informação da programação de canais de televisão do Reino Unido e da Irlanda. A *Magill TV Guide Ltd.* pretendia produzir e publicar um guia semanal da programação dos canais envolvidos, entretanto, estes três canais possuíam as informações de suas programações televisivas sob regime de monopólio. As emissoras recusaram o pedido de licenciamento sobre suas programações semanais, observando que a relação entre as emissoras e a editora era de agentes pertencentes a mercados verticalmente relacionados.

A Comissão Europeia e o Tribunal de Justiça Europeu consideraram que a recusa, por parte dos proprietários de direitos autorais, em licenciar para uma editora independente criar um novo produto com base nas listas de programas de televisão configurava abuso do poder dominante ante a posição de monopólio. Finalmente, o caso foi concluído enquadrando a conduta das emissoras no art. 82 (atual 102º do Tratado).

Cabe ressaltar o entendimento veiculado no estudo da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI/WIPO), no qual o foco das autoridades da época sobre o caso *Magill* não deveria ter sido o abuso de posição dominante, pois não era possível negar a aplicabilidade dos direitos autorais concedidos anteriormente sob a tutela do direito nacional dos Estados-membros. O que deveria ter recebido atenção era a anterior concessão de direitos de autor de forma indevida (o monopólio sobre a programação semanal), ou seja, para o referido estudo o problema surgiu do fato do direito ter sido concedido quando não deveria ter sido³⁶.

O terceiro caso a ser citado é o *Fiat vs. ISAM*³⁷, do ano 2000, no qual a Corte Italiana debateu situação fática mais próxima do caso nacional da ANFAPE. No caso italiano, a ISAM é a fabricante independente de autopeças de reposição e fora demandada pela Fiat por oferecer grades de radiador para o modelo Fiat Uno no mercado. As peças eram fiéis ao desenho da peça original.

A Corte italiana compôs seu entendimento de que não era ilegal a conduta da ISAM enquanto fabricante independente no mercado secundário de peças de reposição, isto porque, em situação diversa, a Fiat assumiria o monopólio do mercado e a venda de grades de radiador por fábricas independentes restaria comprometida.

Naturalmente, percebemos a proximidade ao caso ANFAPE e, por isso, relevante entender o posicionamento da Corte italiana, que diante de um ponto de tensão entre os direitos da concorrência e

³⁵Domingues e Gaban, 2012, p. 291-292.

³⁶WIPO, 2013, p. 16. Para Domingues e Gaban, o caso cumpre a demonstração de que “a mera detenção de um direito de propriedade intelectual não necessariamente estabelece a existência de uma posição dominante.” 2012, p. 292.

³⁷Domingues e Gaban, 2012, p. 291.

da propriedade industrial optou por priorizar a preservação da concorrência, sobrepondo-a aos efeitos anticoncorrenciais que a extensão do direito de propriedade industrial poderia causar num mercado relevante.

O próximo caso *Maxicar vs. Renault*³⁸, de 2000, possui um pano de fundo de composição de direitos nacionais de propriedade industrial dos Estados-membros. A controvérsia nasceu quando a montadora francesa *Renault* buscou exercer seus direitos de exclusividade sobre os desenhos industriais de suas peças de reposição em território italiano, onde a *Maxicar* os comercializava sem acordo de licenciamento. Levada a controvérsia à Corte de Justiça, as partes italianas buscavam o reconhecimento de uma sobreposição dos princípios comunitários da livre circulação de mercadorias e da liberdade de competição ao direito de exclusividade sobre desenho industrial reconhecido em diverso país membro. Isto porque, o direito italiano não reconhece a existência de direitos de propriedade industrial sobre peças de reposição para carros, diferentemente do direito francês que concedeu tal proteção à *Renault*.

A Corte fixou entendimento de que não pode ser considerado contrário à ordem pública e às relações entre os Estados-membros o simples reconhecimento concedido por um Estado – de acordo com suas leis nacionais – à existência de um direito de propriedade intelectual sobre partes da carroceria de um modelo de carro, bem como não será contrária à mesma ordem a concessão a este titular do direito a proteção contra terceiros que negociem, fabriquem, vendam, transportem, importem ou exportem em outros países-membros as peças objetos de direito.

Ademais, a Corte reforçou que a simples obtenção e o exercício de direitos de proteção sobre desenhos ornamentais para componentes da carroceria de veículos não constituem abuso de posição dominante nos termos do artigo 82º. A proibição haveria de recair caso o exercício do direito exclusivo por parte de uma empresa que detém posição dominante fosse acompanhado de comportamentos abusivos que afetassem o comércio entre os Estados-membros, como recusa arbitrária de fornecimento de peças sobressalentes aos reparadores independentes, ou a fixação de preços a nível não equitativo ou ao decidir abandonar a produção de peças de reposições de modelos que ainda estivessem em grande circulação.

Outro importante caso que trata do mercado de reposição de peças no contexto europeu é o *BMW Nederland BV vs. Ronald Deenik*³⁹, de 1997, no qual a montadora BMW processou a *Deenik* (uma revendedora independente de autopeças) porque esta anunciava serviços especializados em carros da marca e por isso havia violado os direitos de propriedade industrial da montadora. Note-se que nesse caso em específico o direito estaria ligado à prestação de serviços ligados à marca, envolvendo o debate sobre licenciamento de uso de marca e de fornecimento de peças de reposição, que é um serviço normalmente executado pelas chamadas concessionárias autorizadas.

³⁸WIPO, 2013, p. 50 a 51 e *Renault V Maxicar And Formento - Judgment Of The Court (Fifth Chamber) 11 May 2000 In Case C-38/98*.

³⁹ Caso pode ser encontrado com as referências ECJ Case C-63/97.

A Corte Europeia de Justiça entendeu que não houve violação dos direitos da montadora novamente com base no fundamento de que sem a atuação desses agentes independentes o mercado ficaria sob regime de monopólio em função do exercício de um direito de exclusividade de propriedade industrial. O mercado secundário de reposição e manutenção da vida útil dos veículos poderia padecer sob uma concentração de poder de mercado, indo contra a livre concorrência e o bem-estar social dos consumidores. A tendência que se extrai de mais esse julgamento é a confirmação de que no contexto da União Europeia a composição dos direitos da concorrência e da propriedade industrial caminha para o livre exercício deste até quando seus efeitos forem benéficos e propulsores do desenvolvimento da livre concorrência, seja dentro dos Estados-membros regidos por seus direitos nacionais, seja no campo da comunidade econômica europeia.

O caso europeu da *IMS Health vs. NDC Health*⁴⁰, de 2011, também cuida de hipótese de recusa de licenciamento, mas a licença envolvida cuidava de uma espécie de formatação de registros de dados de mercados protegidos por direitos intelectuais. As informações protegidas tratavam de dados sobre vendas e prescrições de medicamentos relacionados a um sistema de áreas geográficas (chamados *bricks*) e o registro pertencia à empresa IMS Health. Esta recusou-se a licenciar o acesso às empresas concorrentes. Ao julgar o caso, a Comissão e a Corte Europeias consideraram que a formatação de composição de dados do mercado por meio dos *bricks* tornou-se um padrão próprio da indústria farmacêutica, seguido pelas demais empresas, e que a recusa resultaria em efeitos anticoncorrenciais no mercado. É preciso destacar que neste caso as relações entre os agentes se realizavam no mesmo mercado, no nível horizontal da cadeia industrial e que a recusa de um licenciamento poderia repercutir negativamente de forma mais sensível⁴¹.

Finalmente, mas não menos importante, trataremos do caso *Microsoft Corp. vs. Commission of the European Communities*, de 2007, que cuidou da possibilidade da flexibilização de um direito de propriedade intelectual quando o seu exercício tem potencial de produzir efeitos anticoncorrenciais no mercado relevante. A situação fática era que a *Microsoft*, detentora exclusiva de informações secretas sobre a interface do seu sistema operacional, recusou o fornecimento de informações confidenciais que possibilitariam a interação do *Windows* com os demais softwares disponíveis no mercado. A posição da *Microsoft* já era dominante no mercado e a recusa tinha o potencial de eliminar concorrentes do mercado. E assim, a concorrência não conseguia inovar em melhores ou novos produtos que interagissem com o sistema operacional *Windows*.

A *Microsoft* foi condenada por abuso de posição dominante e a Comissão entendeu pelo não licenciamento compulsório, mas pela divulgação de certas informações relativas à interoperabilidade

⁴⁰WIPO, 2013, p. 52-54.

⁴¹ Observemos que no caso *Magill*, os mercados abordados possuíam relação vertical entre as emissoras de televisão e a editora de programações televisivas e que a recusa de licenciamento impedia o surgimento de novo produto. No caso IMS, o impedimento recaía sobre o mesmo mercado, restringindo a atuação de empresas concorrentes em mesmo nível – mercado farmacêutico.

para que as concorrentes tivessem acesso aos dados de interface e operacionalidade do *Windows*. A decisão da Corte levou em consideração três pontos relevantes⁴²: houve a recusa de licenciamento de direito (fator indispensável para análise); havia o impedimento para o surgimento de novos produtos e serviços num mercado de alta demanda e havia o risco de eliminação de toda a concorrência.

Necessário observar no caso *Microsoft* que houve especial cuidado pela preservação da concorrência, que incorreu em risco de extinção, por que o direito de propriedade intelectual isolou de tal maneira o campo da inovação que o tornou inacessível para os demais *players*. A solução encontrada foi flexibilizar o direito de propriedade intelectual com os objetivos simultâneos de reconhecer a posição conquistada por mérito do agente dominante, mas também permitir que o incentivo à inovação permaneça no mercado fomentado pelos demais agentes. Até mesmo o detentor da posição dominante será impulsionado a correr pela inovação e pelo desenvolvimento de seus produtos e serviços.

Ainda que o caso *Microsoft* possua mercado distinto ao caso ANFAPE, há uma semelhança que diz respeito à extensão dos direitos de propriedade intelectual/industrial nos mercados primários e secundários. Assim como o mercado de produção de carros está acompanhado do mercado (secundário) de reposição de peças e manutenção dos veículos, o campo da tecnologia da informática possui a produção (primário) e o mercado (secundário) de manutenção e reposição de peças. Nestes distintos mercados, o exercício dos direitos de propriedade intelectual e industrial se aproximam quando usados como meios de abuso de posição dominante, ou melhor, no momento em que se revela a potencialidade de produzir efeitos anticoncorrenciais.

Os danos que indicam o abuso nos informam quando a concorrência, a inovação e o desenvolvimento entram em risco comum de desaparecimento. E é neste momento em que cabe a flexibilização dos direitos de exclusividade sobre a propriedade industrial. Para Domingues e Gaban, são exemplos de situações que demandam a flexibilização:

- “(i) quando o produto/serviço relacionado com o direito de propriedade intelectual seja indispensável para o *player* atuante no mercado;
- (ii) quando a recusa da flexibilização de direitos de propriedade implique prejuízos (ou exclusão) da concorrência do mercado;
- (iii) quando a recusa impeça que novos produtos entrem em um mercado onde haja uma demanda potencial; e
- (iv) quando a recusa não possa ser objetivamente justificada.”⁴³

Diante da reconstrução histórica, conceitual e jurisprudencial da interatividade do direito concorrencial com o direito de propriedade industrial, encerramos a primeira parte deste trabalho para seguirmos no estudo da função do controle da concorrência ante exercícios abusivos de direitos de propriedade industrial no mercado relevante de reposição de autopeças peças no contexto nacional.

⁴² WIPO, 2013, p. 8.

⁴³ Domingues e Gaban, 2012, p. 293.

3. CAPÍTULO 2 – CASO ANFAPE E O CADE

Ante o diverso quadro de interatividade entre o direito da concorrência e o direito da propriedade industrial elegemos um caso específico no cenário nacional para tratarmos como ferramenta analítica, sem qualquer pretensão de antecipar um resultado do atual Processo Administrativo que tramita no Conselho Administrativo de Defesa Econômica⁴⁴, por isso, nosso objeto está restrito ao processo de Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, de relatoria do então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

3.1. Da Representação da ANFAPE

A Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) propôs representação em 2007 contra as montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda., alegando supostos abusos de direitos de propriedade industrial, nos termos dos artigos 20, incisos II e IV, e 21, inciso V, da Lei 8.884/94⁴⁵. A ANFAPE em sua Representação afirmou que as montadoras estariam exercendo seus direitos de registro sobre desenhos industriais de forma abusiva com base na Lei nº 9.279/96 e por meio de diversas medidas judiciais e extrajudiciais que visavam impedir a atuação das Fabricantes Independentes de peças Automotivas (FIAPs) no mercado relevante de reposição de peças.

A montadoras possuíam registros dos desenhos industriais sobre as peças dos veículos por elas produzidos e os desenhos seriam das peças que formam a estrutura externa do carro, as chamadas peças aparentes do veículo, tais como para-choques, faróis, retrovisores, calotas, capôs, portas, tampas de porta-malas, para-lamas, lanternas, grades de radiador entre outras. Bem como cuidamos no primeiro capítulo deste estudo, desenhos industriais têm como essência os aspectos ornamentais e estéticos de um objeto industrializável e as autopeças são reconhecidas nessa categoria de criação industrial, pois compõem o conjunto estético visível do automóvel.

O direito sobre a propriedade industrial em questão possui fundamento na Lei nº 9.279/96, que dita as condições de registro, a concessão, os prazos de vigência e a proteção conferida pelo registro. A proteção do registro está no artigo 109 e prevê a aplicação do art. 42, incisos I e II e art. 43, inciso IV ao desenho industrial⁴⁶. A vigência do direito está definida no art. 108 que determina que o registro

⁴⁴ Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51.

⁴⁵As práticas previstas em tais artigos incluem dominar mercado relevante de bens ou serviços, exercício de forma abusiva de posição dominante e criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.

⁴⁶ Lei 9.279/96 - Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

I - produto objeto de patente;

II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

(...)

vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada.

A Representação aduziu que as Representadas estariam cometendo abuso de direito de exclusividade de produção e comercialização das autopeças ao moverem ações judiciais e acionarem medidas extrajudiciais⁴⁷ contra as Fabricantes Independentes. A finalidade de tais condutas seria impedir a atuação das FIAPs, enquanto concorrentes das montadoras no mercado secundário de reposição de peças e instaurar um regime de monopólio do fornecimento das autopeças.

Importante destacar que para a definição do mercado relevante envolvido no caso estudado é preciso fazer uma distinção sobre as peças objetos dos desenhos industriais registrados. De acordo com a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), em sua norma técnica NBR 15296:2005, há seis tipos de peças ligadas ao mercado da indústria automobilística, sendo que dentre elas nos interessam três categorias: (i) peça de produção original que é a peça que integra um produto original em sua linha de montagem; (ii) peça de reposição original (genuína ou legítima) que é a peça destinada a substituir a de produção original para fins de reparação ou manutenção, inclusive é produto do mesmo processo de fabricação seguindo as especificações técnicas da peça de produção original e (iii) peça de reposição (ou de pós-venda) que tem a mesma finalidade de substituição, porém, distintamente da segunda categoria, ela pode ou não apresentar as mesmas especificações técnicas e de qualidade da original.

Estas distinções, apesar de aparentemente não significarem muito à primeira vista, na verdade fazem grande diferença e são capazes de dividir mercados relevantes⁴⁸ na indústria automobilística. Note-se que na Representação, a ANFAPE entendeu que o mercado de autopeças estaria dividido em apenas dois mercados relevantes: a) o mercado primário (*foremarket*) que se ocupa da fabricação de veículos novos e de peças originais utilizadas na produção destes, composto pelas montadoras e suas terceirizadas⁴⁹ (autorizadas por licenciamento); b) mercado secundário (*aftermarket*) que engloba a produção e comercialização das autopeças de reposição originais (produzidas pelas próprias montadoras e suas autorizadas) e de reposição produzidas pelas fabricantes independentes.

Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

(...)

IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento

⁴⁷No voto do Conselheiro foram descritas ações nas quais por tutela antecipada e por confirmação em sentenças foram determinadas as buscas e apreensões de autopeças que reproduziam os desenhos industriais, inclusive a suspensão definitiva da produção e comercialização das peças e marcas das Representadas. As medidas extrajudiciais foram concentradas em seguidas notificações apresentadas nos autos da averiguação.

⁴⁸Adotamos a definição de mercado relevante de Paula A. Forgioni (1998) que define como “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”, p. 200.

⁴⁹Em seu voto o Relator descreveu: “as montadoras comumente terceirizam a produção de autopeças a fornecedoras independentes, sendo habitual, nesse mercado, que montadoras e fornecedores de autopeças trabalhem em conjunto no desenvolvimento do projeto das peças, ou que os fornecedores assumam o projeto sozinhos, por delegação da montadora, ou mesmo que a montadora repasse a um fornecedor determinadas especificações técnicas, para que este desenvolva o projeto.” (fl. 3857)

O Conselheiro Ragazzo em seu voto nos explica, com base no precedente extraído da jurisprudência do CADE⁵⁰, que o mercado relevante envolvido possui mais duas divisões além das apresentadas pela ANFAPE:

“(i) o mercado de fabricantes de veículos novos, de dimensão nacional, do qual participam as montadoras instaladas no país, entre elas as Representadas; (ii) o mercado varejista de veículos novos, de dimensão regional, no qual concorrem as concessionárias, empresas importadoras e revendedoras multimarcas de veículos novos e usados; (iii) o mercado atacadista de autopeças de reposição, de escopo nacional, no qual atuam as fabricantes de autopeças e, eventualmente, as montadoras, na condição de fabricantes de autopeças; e (iv) o mercado varejista de autopeças de reposição, ou simplesmente “mercado de reposição”, de dimensão geográfica local, do qual participam as concessionárias e as lojas independentes de autopeças.”⁵¹

Ainda que diante deste precedente, o entendimento do Relator é de que as Fabricantes Independentes de peças de reposição pertencem ao terceiro mercado, como concorrentes das fabricantes das peças de reposições originais. Destacou, inclusive, que o caso em análise, pertencia a um mercado ainda mais específico dentro do mercado de reposição, o mercado das peças fabricadas para um veículo de uma marca específica, especializado em um modelo de uma montadora. Isto, deve-se ao fato de o caso tratar de peças *must-match*, “ou seja, autopeças de reposição que devem reproduzir exatamente o desenho da peça original para restituir ao automóvel a sua aparência original ou mesmo para que se encaixem de maneira adequada ao veículo.”⁵²

A formação e a identificação do mercado relevante são questões importantes para este estudo, bem como o foi para o processo de averiguação preliminar, isto porque, quando observamos a extensão do exercício do direito de propriedade industrial devemos notar até onde seu caráter de exclusividade é capaz de produzir efeitos concorrenciais positivos, de incentivo à inovação e ao desenvolvimento e a partir de onde observaremos efeitos negativos sobre o espaço concorrencial.

Bem como ensina Paula A Forgioni, “a delimitação do mercado relevante sempre foi indispensável à aplicação de uma norma antitruste” e “para a caracterização do ilícito devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou por efeito restringi-la)”⁵³.

3.2. Das Defesas das Representadas

⁵⁰Averiguação preliminar nº 08012.000487/2000-40, Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade.

⁵¹Voto Conselheiro Relator, fls. 3856.

⁵² Voto Conselheiro Relator, fls. 3857.

⁵³Forgioni, 1998, p. 199

Deste modo, o núcleo do caso em estudo reflete o debate inicial deste trabalho: dentre os pontos de interação entre o direito concorrencial e o direito de propriedade escolhemos um – a hipótese de extensão ou delimitação do exercício de um direito de registro sobre desenho industrial entre os mercados relevantes no campo da indústria de automóveis.

O posicionamento da ANFAPE na Representação foi de que as medidas lançadas pelas Representadas (as montadoras) configuravam abuso do direito de propriedade sobre os desenhos industriais quando ampliado ao mercado secundário. O exercício do direito de exclusividade no *aftermarket*, fora do primário, seria abusivo e iria contra o objetivo da concessão da tutela que, para a ANFAPE, estaria restrita ao mercado primário de produção e venda de veículos novos. Da prática abusiva resultariam: o impedimento de oferta pelas FIAPs no mercado de reposição afetaria a livre concorrência, configurando um monopólio em cada mercado especializado em uma peça de determinado modelo de veículo; a limitação das opções ofertadas ao consumidor para estender a vida útil do seu veículo; um acréscimo ao potencial aumento de preços de maneira arbitrária e aos custos de serviços de manutenção e, dentre outros reflexos, a ocorrência do efeito *lock in*⁵⁴ que criaria um desequilíbrio no mercado primário.

As Representadas apresentaram suas defesas trazendo questões preliminares como a incompetência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a ilegitimidade da ANFAPE por questões formais de constituição da Associação⁵⁵. Em sede de mérito, as montadoras trouxeram questões e argumentos que destacaremos e finalmente pediram pelo arquivamento do feito.

A Fiat argumentou que a tutela concedida pela Lei de Propriedade Industrial sobre o registro dos desenhos industriais é de efeito *erga omnes* e que não está limitada a mercados específicos. Com base no entendimento de que o registro serviria para sua defesa contra concorrentes, a extensão do direito deve atingir o mercado secundário onde também há concorrentes. Ao expor sua política de combate à contrafação a Fiat listou seus produtos protegidos e informou que as peças protegidas por direito de propriedade industrial (11 de um universo de quase 3000 peças) representavam 20% do seu faturamento no mercado secundário.

Juntamente com dados sobre a movimentação monetária do mercado secundário, arguiu que sua participação seria insignificante no mercado relevante de reposição de autopeças. E levantando a argumentação de racionalidade econômica sobre o direito de propriedade industrial, alegou que o monopólio possui caráter pró-competitivo no mercado por que torna-se um estímulo à Pesquisa e

⁵⁴O efeito *lock in* analisado nesse contexto, de acordo com Domingues e Gaban, é a vinculação entre o custo de troca e a aquisição de um veículo novo, causada pelos preços das peças de reposição (2012, p. 287). O consumidor sopesará os custos da manutenção da vida útil do seu veículo com os custos para a aquisição de um novo veículo. É o reflexo que o alto custo de manutenção provoca no mercado primário.

⁵⁵Em seu voto o Conselheiro Relator afastou a preliminar de ilegitimidade da ANFAPE com base na Lei do Processo Administrativo, Lei nº 9.784/99, e nos princípios do interesse público e da oficialidade, que firmam o poder-dever da Administração de dar continuidade ao processo quando houver o interesse público. Foi coincidente aos entendimentos da Secretaria de Direito Econômico (SDE), da ProCADE e do MPF. Quanto à questão de competência do SBDC, levaremos a questão a diante neste estudo.

Desenvolvimento, à concorrência e promove benefícios aos consumidores. Ademais, afirmou que os produtos em questão não estão revestidos da essencialidade necessária para configurar uma exceção ao direito de exclusividade de exploração e que defende o monopólio temporário como meio de incentivo à inovação.

A Volkswagen seguiu na mesma linha de defesa da Fiat, na qual inexistiu abuso de direito quando amparado pela Constituição Federal e pela Lei de Propriedade Intelectual. Argumentou que a proteção é dada ao produto e não importa qual mercado esteja envolvido. Afirmou que não se trata de caso de aplicação da licença compulsória⁵⁶ e que não se pode afastar a essencialidade do aspecto ornamental do desenho industrial desenvolvido até mesmo no mercado secundário, pois seria o cerne do direito tutelado. Finalmente, defendeu que há uma interdependência entre os mercados secundário e primário e que não há incompatibilidade entre direito antitruste e a tutela do direito de propriedade industrial, porque esta promove a inovação e a concorrência entre agentes.

A Ford também levou o argumento de que os mercados são interdependentes e que os parâmetros fixados no mercado primário devem ser seguidos pelos produtos comercializados no secundário. Ademais, afirmou que os preços impressos no mercado secundário resultam da necessidade de retorno dos valores gastos em Pesquisa & Desenvolvimento e que o ciclo de mudança nos modelos dos automóveis é de 5 anos no mercado primário em função da intensa concorrência. Arguiu que a interdependência alcançaria as condutas das montadoras de forma que uma dominação do mercado secundário não seria vantajosa, isto porque acrescentaria risco de queda na participação no mercado primário – que constitui a fonte principal de lucros das montadoras.

A Ford também aduziu que há uma obrigação, por força de lei, sob a qual as montadoras devem realizar a manutenção de estoque de autopeças, ainda que o carro tenha saído de linha, e que por causa dessa obrigação, que não recai sobre as fabricantes independentes, estas possuiriam uma vantagem concorrencial. Utilizou do mesmo argumento de que as suas peças sob registro não representam parte significativa de sua arrecadação e nem do mercado, o que significaria que a atuação das FIAPs não alteraria a composição da concorrência no mercado. Quanto à qualidade das peças ofertadas no mercado secundário, arguiu que as fabricantes independentes apresentam produção de qualidade inferior e que não obedecem às exigências de segurança e de uso de materiais. Ainda acusou as FIAPs de cometerem a prática de *free-riding*⁵⁷, porque não depreendiam gastos com Pesquisa & Desenvolvimento. Quanto ao efeito *lock in*, argumentou que o aumento desarrazoado dos preços no mercado secundário levaria à perda de espaço no mercado primário, pois o consumidor daria maior importância aos custos de manutenção do futuro veículo no momento de compra no mercado primário.

⁵⁶ Há previsão legal, mas para o instituto da patente, no art. 68 da Lei nº 9.279/96.

⁵⁷ Richard Whish explica o problema do *free-rider*, que é o agente que concorre no mercado com o agente que criou o produto e a demanda por este, mas sem ter gasto com os custos do investimento, nem mesmo contribuindo na criação da demanda. O *Free-riding* ocorre normalmente em mercados onde o produto é relativamente novo ou complexo e de valor razoavelmente alto. (2005, p. 592-593)

3.3. Do parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE)

Encerradas as defesas, no curso do processo foi apresentado o parecer da Secretaria de Direito Econômico (SDE) com os seguintes argumentos⁵⁸:

- “(i) a Constituição e a legislação infraconstitucional garantem a proteção da propriedade industrial por determinado período, a fim de incentivar a inovação;
- (ii) o direito concorrencial e o direito de propriedade industrial, nesse sentido, seriam complementares, haja vista que ambos objetivam fomentar a inovação e, conseqüentemente, a concorrência, em benefício dos consumidores;
- (iii) a intervenção antitruste em direitos de propriedade industrial só se justificaria em situações nas quais houver abuso dos procedimentos de registro desses direitos, o que não estaria a ocorrer no caso;
- (iv) em se tratando da indústria automobilística, os registros de desenho industrial das peças de reposição em questão aplicar-se-iam tanto ao mercado primário quanto ao secundário, e a concorrência entre as montadoras no mercado primário mitigaria abusos também no mercado secundário;
- (v) mesmo diante de um eventual poder de mercado, a manutenção dos direitos de propriedade industrial das montadoras seria necessária para compensar os investimentos de Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) dessas empresas, mantendo os incentivos à inovação;
- (vi) uma vez que as medidas judiciais e extrajudiciais das montadoras contra os FIAPs teriam se pautado em um direito legítimo, também estaria afastada (...) qualquer alegação de *sham litigation*;
- (vii) não haveria que se falar na conduta de preços abusivos;
- (viii) o CADE seria possivelmente incompetente para intervir nessa matéria, uma vez que, ao contrário do que ocorre com as patentes, a Lei de Defesa da Concorrência e a Lei de Propriedade Industrial não preveriam a licença compulsória de desenhos industriais, que são o objeto deste procedimento;
- (ix) uma eventual intervenção nesse mercado deveria ser feita pelo Poder Legislativo, por meio de alterações legais;”⁵⁹

A Secretaria de Direito Econômico propôs o arquivamento da Averiguação Preliminar ante tais argumentos. Precisamos destacar que o entendimento deste estudo não rende apoio ao posicionamento do parecer supracitado, pelas seguintes razões:

⁵⁸ O parecer da SDE, de fls. 2409-2471.

⁵⁹ Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, p. 3834-3835.

- (a) A proteção Constitucional e infraconstitucional depreendida pelo ordenamento pátrio à propriedade industrial⁶⁰ tem como condição de existência e limites o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, deste modo, a proteção às criações industriais não está isenta do controle do direito concorrencial, bem como não está imune ao controle o exercício de direitos sobre o registro de desenhos industriais;
- (b) Não há discordância quanto ao nível de interatividade entre o direito concorrencial e o direito de propriedade industrial e que possuem objetivos em comum (como a promoção da inovação e a persecução do bem-estar social), entretanto, não se pode compreender, sob a ótica constitucional brasileira, que a concessão de um direito de registro sobre um desenho industrial supere no seu exercício extensivo princípios constitucionais da livre concorrência e da função social da propriedade, nos termos do art. 170, incisos III e IV. Assim nos ensina Calixto Salomão Filho:

“A complementariedade do direito industrial ao direito antitruste não é derogatória. Pelas suas próprias origens recentes, de inspiração concorrencial, está e deve estar o direito industrial permeado pelos princípios concorrenciais. Antes que uma justificativa para a desaplicação do direito concorrencial, o direito industrial é um caso especial de sua aplicação.”⁶¹

- (c) Ao contrário do que se extrai do parecer da SDE, a intervenção antitruste não está restrita às “situações nas quais houver abuso dos procedimentos de registro” dos direitos de propriedade industrial. O controle concorrencial alcança também as condutas anticompetitivas resultantes do abuso no exercício do direito de propriedade industrial⁶². Note-se que o voto do Conselheiro Relator⁶³, na seção “Da aferição de ilicitude da prática”, entende que houve consideração imprecisa por parte da SDE e que a Representação objetivava questionar uma suposta conduta unilateral exclusionária, que nos termos legais, configura abuso de posição dominante com o

⁶⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

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

⁶¹ Salomão Filho, 2003, p. 132.

⁶² A Constituição define que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros nos termos do §4º do art. 173.

⁶³ É o entendimento do Conselheiro Relator, fls. 3946-3849, de que “Trata-se do reconhecimento equivocado, pela Secretaria, de que a intervenção antitruste em direitos de propriedade industrial só se justificaria em situações nas quais houve fraude ou abuso nos procedimentos de registro desses direitos (...) a SDE deixou de lado o grupo de condutas anticompetitivas (...) advindas não necessariamente de abusos no procedimento de registro, mas sim de abuso no exercício do direito de propriedade industrial em si, pelo seu titular. (...) O abuso de direito ocorre quando o mesmo é exercido pelo seu titular de modo tal que desvirtue a finalidade socioeconômica que justifica a existência desse direito.”

intuito de limitar, criar dificuldades ou impedir a atuação de concorrentes em mercado específico.

- (d) Ao debate sobre a aplicação nos mercados primário e secundário dos registros de desenho industrial das peças deve ser acrescentada uma observação: a imposição da exclusividade de produção, exploração e comercialização por meio do direito de registro possui dois momentos distintos – a imposição no mercado primário sobre as demais montadoras e a imposição no mercado secundário sobre as montadoras e as fabricantes independentes. Não se questionou em sede de representação, nem no voto do Conselheiro Relator, e muito menos se pretende com este estudo, a aplicabilidade dos direitos sobre os registros. O que se questiona é a extensão do caráter exclusionário do direito, capaz de gerar efeitos anticoncorrenciais quando impostos às fabricantes independentes no mercado secundário.
- (e) Quanto à alegação de que a concorrência entre as montadoras no mercado primário reduziria abusos no mercado secundário, constitui uma afirmação que pode não contribuir para o entendimento do caso, porque não há dados que demonstrem o desinteresse das montadoras no mercado de reposição para redirecionamento de foco produtivo ao mercado primário. Inclusive, a Representação teve origem após movimentos das próprias montadoras de reafirmação de direitos sobre registros no mercado secundário por vias judiciais e extrajudiciais.
- (f) A respeito da manutenção de direitos de propriedade industrial das montadoras como necessidade para compensar investimentos em Pesquisa & Desenvolvimento é preciso observar que nem todo investimento em pesquisa resultará necessariamente em retorno financeiro certo ao investidor, pois trata-se de uma atividade revestida de incertezas. Ainda mais precisamente, o lucro das montadoras provém majoritariamente do mercado primário de produção e venda do automóvel. Bem como destacaram as próprias montadoras, o grosso do seu faturamento reside no mercado primário⁶⁴, logo nem mesmo a SDE poderia esperar que a compensação dos investimentos seria conquistada na venda de peças de reposição no *aftermarket*. Sobre a incerteza do retorno de custos em inovação, Karin Grau-Kuntz explica:

“Ao titular do (direito) exclusivo é garantida a possibilidade de – protegido contra a concorrência de imitação – ir ao mercado para tentar recuperar o seu investimento. Quem decidirá pelo retorno ou não do investimento aplicado no desenvolvimento do bem intelectual protegido pelo direito de propriedade intelectual é o próprio mercado.

⁶⁴Do relatório do Conselheiro extrai-se: “A Fiat ressaltou, ainda, que do universo de 2500 a 3000 peças, apenas 11 (...) são protegidas por direitos de propriedade industrial, sendo que estas perfazem somente 20% de seu faturamento no *aftermarket*. Observou-se, também, que ao considerar o faturamento total do mercado de autopeças (R\$ 48 bilhões anuais, conforme apresentado pela ANFAPE na Representação), a Fiat teria uma participação de apenas 1,2% e, em relação às peças protegidas, esta participação seria de tão somente 0,2%”; A Ford afirmou que tais peças representariam apenas parte irrelevante de seu faturamento no Brasil (...) Quanto a todas as peças de reposição (mesmo as não protegidas), anotou-se que estas representariam somente 5% de seu faturamento atual, sendo que, dentro dos 5%, 13% seriam de peças cativas (protegidas) e 87% das autopeças certificadas.”(fls. 3834 – 3838 dos autos da Averiguação Preliminar).

Em outras palavras, no jogo do mercado não há garantia nenhuma de retorno de investimentos, mas antes mera possibilidade, o que conclui pela impossibilidade de falarmos em proteção de ‘investimento’.”⁶⁵

- (g) Sobre a questão aventada da possibilidade de conduta de *sham litigation* por parte das Representadas concordamos com o posicionamento da SDE e do voto do Conselheiro Relator, que não há a caracterização dos critérios indicadores de tal prática⁶⁶.

Entretanto, precisamos destacar que quando relacionada aos direitos de propriedade intelectual a prática do *sham litigation* merece atenção em função do caráter excludente da PI. Bem como explicou a Conselheira Ana Frazão, nos autos do PA nº 08012.007189/2008-08 (fls. 22-25): “o benefício que decorre da propriedade industrial, especialmente das patentes, deve ser interpretado de forma cuidadosa, a fim de evitar que traga ainda mais restrições concorrenciais do que aquelas que são inerentes à sua própria natureza e ao seu âmbito legítimo de proteção.”

Neste sentido a jurisprudência do CADE formou entendimento de que o direito de petição não está imune ao controle concorrential e fixou como requisitos do *sham litigation*: “(i) o abuso de direito de petição/ação, que pode ocorrer tanto na modalidade dolosa como culposa, e (ii) a possibilidade de provocar danos à concorrência.”⁶⁷. Estes requisitos são indispensáveis para a configuração da infração concorrential e podem receber a companhia da formação do poder de mercado (entendido como requisito facultativo para a configuração da infração). Diante da potencialidade anticoncorrencial e de tais requisitos, compartilhamos da posição firmada pela Conselheira Ana Frazão no referido processo:

“Por tais razões, entendo que o abuso do direito de petição, quando relacionado à propriedade intelectual, possui como regra, considerável potencial de prejudicar a concorrência. Aliás, a própria existência da propriedade intelectual já é um fator a ser considerado na aferição de posição dominante do agente, diante dos poderes exclusionários que possui no mercado respectivo. (...) é inequívoco que deve verificar se a defesa do direito foi feita de forma adequada e proporcional, principalmente diante de patentes cujos limites são pouco claros ou ambíguos.

Em casos assim, há considerável margem para que o titular da patente se utilize da defesa judicial de forma maliciosa ou descuidada, praticando deslealdades processuais, fraudes, atitudes procrastinatórias e excessos processuais que, ao

⁶⁵Grau-Kuntz, 2011, p. 256.

⁶⁶ A prática de *sham litigation* constitui, de forma rasa, um abuso do direito de petição, na qual não há qualquer fundamento para a ação, com o objetivo de comprometer concorrente em suas relações empresariais. O tema comporta interessantes estudos e possui precedentes notáveis, tanto no direito norte americano (caso *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.*, julgado pela Suprema Corte) quando em sede nacional na jurisprudência do CADE (PA nº 08012.004484/2005-51, PA nº 08000.024581/1994-77, PA nº 08012.007189/2008-08 e AP nº 08012.006076/2003-72), entretanto não nos aprofundaremos no tema por não ser o objetivo deste presente trabalho.

⁶⁷Voto Conselheira Ana Frazão, Processo Administrativo nº 080012.007189/2008-08, fl. 19.

distorcerem as condições concorrenciais, não podem ser tolerados pela autoridade antitruste.”⁶⁸

A respeito do entendimento da SDE sobre a possibilidade de incompetência do CADE para intervir na matéria do caso, cumpre ressaltar que consideramos plena a competência de controle do CADE, conforme estudaremos no próximo capítulo.

O parecer da SDE recebeu destaque nos pontos anteriores expostos, entretanto, há uma questão que trataremos de forma específica⁶⁹. Primeiramente, a SDE em seu parecer adentrou o mérito de que não há previsão legal para que o CADE decida pela licença compulsória do direito de registro sobre desenhos industriais, isto porque há previsão para o instituto da patente. E, concluiu que, por isso, o CADE não poderia intervir no caso, nem mesmo por não vislumbrar suposto abuso de poder econômico por parte das representadas.

Quanto à ausência de previsão legal para a aplicação da licença compulsória em casos que envolvam direitos sobre registro de desenho industrial, não há dúvidas de que a Lei 9.279/96 no seu artigo 68 e subsequentes trata de patentes, que não seria aplicável aos desenhos industriais. A licença compulsória representa uma ferramenta legal de quebra na rigidez exclusionária dada a um instituto que é a patente. A patente, por sua vez, oferece ao titular a proteção sobre o conteúdo (ideias inovadoras que revelam uma concepção original para obter um novo efeito técnico) da invenção e, por atenção a este conteúdo que a licença atuará, seja por acordo entre partes (acordo de transferência de tecnologia) ou seja por força de lei.

Ainda que o desenho industrial – que não cuida da finalidade utilitária do objeto, nem de uma concepção de um novo efeito técnico ou de processo de fabricação – não receba a previsão legal da hipótese de licença compulsória, não significa que o exercício do direito de registro esteja imune ao controle do direito concorrencial. Isto significa que o direito exclusivo sobre o registro do desenho industrial deve atender a sua função concorrencial e respeitar os princípios constitucionais do interesse social, da livre concorrência e do desenvolvimento tecnológico e econômico do país⁷⁰. Ademais, nem a Constituição, nem a norma infraconstitucional, eximiram o exercício dos direitos de propriedade industrial das regras de defesa da concorrência, logo, o direito antitruste deve ser aplicado integralmente.

⁶⁸ Voto Conselheira Ana Frazão, Processo Administrativo nº 080012.007189/2008-08, fl.25.

⁶⁹ Para um aprofundamento crítico sobre o parecer exarado pela SDE no caso ANFAPE, ver artigo de Karin Grau-Kuntz “O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis – Uma análise crítica a recente decisão da Secretaria de Direito Econômico (SDE)” 2013, publicado pela Revista Eletrônica do IBPI.

⁷⁰ Karin Grau-Kuntz explica “o ordenamento jurídico brasileiro (...) não garante também em relação aos bens imateriais um direito absoluto, ilimitado e solto de qualquer consideração social. Pelo contrário, o ordenamento jurídico garante o direito de propriedade sobre bens imateriais não como um valor em si mesmo, mas sim em função de fins determinados, fins estes expressos no interesse social e no desenvolvimento tecnológico e econômico do país. (...) O que interessa analisar aqui, é se o direito exclusivo sobre o bem imaterial está cumprindo no mercado sua função concorrencial, ou não.” 2013, p. 51.

3.4. Dos pareceres da ProCADE e do Ministério Público Federal

A Procuradoria especializada junto ao CADE (ProCADE) emitiu parecer pelo arquivamento do feito ao entender que não houve conduta abusiva por parte das montadoras e que o direito sobre o registro dos desenhos industriais pode ser exercido tanto nos dois mercados, secundário e primário, porque inexistente fundamentação jurídica para uma limitação. Não obstante, a ProCADE firmou entendimento de que o CADE é competente para analisar casos em que o exercício dos direitos de propriedade industrial possua potencial ou cause danos à concorrência.

O Ministério Público Federal deu parecer e inaugurou divergência, opinando pelo provimento da remessa oficial para instauração do processo administrativo, com base no entendimento de que em razão do monopólio temporário sobre o registro do desenho industrial, há potencialidade de abuso de preços no mercado secundário, ainda que haja forte concorrência no primário entre as montadoras. Argumentou que a justificativa de compensação de valores em investimentos de pesquisa necessitaria de estudo mais aprofundado da composição do mercado secundário e principalmente do primário, caso a arrecadação no último já não bastasse para suprir os custos em Pesquisa e Desenvolvimento. Finalmente, aduziu que o exercício do direito sobre o registro do desenho industrial não é imune à atuação dos órgãos de controle da concorrência, ainda que ausente previsão legal para o licenciamento compulsório.

3.5. Do voto do Conselheiro Relator

Para encerrarmos a análise do processo de Averiguação Preliminar, partiremos para o estudo do voto do Conselheiro Relator, que em 15 de dezembro de 2010, em sessão de julgamento foi seguido por unanimidade pelo Plenário para dar provimento ao recurso de ofício, determinando a instauração do atual Processo Administrativo, para apurar a possível violação aos artigos 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da Lei 8.884/94, no mercado de reposição de autopeças.

De forma detalhada e bem estruturado, o voto do Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo enfrentou questões desde a configuração das interações entre o direito industrial com o direito da concorrência, abordando as várias condutas anticompetitivas que o exercício dos direitos industriais podem promover e realizou uma análise econômico-concorrencial, alcançando o debate do mercado relevante para restringi-lo. Ainda em seu voto, cuidou das justificativas levadas pelas Representadas para manutenção do exercício do direito de registro no mercado secundário e adentrou na análise jurídico-constitucional do caso. Em última sede, abordou a questão da competência do CADE para atuar nas hipóteses de condutas anticompetitivas decorrentes de desenhos industriais, firmou posição sobre composição de medida de intervenção e afastou as alegações de práticas de preço abusivo e de *sham litigation* cometidas supostamente pelas Representadas.

Em atenção ao objetivo do presente trabalho, debateremos os pontos destacados pelo Conselheiro Relator na parte conclusiva de seu voto, uma vez que, como afirmou Karin Grau-Kuntz:

“O voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo inaugura uma nova era na compreensão da propriedade intelectual no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE. Até então o órgão administrativo vinha se manifestando muito timidamente em relação à propriedade intelectual. No voto em tela o Conselheiro Relator rompeu com a visão estática e assistemática de compreensão da propriedade intelectual, considerando o instituto jurídico em função de sua finalidade econômico-concorrencial. E há muito urgia o tratamento dinâmico e sistêmico do instituto jurídico pela autarquia.”⁷¹

Inicialmente, o Relator afirma que o exercício de um direito de propriedade industrial está suscetível ao controle antitruste⁷², ainda que ocorram eventuais indisposições aparentes entre o direito concorrencial e o direito de propriedade industrial por entender que são, em regra, complementares. Seu entendimento é de que são grandes aliados na manutenção e promoção da inovação e, assim também, o são da concorrência. Daí o interesse de compor o incentivo à inovação com a preservação da concorrência.

O Relator entendeu, também, que ainda que dentro da legalidade na concessão do registro do direito sobre o desenho industrial, pode o detentor do registro cometer abuso no exercício do direito de exclusividade sobre o registro. E que nas situações de abuso de direito, é possível observar o desvirtuamento dos fins socioeconômicos que o fundamentam. Em função do caso envolver o direito de registro sobre desenhos industriais, o abuso de posição dominante recebeu maior atenção, isto porque, quando amparado pelo registro do desenho industrial, o titular pode incorrer em exercício abusivo do direito adquirido. Logo, “a ilicitude da prática não está na detenção do direito, mas sim na extrapolação de seus limites segundo a finalidade da norma que o ampara”⁷³.

A respeito da formação de monopólio pelas montadoras detentoras da exclusividade sobre os registros, concluiu o Relator que há a garantia do monopólio no mercado de reposição de autopeças assim que excluídas as fabricantes independentes. A possibilidade de compor um monopólio pelas montadoras para cada mercado relacionado à peça de um modelo ocorre por que os desenhos industriais envolvidos no caso cuidam das autopeças de *must-match*, “peças de reposição que devem reproduzir exatamente o desenho da peça original para restituir ao automóvel a sua aparência original ou mesmo

⁷¹Grau-Kuntz, 2011, p. 253.

⁷²Em seu voto o Relator afirma: “A propriedade industrial, porém, não é absoluta, nem imune à legislação antitruste. (...) Nesse sentido, embora seja certo que o exercício de direitos de propriedade industrial não constitua, de modo algum, uma conduta anticompetitiva *per se*, e que muitas vezes sequer confira qualquer poder de mercado ao seu detentor, não raro esses direitos surtem efeitos anticompetitivos que, efetivamente, importam uma conduta anticompetitiva ilegal, passível de intervenção da autoridade antitruste (...)”, p. 3841-3842.

⁷³Voto do Conselheiro Relator no caso ANFAPE, p. 3847-3848.

para que se encaixem de maneira adequada no veículo”⁷⁴. Ademais, refutou a justificativa das montadoras de que a concorrência no mercado primário seria suficiente para garantir os preços e a oferta no mercado secundário considerando a análise que deveria ser feita pelo consumidor sobre custos de manutenção do veículo. Significa que não se pode garantir que o estado concorrencial do primeiro mercado reflita sobre as condições de oferta do segundo.

Unindo todos os fatores anteriores, concluiu que é possível a formação do monopólio pelas montadoras no mercado secundário e com potenciais danos significativos à concorrência e aos consumidores. E acrescentou que os danos poderiam ser evitados ou mitigados com a entrada das fabricantes independentes no *aftermarket*. Além do mais, a entrada de mais concorrentes no mercado promoveria maior dinâmica de inovação e de diferenciação que acrescentariam ao bem-estar econômico do mesmo.

Na conclusão do voto, também destacou que as justificativas das Representadas para manutenção da exclusividade não deveriam vingar: (i) porque o retorno dos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento residem primordialmente na venda de veículos novos no mercado primário; (ii) uma vez que o monopólio não incentiva a inovação apenas no mercado primário; (iii) porque o fator segurança das peças não depende do desenho, mas da execução da técnica, ademais, não houve prova de que as peças das fabricantes independentes padecem de falhas de qualidade ou segurança e (iv) por não restar comprovado que a manutenção de estoque de peças gere desvantagem às Representadas frente às fabricantes independentes.

Foi acrescido às conclusões que a imposição de registros às concorrentes independentes transparecia o objetivo de causar danos à concorrência no mercado secundário, pois não houve justificativa apresentada que fundamentasse plenamente a manutenção da exclusividade. Diante da potencialidade de efeitos deletérios, a imposição de registros pelas montadoras foi considerada um exercício abusivo do direito de propriedade industrial juridicamente desproporcional e de latente transgressão à Lei 8.884/94 então vigente.

Reafirmou a competência do CADE enquanto interventor no caso, pois trata-se da autoridade competente para analisar e punir práticas de abuso de poder econômico até mesmo oriundas do exercício de direito de propriedade industrial. Ademais, inferiu a incompetência do INPI para a análise do caso.

Ante a hipótese de identificação do ilícito antitruste, haveria a possibilidade e a necessidade do CADE de restringir a imposição dos registros das montadoras às fabricantes independentes, juntamente com a fixação de multa, nos termos dos artigos 23 e 24, inciso V da Lei de Defesa da Concorrência. O Relator destacou que a imposição dos registros às demais montadoras nos mercados primário e secundário permaneceriam.

⁷⁴ Voto do Conselheiro Relator no caso ANFAPE, p. 3859.

Finalmente, anunciou que a “prática a ser apurada e eventualmente punida é a de abuso de posição dominante com o fim de impedir ou dificultar a atuação de concorrentes (arts. 20, incisos I, II e IV, e 21, incisos IV e V, da lei 8.884/94)”⁷⁵.

Encerramos neste ponto o estudo do processo de Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Reforçamos que o caso nos serviu como ferramenta analítica sobre a interação do direito concorrencial com o direito de propriedade industrial. A apresentação dos fundamentos da nossa compreensão sobre a interatividade será objeto do próximo capítulo.

⁷⁵ Voto do Conselheiro Relator no caso ANFAPE, p. 3912.

4. CAPÍTULO 3 – Interação entre o Direito Antitruste e a Propriedade Intelectual

Após apresentar o caso ANFAPE, a finalidade deste último capítulo é apresentar as bases constitucional, infraconstitucional e doutrinária do nosso posicionamento a respeito da relação entre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Industrial. Iniciaremos com o fundamento constitucional e legal do Direito da Concorrência, e, em seguida, trataremos do sistema de Propriedade Intelectual do país, mais especificamente do Direito da Propriedade Industrial. O presente capítulo comportará também um tópico de reafirmação da competência do CADE para atuar em casos relacionados ao direito de propriedade industrial e uma reunião de estudos coletados da doutrina nacional e internacional que tratam do tema deste trabalho, para que, ao final, apresentemos nosso posicionamento.

4.1. A concorrência e a formação normativa no Brasil

Foi a Constituição de 1934 que, pela primeira vez, tratou da liberdade econômica no direito brasileiro, mas de forma condicionada aos princípios da justiça e às necessidades da vida nacional⁷⁶. Tais limites refletiam a ideia do nosso ordenamento que ao Estado caberia intervir na economia limitando a liberdade dos agentes privados quando necessário fosse para proteção dos interesses públicos. Ademais, a formação de normas concorrenciais no Brasil estava seguindo a tendência de regulamentação da economia pós crise de 1929. Entre 1934 e 1945 não houve lei que regulasse a competição, apenas o Código de Propriedade Industrial deu atenção à questão de vantagem competitiva desleal⁷⁷ e a Constituição Federal de 1937 que tutelou a livre iniciativa⁷⁸.

Em 1945, o Decreto-Lei nº 7.666 foi a primeira lei brasileira a tratar da concorrência, criando a Comissão de Defesa Econômica e cuidando de associações de agentes privados, especificamente de trustes e cartéis, que pudessem lesar interesse nacional. Entretanto o seu ato de promulgação caiu no mesmo ano com o golpe de Estado que derrubara Getúlio Vargas da presidência⁷⁹.

A Constituição de 1946 foi pioneira ao tratar expressamente do abuso de poder econômico e que por meio de lei deveria ser reprimida qualquer associação de empresas, independentemente de suas naturezas, que tivessem por objetivo dominar mercados nacionais ou eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (art. 148). A previsão constitucional foi regulamentada em 1962 pela Lei nº 4.137, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para apurar e reprimir

⁷⁶ “art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

⁷⁷ Domingues; Gaban, 2012, p. 75.

⁷⁸ Forgioni, op. cit., p. 104.

⁷⁹ Forgioni, op. cit., p. 111.

abusos de poder econômico⁸⁰. A determinação legal era de que a ilicitude de associações de empresas seria considerada se (e somente se) produzissem determinado resultado ou objetivo que estivesse tipificado em lei conforme art. 74.

Em 1991, sem ocorrer a revogação da Lei nº 4.137/62, foi promulgada a Lei nº 8.158 que criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), ligada ao Ministério da Justiça e que atuaria juntamente ao CADE. Sua função era apurar e propor medidas cabíveis para corrigir anomalias comportamentais em certos setores econômicos e fazer a guarda dos mecanismos de formação de preços, da livre concorrência, da liberdade de iniciativa e dos princípios constitucionais da ordem econômica.

Em 1994, lançada a Lei nº 8.884, o CADE foi transformado em autarquia e a matéria antitruste foi sistematizada ganhando um tratamento legislativo próprio. A tipificação dos atos contrários à ordem econômica coube aos artigos 20 e 21 da referida lei⁸¹. De acordo com Leonardo V. Figueiredo⁸², a consolidação da defesa da concorrência por meio da Lei nº 8.884/94 correspondeu à tendência do então período de reformas da economia brasileira e da mudança de atuação do Estado em relação ao mercado, para que este redirecionasse forças para o estímulo ao empreendedorismo, à eficiência e ao bem-estar do consumidor. Neste contexto o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) enfrentou uma significativa evolução institucional e de especialização de análise e de aplicação da legislação de defesa da concorrência.

Entretanto, diante da dinâmica evolutiva do mercado e após amplo debate sobre a necessidade de atualização do sistema e de suas estruturas, em 2011 foi aprovada a Nova Lei Antitruste Brasileira, a Lei nº 12.529. A nova lei manteve o sistema de tutela da livre concorrência de duplo enfoque de atuação: o controle de estruturas e o controle de condutas anticoncorrenciais (repressão aos cartéis e ao abuso de posição dominante em sua maioria)⁸³. A tipificação das infrações ficou a cargo do art. 36 da Nova Lei.

Apesar da Nova Lei Brasileira Antitruste não ser a lei aplicável ao caso ANFAPE, ela é merecedora de destaque neste estudo, porque trouxe nova previsão na tipificação das infrações que é de nosso interesse:

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;

⁸⁰ Domingues e Gaban descrevem: “O art. 2º da Lei n. 4.137 considerava abuso do poder econômico as seguintes práticas, na medida em que pudessem produzir os seguintes resultados: a) domínio do mercado ou eliminação total ou parcial da concorrência; b) elevação sem justa causa dos preços, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros, sem aumentar a produção; c) condições monopolísticas ou abuso da posição dominante, com o fim de promover a elevação temporária dos preços; d) formação de grupo econômico.” (Direito Antitruste, 2012, p. 75).

⁸¹Sob a égide da Lei 8.884/94, o caso ANFAPE deu origem ao Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51 para apurar possível violação aos artigos 20, incisos I, II e IV e 21, incisos IV e V, pelas montadoras (Representadas) no mercado de reposição de autopeças.

⁸² Figueiredo, 2011, p. 219.

⁸³ Domingues; Gaban, 2012, p. 76.

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

(...)

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

(...)

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca. (Grifo nosso)

O inciso XIX atendeu a necessidade que havia de explicitar a submissão do exercício abusivo de direitos de propriedade industrial ao controle concorrencial. Caso houvesse uma Representação similar ao caso da ANFAPE nos dias de hoje, por imposição de desenho industrial, o enquadramento como infração à ordem econômica possuiria seu inciso específico a ser somado aos incisos I, II e IV do *caput* do artigo 36.

Adiante daremos foco à base constitucional, ao Direito da Concorrência e aos seus princípios fundadores.

4.2. Do Direito da Concorrência

Como ensina Richard Whish, se o Direito da Concorrência tivesse como função única a maximização do bem-estar do consumidor, conseguindo a alocação mais eficiente dos recursos e com redução dos custos tanto quanto possível, a formulação de normas legais e sua aplicação seriam relativamente simples⁸⁴. Isto representa que o Direito da Concorrência não possui uma função única independente do contexto econômico e social do país em que está inserido. Para cada Estado e sua respectiva configuração social e econômica, o Direito Antitruste terá suas funções e fundamentos diversos⁸⁵.

A política de concorrência, onde as leis antitruste estão inseridas, expressa os valores e objetivos da sociedade respectiva e, por isso, está sujeita às mudanças que esta venha a sofrer. Por política de concorrência será adotada a concepção de Domingues e Gaban que consideram como o conjunto de medidas e instrumentos utilizados pelos governos com a finalidade de determinar as condições de

⁸⁴ "If the sole function of competition law were the maximization of consumer welfare by achieving the most efficient allocation of resources and by reducing costs as far as possible, the formulation of legal rules and their application would relatively simple." (Competition Law, 2005)

⁸⁵ Em Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento, Ivo Waisberg conclui: "Para equilibrar suas necessidades com seus próprios interesses, os países em desenvolvimento devem decretar uma Lei Antitruste que considere suas necessidades sem desprezar os objetivos tradicionais da concorrência. (...) Para tanto, sugere-se a adoção de um princípio orientado para o desenvolvimento, o qual permitirá que as autoridades antitrustes equilibrem as necessidades econômicas e sociais" (2006, p. 63)

concorrência existentes em seus mercados⁸⁶. Apesar do direito da concorrência estar inserido na política de concorrência do Estado, eles possuem definições distintas.

Direito da Concorrência é o ramo do direito que disciplina as relações de mercado entre os agentes econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade⁸⁷. Para Domingues e Gaban o direito da concorrência “corresponde a um conjunto de regras relacionadas ao combate de acordos que restringem a concorrência, o abuso de posição dominante e as tentativas de fechamento de mercado por meio de concentrações empresariais.”⁸⁸.

No direito pátrio a base do direito da concorrência está na Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 170, dita os princípios da ordem econômica que orientarão a aplicação do referido direito, bem como o art. 173, §4º, que prevê a repressão ao abuso do poder econômico. São os artigos:

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:

(...)

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

(...)

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Os princípios da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da livre-iniciativa – fundamento da República Federativa do Brasil conforme art. 1º, inciso IV da CF88 – somados à previsão de repressão ao abuso de poder econômico devem guiar a interpretação e aplicação da Lei Antitruste Brasileira⁸⁹. E, apesar de evidente o elemento constitucional, observamos na aplicação do direito da concorrência um distanciamento das premissas constitucionais, como nos ensina a Professora Ana Frazão em seu artigo “A Necessária Constitucionalização do Direito da Concorrência”⁹⁰.

⁸⁶ Domingues; Gaban, 2012, p. 61.

⁸⁷ Franceschini, 1996, p. 8.

⁸⁸ Domingues; Gaban, op. cit., p. 61.

⁸⁹ Lei 12.529/11 Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

⁹⁰ Artigo publicado no livro Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional, Revista dos Tribunais, 2014, fls. 139-158.

O alerta reside na posição de distanciamento do direito da concorrência das discussões relacionadas à ordem econômica constitucional por depreender mais tempo com critérios econômicos ou consequencialistas. É como se o direito da concorrência tivesse se isolado dos fundamentos constitucionais da ordem econômica e tivesse dado maior atenção à eficiência como a finalidade exclusiva do direito antitruste. Isto tudo foi consequência da colonização do direito da concorrência nacional pela orientação do direito antitruste norte-americano que firmou-se em 1980 após a consolidação dos ensinamentos da Escola de Chicago⁹¹. Entretanto, esse foco exacerbado na eficiência econômica, seja produtiva ou dinâmica, é de certa forma danoso ao Estado Democrático de Direito, pois constrói impedimentos para que este realize seus objetivos de desenvolvimento social e econômico e de repressão ao abuso de poder econômico por meio do direito da concorrência. E para que este reconheça suas potencialidades é preciso reaproximá-lo da Constituição, para que absorva os fundamentos do controle do poder econômico. Bem como ensina a Professora Ana Frazão:

“Tem-se que, por uma imposição constitucional, o direito da concorrência não pode ser um mero instrumento de defesa de mercados ou de eficiência econômica – qualquer que seja o sentido que se atribua a tais expressões –, totalmente isolado e alheio aos demais princípios da ordem econômica.

(...)

Além da justiça social, todos os princípios elencados no art. 170 precisam fazer parte, em alguma medida, das reflexões a respeito do poder econômico. É esse o sentido da constitucionalização do direito da concorrência.

(...)

Por essa razão, o processo de constitucionalização deve ser realizado com extrema cautela, a fim de abrir o discurso antitruste para as importantes discussões constitucionais, sem descuidar da preocupação de resguardar a coerência do direito da concorrência e a sua aptidão para regular o poder econômico com parâmetros consistentes, adequados e minimamente previsíveis.”⁹²

Registramos que compartilhamos do referido entendimento de que Constituição deve ser colocada como a base e o centro valorativo fundamental do direito antitruste e que, para fins deste trabalho, compreendemos que nas relações entre o direito da concorrência e o direito da propriedade industrial, a Constituição deve permanecer neste centro valorativo fundamental.

4.3. Os interesses tutelados pelo Direito da Concorrência

⁹¹ Frazão, 2014, p. 148.

⁹² Frazão, 2014, p. 153-156.

As normas do Direito da Concorrência tutelam três interesses de acordo com Calixto Salomão Filho: o interesse institucional da ordem concorrencial; o interesse dos consumidores e o interesse dos concorrentes (agentes do mercado)⁹³.

A concorrência nesse entendimento é uma instituição jurídica titular de proteção e garantias, merecedora imediata da tutela do Direito da Concorrência. Sua proteção e manutenção são de interesse institucional, que vai além dos interesses individuais alcançando o interesse coletivo. A lei e a doutrina fornecem instrumentos para a sua proteção e a sua garantia, enquanto instituição, representa economicamente uma utilidade pública.

O interesse do consumidor é o segundo interesse a ser tutelado pelas normas concorrenciais. Entretanto, sua proteção é reflexa, pois o interesse do consumidor consiste fundamentalmente na existência da concorrência, logo, para que seus interesses sejam tutelados é necessário que a concorrência enquanto instituição seja preservada. Deste modo, o consumidor é o destinatário econômico final das normas da concorrência, mas juridicamente é um destinatário reflexo. Por meio da proteção da instituição da concorrência o interesse do consumidor será protegido.

Finalmente, há a tutela do interesse do concorrente, que também não é objeto imediato da tutela do direito da concorrência. Seus interesses dependem da proteção da ordem concorrencial e à ela devem respeito, pois o direito concorrencial não serve aos interesses individuais das empresas e sim serve à proteção da concorrência.

Após a construção do quadro normativo pátrio que cuida do Direito Concorrencial, partiremos para a apresentação das bases constitucionais e infraconstitucionais do Direito de Propriedade Industrial, que ao nosso entendimento possuem estreita relação com o sistema de proteção da concorrência.

4.4. Sistema de Propriedade Intelectual Brasileiro

O sistema de propriedade intelectual do Brasil possui sua base na Constituição Federal de 1988, no art. 5º, nos seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

⁹³ Salomão Filho, 2003, p. 61.

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

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

Quanto à consagração constitucional do direito de propriedade industrial e de marcas no inciso XXIX, “Tem-se aqui, pois, a garantia institucional quanto ao direito de propriedade industrial, que obriga o Poder Público a instituir o sistema de proteção e a preservá-lo, tendo em vista os contornos estabelecidos pela Constituição.”⁹⁴.

À previsão constitucional, soma-se o Decreto nº 1.355 de 1994 que promulgou o chamado acordo TRIPs (em inglês *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, do português Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) que representa o instrumento de globalização da propriedade industrial ligado à Organização Mundial do Comércio.

Em 1996, a Lei brasileira de Propriedade Industrial, Lei nº 9.279, absorveu as normas do acordo internacional que o País foi signatário e, assim, todas as formas de propriedade intelectual receberam tutela. Finalmente, compõem o quadro legal de proteção à propriedade intelectual as seguintes leis: do Direito de Autor Lei nº 9.610/98, a Lei de Software nº 9.609/98 e a Lei de Cultivares nº 9.456/97.

Diante da valorização mundial da propriedade intelectual, todos os agentes envolvidos devem ter consciência da extensão e da organização do sistema nacional de proteção à propriedade intelectual. Isto porque, a propriedade industrial não está restrita à Lei de Propriedade Industrial e à sua previsão constitucional, ela também interage com a Lei Antitruste Brasileira, com o Código Civil e com o Código de Defesa do Consumidor. Diante dessa relação, os agentes devem procurar a cooperação, desde o consumidor, passando pelo produtor, autor, inventor ou industrial até os representantes do Estado nesse campo, como os juízos especiais (previstos no art. 241 da Lei nº 9.279/96), o INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), o Conselho Nacional de Direito Autoral e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Destarte, o diálogo entre a propriedade industrial e o direito da concorrência constitui o foco do presente trabalho, cabendo destacar que receberá tratamento em parte específica próxima.

4.5. Lei de Propriedade Industrial: o desenho industrial

⁹⁴Branco, Mendes, 2012, p. 374.

O presente estudo, ao tratar da interatividade entre o direito concorrencial e de propriedade industrial, orbita especificamente ao redor do instituto do desenho industrial no universo das criações industriais. Em função disso, o objetivo deste tópico será apresentar o processo de obtenção até as hipóteses de extinção do direito sobre o registro do desenho. Por isso, quanto ao tratamento dado pela Lei nº 9.279/96 aos direitos e obrigações relacionados à propriedade industrial, serão apresentadas previsões sobre a espécie do desenho industrial.

A conquista do registro do direito de exclusividade para produção tem início no procedimento de pedido junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial. No processo de requisição de registro dos desenhos industriais, o autor possui direito de obter registro sobre sua criação nos termos do art. 94, munido de presunção de autoria aquele que primeiro requerer o registro. Por remissão ao art. 6º pelo art. 94, o registro pode ser objeto de cessão bem como o pedido de registro, mas somente após a publicação pelo INPI irá produzir efeitos conforme arts. 60 e 120⁹⁵.

O desenho constitui ferramenta importante nas linhas de desenvolvimento e pesquisa das indústrias, ainda mais no mercado primário de produção e venda de automóveis. E, por causa dessa posição importante na linha de produção das mais variadas indústrias, o desenho industrial também pode configurar objeto de um contrato de trabalho. Quando a atividade criativa for a base do contrato de trabalho, a criação será exclusiva do empregador, mas este poderá incluir o empregado na divisão dos resultados advindos a exploração do desenho. Se o empregador tenha colaborado na criação com meios e recursos, há a previsão de que metade dos direitos de propriedade e de licença exclusiva serão seus, de acordo com o art. 91, *caput* e §2º. As categorias registráveis são os desenhos bidimensionais e os modelos tridimensionais do produto. Por exemplo, a concepção estética de um farol pode estar assegurada tanto por desenhos impressos quanto por modelos tridimensionais representativos.

Entretanto, não será todo e qualquer desenho industrial que será merecedor do registro no INPI. Para tanto, o desenho industrial deve atender os requisitos de novidade e originalidade⁹⁶, previstos nos artigos 96 e 97, e respeitar as vedações do art. 100⁹⁷. O pedido de registro deve obedecer às exigências do INPI e conter o requerimento, o relatório descritivo, as reivindicações, os desenhos ou fotografias do produto, a especificação do campo de aplicação e o comprovante do pagamento da retribuição exigida, de acordo com o art. 101. Nos termos do art. 104, o pedido de registro do desenho industrial deve tratar de um único objeto, com suas variações dotadas de mesmo propósito e de mesma característica preponderante. O limite máximo de variações é de vinte. O registro será dado assim que depositado o

⁹⁵ Lei 9.279/96 - Art. 60. As anotações produzirão efeito em relação a terceiros a partir da data de sua publicação. Art. 120. O titular do registro está sujeito ao pagamento de retribuição quinquenal, a partir do segundo quinquênio da data do depósito.

⁹⁶ Ver primeiro capítulo.

⁹⁷ Art. 100. Não é registrável como desenho industrial:

I - o que for contrário à moral e aos bons costumes ou que ofenda a honra ou imagem de pessoas, ou atente contra liberdade de consciência, crença, culto religioso ou ideia e sentimentos dignos de respeito e veneração;

II - a forma necessária comum ou vulgar do objeto ou, ainda, aquela determinada essencialmente por considerações técnicas ou funcionais.

pedido com certificado. Há exceções quando o pedido for depositado com prazo de sigilo ou se aguarda apresentação de documento. Finalmente, o pedido passará por exame e será indeferido se se encaixar na previsão do art. 106, §4º.

Feito o registro, o titular do desenho poderá requerer a análise dos requisitos de novidade e de originalidade pelo INPI e caso este detecte a ausência de um dos requisitos do art. 95 a 98, poderá de ofício instaurar o processo de nulidade do registro.

O art. 108 define o prazo de vigência do registro em dez anos (do depósito), prorrogáveis por três períodos de 5 anos. Os mesmos direitos concedidos nos artigos 42 e 43⁹⁸ às patentes são reconhecidos ao titular do registro. No caso ANFAPE, um dos argumentos apresentados na Representação – para sustentar a violação das regras concorrenciais por abuso de direito – consiste na alegação que as montadoras estariam, por meio de ações judiciais, procurando autorização para estender seus direitos de registro para além dos prazos previstos pela Lei 9.279/96 no âmbito do mercado secundário para ser imposto às fabricantes independentes.

Entendemos que a previsão legal, que concede o monopólio de exploração sobre os registros dos desenhos industriais, outorgou um prazo proporcionalmente razoável ao detentor para a exploração exclusiva. Isto porque, no atual ritmo de inovação e de modificação estética dos veículos, podemos observar a renovação quase que anual dos modelos de automóveis. As versões repaginadas geram novos registros de desenhos e assim produzem novos monopólios de produção tanto no mercado primário quanto secundário.

Porém, a extensão de tais direitos no mercado secundário de peças de reposição pode causar efeitos anticoncorrenciais quando tais direitos são impostos aos fabricantes independentes, como por exemplo, abusos de preços, redução de oferta, fechamento do mercado competitivo, reforço da posição dominante das montadoras e até mesmo prejuízos aos mercados correlatos de prestação de serviços de manutenção e reparo aos veículos (restrição de licenciamento às autorizadas e exclusão das oficinas independentes).

A constatação destas consequências anticoncorrenciais figura dentre as razões que embasam o nosso entendimento de que: a extensão, ao mercado secundário e do prazo de vigência, dos direitos de registro e de exploração exclusiva dos desenhos industriais no mercado secundário somado à imposição destes direitos aos fabricantes independentes não podem ser realizadas sem que firam diretamente a Constituição, a Legislação Antitruste e as bases concorrenciais dos Direitos de Propriedade Industrial. Quanto ao mercado primário, defendemos a manutenção dos direitos de registro e de exploração entre às próprias montadoras, porque trata-se de mercado distinto do secundário, que envolve um número menor de agentes detentores de grande poder econômico e inseridos em um ambiente concorrencial muito mais acirrado e de difícil inserção de novos *players*. Ademais, entendemos pela manutenção da

⁹⁸Dentre os direitos previstos pelos citados artigos, encontra-se o direito de impedir terceiro, sem o consentimento do detentor do registro, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar o objeto do registro, ou seja, o produto retratado pelo desenho industrial.

imposição dos registros às montadoras inclusive no mercado secundário, porque suas relações derivam do mercado primário e não há de se entender como seria viável a especialização de uma montadora na produção das peças de suas concorrentes ao invés de produzir suas próprias peças no mercado secundário.

Após a apresentação parcial do entendimento deste estudo, retornaremos às previsões legais sobre o desenho industrial. Existem no campo da propriedade industrial os crimes de violação e estes estão previstos no art. 187 e 188 da Lei de PI. Além disso, é possível indenização civil por violação do registro (art. 207) e há a ação de nulidade do registro poderá ser movida a qualquer tempo da vigência por qualquer pessoa ou pelo INPI.

O registro de desenho industrial não pode ser submetido à licença compulsória ou à caducidade. O que a lei determina são meios de extinção do direito, quais são: por decurso de prazo da concessão da exploração exclusiva (monopólio), por não prorrogação ou por inadimplência das taxas ou ausência de procurador no Brasil, de acordo com a previsão do art. 119.

Diante da apresentação dos requisitos e do processo para a obtenção do direito de registro sobre desenhos industriais, precisamos observar que no caso ANFAPE não houve questionamento quanto à validade e legalidade dos registros envolvidos⁹⁹, nem mesmo foi ventilada a hipótese de extinção dos mesmos. Entretanto, nas defesas apresentadas pelas Representadas, houve a argumentação de que não há previsão legal para a incidência de licença compulsória sobre os registros de desenhos industriais. Tal argumentação objetivava reforçar o posicionamento de que não existiria medida legal capaz de restringir o exercício do direito pelas montadoras.

Não há dúvidas quanto ao impedimento de aplicação da licença compulsória sobre os registros dos desenhos industriais por ausência de previsão legal, bem como destacou o Conselheiro Relator nas razões de seu voto. Entretanto, isto não significa que os direitos de exclusividade de registro sobre desenhos industriais não estão sujeitos ao controle do direito concorrencial. Ao contrário, todo e qualquer exercício de direito sobre a propriedade industrial revestido de capacidade de produzir danos à concorrência estará suscetível ao controle das autoridades de defesa da concorrência. Por isso, deverá observar o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

O que queremos ressaltar é que concordamos que um direito de registro quando adquirido dentro da legalidade e exercido observando suas funções econômicas e sociais¹⁰⁰ não merecerá a intervenção

⁹⁹ O Conselheiro Relator expôs seu entendimento a respeito: “Não é objeto do presente caso questionar a validade da obtenção do registro dos desenhos industriais junto ao INPI. Ao contrário, por ausência de evidências em contrário, a presente análise presumiu que a obtenção dos registros ocorreu conforme os procedimentos específicos previstos na Lei de Propriedade Industrial, como atestou o INPI de forma regular. (...) a presente análise presumiu a legítima detenção do direito de propriedade industrial das Representadas, e o seu legítimo exercício diante de outras montadoras no mercado fim desse direito – o de venda de veículos. Em suma, não está se questionando a validade do registro, a detenção do direito, nem tampouco se aventando a sua nulidade ou expropriação.” (fl. 3887)

¹⁰⁰ Lei 9.279/96 – Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:
(...)

do SBDC. E respeitando a Constituição e os princípios formadores da ordem econômica, a atividade desenvolvida não constituirá um abuso de direito ou de desvio de finalidade.

Encerrando a exposição das bases constitucional e legal dos direitos de propriedade industrial, partiremos para a questão da competência do CADE para analisar e intervir nos casos que tratam do exercício de direitos industriais.

4.6. Da competência do CADE para controle do exercício de direitos de PI

Quando analisamos o caso ANFAPE nos deparamos com o entendimento da SDE de que o CADE (em geral o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC) não seria competente para atuar no caso e finalizou dando parecer pelo arquivamento. A base para tal entendimento residia na compreensão de que o CADE não poderia atuar como instância revisora das decisões do INPI em conceder direitos de registro sobre os desenhos industriais das Representadas e, além disto, sem a previsão legal para licenciamento compulsório sobre os registros a autarquia estaria impedida de intervir no caso.

Data máxima vênia, não havemos de concordar com o entendimento da SDE. Pelos motivos a seguir aventados.

O CADE realmente não é legalmente competente para depreender análise sobre a legalidade da concessão do registro do desenho industrial, bem como abordamos anteriormente. Tal competência é do INPI¹⁰¹ e em casos de erro ou nulidade pode também o Poder Judiciário atuar. Entretanto, o CADE é plenamente competente para analisar e intervir em casos que apresentem eventuais efeitos anticoncorrenciais resultantes do exercício abusivo de direitos de propriedade industrial, nos termos dos arts. 1º e 3º da Lei 8.884/94, vigente quando da Averiguação Preliminar, bem como na Nova Lei Antitruste Brasileira, arts. 1º, 3º e 4º. Tal entendimento está consolidado na jurisprudência do CADE¹⁰², bem como explicou o Conselheiro Relator no caso ANFAPE:

“Como órgão da Administração Pública designado para a defesa do princípio constitucional e da legislação da concorrência, é de plena competência do CADE analisar eventuais infrações ao ambiente concorrencial, ainda que tais infrações decorram do exercício de direitos de propriedade industrial. Tal prerrogativa fica clara diante da ausência de qualquer previsão legal expressa em sentido contrário, de dispositivos da Lei nº 8.884/94 (que permitem ao CADE recomendar o licenciamento

II - concessão de registro de desenho industrial;
(...)

¹⁰¹ O próprio INPI, em nota técnica juntada aos autos da Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51, de fls. 2502-2504, confirmou sua incompetência para a análise do caso e reconheceu a competência para tanto do CADE.

¹⁰² Quanto à competência do CADE na análise e intervenção em casos que envolvem direito concorrencial e propriedade intelectual, indicamos o artigo “A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE” de Ricardo Villas Boas Cueva, 2009, publicado na Revista do IBRAC, vol. 16, p. 121.

compulsório de patentes, por exemplo) e das inúmeras decisões do órgão envolvendo direitos de propriedade industrial.”¹⁰³

Em sede de doutrina nacional, há posicionamentos que apoiam o entendimento sobre a competência do CADE em específico no caso ANFAPE, como Karin Grau-Kuntz e Denis Borges Barbosa, respectivamente:

“(…) propriedade intelectual e direito da concorrência têm em comum o fato de serem instrumentos jurídicos voltados para o mercado e, nesse sentido, interagem de forma complementar. Quando o direito de propriedade intelectual é exercido para além da sua instrumentalidade de fomentador da concorrência de superação inovadora (ou concorrência de substituição), o direito concorrencial é invocado para corrigir essa situação, e o órgão competente a exercer este controle é o CADE. O controle do exercício da propriedade intelectual no mercado pelo órgão de defesa da concorrência é fundamental para o bom funcionamento do modelo da economia de mercado.”¹⁰⁴

“(…) entendo que o abuso de um monopólio legal é, em princípio, contrário ao Direito presentes as situações de fato que configuram o abuso de poder econômico, haverá, sim, uma ofensa da natureza das que o CADE tem de cuidar.”¹⁰⁵

Deste modo, não restam dúvidas quanto à competência do CADE para controle do exercício de direitos de propriedade intelectual e, especificamente, de propriedade industrial.

4.7. Posicionamento quanto à relação entre direitos de propriedade industrial e direito concorrencial – a extensão dos direitos de desenho industrial no mercado secundário de reposição de peças

De pronto afirmamos a compreensão de que o exercício dos direitos intelectuais, e, especificamente de direitos de propriedade industrial, está sujeito ao controle do direito concorrencial. Nossos fundamentos jurídicos residem no ordenamento pátrio nos artigos:

- 5º, inciso XXIX; 170, incisos III, IV, V e parágrafo único, e 173, §4º, da Constituição Federal;
- 187, Código Civil;
- 2º, inciso II, da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Intelectual);
- 36, incisos I, II, III, IV e XIX, da Lei nº 12.529/2011 (Nova Lei Antitruste Brasileira);
- 20, incisos I, II e IV, e artigo 21, incisos IV, V e XVI, da Lei 8.884/94.

¹⁰³ Voto do Relator Conselheiro no caso ANFAPE, p. 3893.

¹⁰⁴ Grau-Kuntz, 2011, p. 255.

¹⁰⁵ Barbosa, 2010, p. 1002.

Os artigos já citados ao decorrer deste estudo afirmam sinteticamente que o Direito da Concorrência não punirá o exercício de direito legalmente adquirido e observador dos parâmetros constitucionais e legais eleitos pelo ordenamento brasileiro. Isto posto, entendemos que a existência de direitos de propriedade intelectual pode refletir uma posição dominante, entretanto trata-se de um dos elementos que devem ser considerados diante do caso concreto¹⁰⁶.

Como foi possível abordar nesse estudo, a doutrina e a jurisprudência confluem ao entendimento de que o direito concorrencial e o direito de propriedade industrial são complementares¹⁰⁷. A superação do aspecto de incompatibilidade derogatória entre os direitos aconteceu no momento em que se passou a reconhecer no direito de propriedade industrial a sua essência concorrencial¹⁰⁸. Bem como explorado no primeiro capítulo, o fundamento dessa interpretação está na compreensão¹⁰⁹ de que a concessão de um direito exclusivo (antes justificado pelo privilégio) sobre um produto intelectual promoveria a inovação e o desenvolvimento econômico e social, que são também objetivos da proteção à concorrência.

Há entendimentos de que essa complementariedade não deve ser usada para a sobreposição do direito industrial sobre o concorrencial (de forma derogatória)¹¹⁰ e de que não há provas concretas e estudos que revelem que o sistema de proteção à PI produz verdadeiros efeitos sobre o desenvolvimento econômico e sobre a inovação. Entretanto, diante de tais posicionamentos, entendemos que no ordenamento pátrio e até mesmo nos posicionamentos extraídos dos julgamentos europeus, não haverá direito de propriedade absoluto e inderrogável, ou direito concorrencial soberano e ilimitado. Trataremos como indelével a necessidade de composição destes direitos no contexto econômico atual e, por isso, para cada exercício de direito de propriedade industrial haverá um caso distinto para ser analisado sob os olhos atentos do direito da concorrência. O que queremos pontuar é que não partilhamos

¹⁰⁶ Silva, 2003, p. 295.

¹⁰⁷ É o entendimento de Domingues e Gaban: “Apesar de suas diferenças, as duas áreas podem ser vistas como complementares e não antagônicas, pelo fato de compartilharem, em última medida, dos mesmos objetivos, quais sejam, promover o bem-estar dos consumidores e a inovação.”, 2012, p. 289.

Também figurando o entendimento de Karin Grau-Kuntz: “Deixando de lado a concepção estática do direito sobre bens imateriais (...) parte-se hoje do entendimento de que direitos sobre bens imateriais e direito antitruste interagem de forma complementar.”, 2013, p. 32.

¹⁰⁸ Calixto Salomão Filho entende que “A compreensão concorrencial do direito industrial torna tudo mais simples. Amplia e torna pública a disciplina exatamente porque tira o foco dos requisitos para a concessão e centra-se na disciplina do abuso de direito.” 2003, p. 138.

¹⁰⁹ Denis Borges Barbosa ensina que há propósitos harmônicos entre as leis de concorrência e os direitos de exclusividade sobre as criações técnicas, expressivas e de imagem empresarial. 2010, p.636. E, para Grau-Kuntz, a crescente importância concorrencial da propriedade intelectual requer uma compreensão do conteúdo moderno do direito de propriedade intelectual, 2011, p. 253-254.

¹¹⁰ Para Calixto Salomão Filho “Não há que se falar em complementariedade entre direito industrial e direito concorrencial. Não se deve, tampouco, cogitar de derrogação das regras do direito concorrencial”, 2003, p. 143, e “Ao contrário do que normalmente se acredita, a compreensão do Direito Industrial dentro da lógica institucional do Direito Concorrencial é a única capaz de dar ao primeiro a conotação publicística de que este necessita.”, 2006, p. 14.

de radicalismos para tratar a propriedade industrial como algo completamente transponível pelos objetivos concorrenciais.

Após este estudo, não poderíamos compor um entendimento fixo de que o exercício do direito de desenho industrial será sempre o causador de efeitos anticoncorrenciais, isto porque, observamos que em um primeiro ambiente, o direito de propriedade industrial poderá ser pró concorrencial e, em outro, poderá ser anticoncorrencial. Do mesmo modo quando estudamos no caso ANFAPE, que no *foremarket* a preservação do direito de propriedade industrial pode ser benéfica à concorrência, porém, simultaneamente, pode-se tornar um exercício indesejável do ponto de vista concorrencial no *aftermarket*.

O que extraímos dessa análise é que o direito de propriedade industrial tem seu potencial de promoção da concorrência e da inovação, mas, ao mesmo tempo, possui dentro de si um potencial latente de causar lesões à instituição da concorrência. E a materialização dessas potencialidades dependerá do exercício do direito de propriedade industrial.

4.8. Justificativas para a aplicação do Direito Antitruste no caso ANFAPE

Para a realização deste estudo e para a construção do entendimento apresentado, foi de fundamental precisão o contato com o trabalho de Guilherme Favaro Corvo Ribas e o seu livro “Direito Antitruste e Propriedade Intelectual – uma abordagem sob a ótica das vendas casadas”. Em sua obra, há a apresentação de justificativas da aplicação do Direito Antitruste a casos de abuso de poder econômico envolvendo direitos de propriedade intelectual. Ao nosso entendimento, tais justificativas são aplicáveis ao caso eleito como ferramenta analítica deste estudo. O próprio autor destaca que, mesmo que seu trabalho tenha foco na prática de vendas casadas, o entendimento compilado na obra permeia invariavelmente a análise de qualquer espécie de infração anticoncorrencial que açambarque direitos de propriedade intelectual.

A conclusão do estudo é de que direitos de propriedade intelectual não gozam de isenção ao direito antitruste, ou melhor, “o direito antitruste é plenamente aplicável para punir casos de abuso de poder econômico envolvendo direitos de propriedade intelectual”¹¹¹. Pois para alcançar tal afirmativa, Ribas reuniu quatro justificativas: duas jurídicas e duas econômicas.

Iniciaremos com as justificativas jurídicas. Em primeiro lugar: o direito antitruste não pune o poder econômico legitimamente adquirido, mas sim seu abuso. Tal afirmação deriva da interpretação conjunta dos artigos 173, §4º da Constituição Federal c/c 20, caput, inciso IV e §1º, da Lei nº 8.884/94 e c/c artigo 36, caput e §1º da Lei nº 12.529/2011. Deste modo, “Punir o poder de mercado seria punir aquilo que se quer preservar em um ambiente onde se assume que a competição é um dos principais

¹¹¹ Ribas, 2011, p. 24.

motores do desenvolvimento econômico”¹¹². Bem como foi apresentado neste trabalho, o CADE compartilha desta posição e a Corte Europeia de Justiça também o faz.

Pois então, quando incidirá o direito antitruste? O direito antitruste incidirá quando houver ilegalidade na aquisição, manutenção ou expansão do poder de mercado. Quando o exercício ultrapassar os limites do seu conteúdo, haverá o abuso de direito¹¹³. No âmbito do direito de propriedade intelectual “abusa de um direito quem usa, para começar, além dos limites do poder jurídico.” e “tudo que restringir a concorrência mais além do estritamente necessário para estimular a invenção”¹¹⁴.

Para a compreensão dos exercícios que extrapolam o conteúdo do direito de propriedade industrial haverá dois tipos de abusos: (i) abuso por excesso de poderes e (ii) abuso por desvio de finalidade. O primeiro acontece quando o poder de mercado é ilegalmente adquirido, mantido ou ampliado. O caso ANFAPE contém, a nosso entender, um abuso de direito por excesso de poder: quando as montadoras impuseram sua exclusividade dos registros aos fabricantes independentes no mercado secundário de reposição de peças e intentaram expandir os períodos de detenção de registros, por meio de ações judiciais e notificações extrajudiciais. Deste modo, entendemos como prática de abuso por excesso de poder a tentativa de estender por maiores períodos os registros e impedir a entrada e permanência de agentes no mercado.

O segundo abuso acontece por desvio de finalidade, isto porque, os direitos de exclusividade de exploração da propriedade industrial possuem duas finalidades: (a) imediata – almeja retribuir ao criador com os rendimentos da exploração da criação e (b) mediato – preservar o interesse social e promover o desenvolvimento tecnológico e econômico do País¹¹⁵. No caso ANFAPE, uma das justificativas das montadoras para a imposição do direito sobre os desenhos industriais às fabricantes independentes era de que as Representadas buscavam no mercado secundário o retorno dos custos em Pesquisa & Desenvolvimento.

Bem como explanamos anteriormente neste trabalho, o retorno dos investimentos em inovação acontece massivamente no mercado primário de produção dos veículos. Deste modo, o avanço sobre o mercado secundário sob o argumento de que as montadoras buscavam a retribuição de seus investimentos, constitui, a nosso ver, um abuso por desvio da finalidade imediata. Isto porque, os lucros auferidos por meio da imposição irrestrita no mercado secundário seriam supranormais, ou seja, em padrões de ausência de concorrência. Finalmente, entendemos que o abuso por desvio de finalidade mediata será uma consequência dos abusos por excesso de poder e por desvio de finalidade imediata, pois a atuação do agente será caracterizada com a finalidade anticompetitivas.

¹¹² Ribas, 2011, p. 34.

¹¹³ Código Civil prevê o abuso como ato ilícito: Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹¹⁴ Barbosa, 2010, p. 987.

¹¹⁵ Barbosa, 2010, p. 988. Abuso por desvio teleológico.

A segunda justificativa jurídica é de que não existe isenção antitruste à exploração dos direitos de propriedade intelectual¹¹⁶. Esta conclusão se baseia na simples constatação de que inexistente dispositivo legal que isente o direito de propriedade intelectual da aplicação do direito concorrencial. Resumindo, não há imunidade ao exercício de direito de propriedade intelectual, e, conseqüentemente, não há ao direito de propriedade industrial. Bem como ensina Calixto Salomão Filho:

“A demonstração do fundamento concorrencial do direito industrial tem uma consequência importantíssima. Mesmo caracterizado como monopólio, sendo sua justificativa concorrencial, ele não é mais uma disciplina extravagante. Não está infenso, portanto, à aplicação do direito antitruste.”¹¹⁷

Por isso, defendemos neste estudo uma interpretação integrada do sistema de propriedade industrial com o direito concorrencial. Destacamos neste trabalho que não há previsão explícita para a isenção do controle da concorrência sobre os direitos de registro de desenhos industriais, mas também não há previsão do mecanismo legal da licença compulsória para esta categoria de criação intelectual. Entretanto, ainda que não exista a previsão explícita para o caso, a interpretação integrada dos sistemas concorrencial e de propriedade intelectual resultará na autorização para que o controle concorrencial incida sobre o exercício dos direitos de registro de desenhos industriais.

Dentre as justificativas econômicas, Ribas aponta: a insuficiente comprovação dos efeitos dos direitos de propriedade intelectual sobre o desenvolvimento econômico e a inovação. Em sua obra, afirma que “não há dados empíricos para decidir esse conflito e demonstrar ou refutar que o sistema de propriedade intelectual promove o desenvolvimento econômico”¹¹⁸. Neste ponto, o autor levanta a questão da efetividade do sistema de patentes em promover a inovação e a concorrência simultaneamente. Entretanto não adentraremos a questão de mérito sobre a patentes (pois não é o objetivo deste trabalho), mas valorizamos o questionamento sobre a necessidade de estudos que comprovem se há ou não o cumprimento da finalidade de promover a inovação e o desenvolvimento do mercado.

A segunda justificativa econômica para a aplicação do direito antitruste aos casos de propriedade intelectual é de que: o instituto do licenciamento pode conter restrições que geram distorções artificiais nos mercados envolvidos¹¹⁹. Bem como retratamos no capítulo primeiro, o licenciamento está previsto no ordenamento pátrio para ser aplicado às patentes, ou seja, ao objeto distinto do foco do nosso trabalho. Entretanto, as observações sobre a transferência de tecnologia são úteis à nossa análise, isto porque, as distorções artificiais também se originam do abuso do monopólio sobre os desenhos industriais¹²⁰.

¹¹⁶ Ribas, 2011, p. 41.

¹¹⁷ Salomão Filho, 2003, p. 132.

¹¹⁸ Ribas, 2011, p. 54.

¹¹⁹ Ribas, 2011, p. 56.

¹²⁰ Sobre a ausência de previsão para o licenciamento compulsório em casos de registro de desenho industrial, há o apoio da doutrina na argumentação da desnecessidade de limitação legal para os desenhos industriais. São posicionamentos de Denis Borges Barbosa, em seu artigo publicado pela Revista eletrônica do IBIPI, de 2010, fls.

As distorções observadas podem ser: (i) as restrições do acordo podem prejudicar a concorrência em mercados de produtos ao dividi-los entre as empresas detentoras dos direitos; (ii) na concorrência horizontal – no mesmo mercado relevante – agentes concorrentes em potencial seriam prejudicados, e (iii) restrições de licenciamento podem provocar reflexos em outros mercados de forma danosa à concorrência.

Bem como observamos neste estudo, a imposição dos direitos de registros sobre os desenhos industriais às fabricantes independentes no mercado secundário de reposição de autopeças poderia produzir distorções similares às apontadas por Ribas. Dentre elas listamos: a segmentação do mercado a partir das peças de cada modelo monopolizada pela sua montadora; as fabricantes independentes que são os agentes concorrentes em potencial seriam excluídas do mercado secundário; o reflexo restritivo sobre os mercados correlatos de manutenção e prestação de serviços relacionados a automóveis, como as oficinas mecânicas, bem como o fortalecimento do poder de mercado das chamadas autorizadas; e a possibilidade de aumentos arbitrários de preços de peças e serviços.

Portanto, diante da apresentação das justificativas, reafirmamos aqui o nosso entendimento de que o Direito Concorrencial é aplicável ao exercício de Direito de Propriedade Industrial, quando estes forem utilizados como meio de abusos e produzirem efeitos anticoncorrenciais.

59-70, e de Karin Grau-Kuntz que entende que “a extensão de tal direito exclusivo encontrará seus limites em sua própria natureza dinâmica de fomentador da concorrência”, 2013, p. 32, artigo publicado na Revista Eletrônica do IBPI.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou reunir as questões relevantes que circundam o debate sobre a interação entre o direito de propriedade sobre o registro de desenhos industriais e o direito da concorrência. E, assim, observamos que no cerne dos direitos de propriedade intelectual existe um núcleo de princípios concorrenciais. Para aproximarmos a discussão sobre a interatividade entre os direitos, apresentamos um caso atual do direito brasileiro que está sob a análise do CADE.

Observamos as finalidades social e econômicas dos direitos de propriedade industrial e os cuidados que os exercícios desses direitos demandam na atual ordem econômica do Brasil. Mas para entendermos as finalidades e os cuidados, precisamos nos aprofundar nas origens das formações desses direitos na história e no contexto nacional.

Para isso, o primeiro capítulo tratou inicialmente do resgate histórico da formação dos direitos de propriedade industrial. Demonstramos como os antigos fundamentos de privilégio e de monopólio (na qualidade de recompensa) dos direitos de exclusividade foram destituídos pós-revolução industrial pelas mudanças nos modos de produção e pela expansão dos mercados. Os direitos intelectuais e, conseqüentemente, os de propriedade industrial receberam novos fundamentos de caráter concorrencial, dentre eles, a promoção da inovação, do desenvolvimento tecnológico e econômico e de preservação da concorrência enquanto instituição.

Para a compreensão da extensão dos direitos de registro de desenhos industriais, apresentamos o seu conceito, os seus requisitos (nova forma essencial e valor estético) e seu sistema de reconhecimento e concessão no ordenamento brasileiro. Compreendemos como é necessária a exposição do desenho industrial – enquanto objeto de criação intelectual – para compreendermos melhor o seu sistema de tutela, pois nem todo desenho industrial é merecedor da proteção do direito.

A apresentação dos casos europeus, que cuidaram da interação entre direitos de propriedade industrial e direitos da concorrência, nos prestou a devida assistência para que entendamos os motivos da tendência de prevalecer a proteção ao direito da concorrência sobre a proteção da propriedade intelectual no contexto da Comunidade Europeia. Observamos que, no contexto europeu, a integração econômica dos Estados-membros promove uma diversificada interação entre os direitos nacionais que conferem a proteção à propriedade industrial, mas que possuem um núcleo essencial em comum respeitado pela Corte da Comunidade Econômica. E concluímos que os exercícios dos direitos e os acordos de transferência de tecnologia devem objetivar a integração econômica e a maior circulação de bens e serviços, mas sem desrespeitar as normas de cada nação. Por isso, tratamos como tendência a sobreposição do direito da concorrência e não como regra absoluta no cenário europeu.

Perante o aumento das relações entre os Direitos Antitruste e de Propriedade Intelectual, observamos exemplos em que os direitos de propriedade intelectual podem ser usados como meio de abusos de direito ou de poder econômico. Tais exercícios transviados de suas finalidades podem afetar negativamente o bem-estar social, o desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como o ambiente

concorrencial dos mercados envolvidos. Por isso, defendemos a aplicação integral do Direito Antitruste aos casos que envolvam exercício de direitos de propriedade industrial. E, neste trabalho, apresentamos as bases constitucionais, infraconstitucionais e doutrinárias que nos guiaram a tal posicionamento.

No capítulo inaugural também ressaltamos o quanto uma autopeça pode afetar a composição concorrencial de um mercado, inclusive no exercício de sua composição. A questão estética e as mais variadas composições que uma autopeça detém nos levou a considerar a importância que possui ao proporcionar novas criações e assim criar novos nichos de monopólios dentro do mercado de reposição de peças. Por isso, concluímos que o desenho industrial pode ser o meio de proteção de inovações, mas também pode ser o meio de sujeição e de exclusão de agentes no *aftermarket*.

Apresentamos também o entendimento de que há um composto concorrencial dentro dos direitos de propriedade intelectual, logo, no industrial também. Os objetivos do direito industrial de promover a inovação, o desenvolvimento econômico e tecnológico e o bem-estar dos consumidores também são objetivos do direito da concorrência, e, por isso, são direitos complementares.

Ao segundo capítulo, destinamos a análise do caso conhecido como ANFAPE, o processo de Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51 que tramitou no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e deu origem ao atual processo administrativo de mesma numeração. Como destacamos ao longo do trabalho, a escolha do caso ANFAPE serviu como ferramenta analítica para o estudo da interatividade entre os direitos da concorrência e da propriedade industrial. Desta forma, procuramos aproximar o debate ao contexto nacional e como esta interação foi tratada no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Com os conceitos de desenho industrial e cientes dos prazos de vigência outorgados por lei aos registros, concluímos que o tempo de monopólio concedido é relativamente extenso e permitiria a obtenção de receitas suficientes para compensação de investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento, sem contar a autorização legal de prorrogação por mais 15 anos de exploração para além dos dez anos iniciais.

Consideramos importante a especificação do conceito de autopeças de reposição, porque está intrinsecamente ligada à formação e à identificação do mercado relevante a ser trabalhado. Isto porque a partir na delimitação do mercado podemos analisar a extensão do exercício do direito de registro do desenho industrial e, assim, reconhecer quando o exercício é pró competitivo e quando se tornará uma prática anticompetitiva. Diante desta constatação, concluímos que é necessária a observação dos exercícios dos direitos de registro pelas autoridades de defesa da concorrência.

A respeito do parecer exarado pela SDE no processo, registramos nosso entendimento de que questões que envolvam a aplicação do direito de propriedade industrial demandam tratamento mais acurado e, de certa forma, sob atenção e cautela na apresentação de conclusões sobre a necessidade de controle concorrencial. Resta o alerta de que é preciso ter prudência pelo SBDC quanto aos casos que se apresentem envolvendo direitos de PI.

Concluimos que sob a égide da Constituição, não se pode compreender que a concessão de um direito de registro de um desenho industrial supere, quando exercido de forma extensiva, os princípios da livre concorrência e da função social da propriedade. Do mesmo modo, devem ser respeitados o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, nos termos do artigo 5º, inciso XXIX da Constituição Federal.

Firmamos o entendimento de que a competência do SBDC não alcança questões de validade ou legalidade na concessão de registros de desenhos industriais, mas que é plenamente competente para atuar no controle de exercícios desses direitos. E desta forma, nos posicionamos contrários à extensão do caráter exclusionário do direito de propriedade industrial quando este for capaz ou tiver gerado efeitos anticoncorrenciais num determinado mercado. O caso ANFAPE coube justamente a este debate, pois demonstrou como a extensão dos direitos de registro ao mercado secundário com a imposição às fabricantes independentes possui a capacidade de gerar efeitos anticoncorrenciais. Mas também demonstrou como a imposição dos mesmos direitos no mercado primário às demais montadoras é benéfico e promotor da concorrência e da inovação. Isto porque, os mercados são conectados por possuírem em partes os mesmos agentes, mas não por isso possuem a mesma configuração do quadro concorrencial.

A respeito da promoção da inovação como um dos objetivos da concessão de direitos de exclusividade sobre a propriedade industrial, entendemos que a atividade depreende altos custos e investimentos aos agentes de cada mercado. E nos mercados relacionados à indústria automobilística não seriam diferentes. Entretanto, entendemos que é preciso ter cautela ao avaliar quais mercados tem capacidade de gerar retornos de investimentos e quais não possuem essa capacidade. Como destacado nesse trabalho, os retornos financeiros residem majoritariamente no mercado primário de produção e venda de novos veículos. Deste modo, as montadoras não poderiam, a nosso ver, estender seus direitos às fabricantes independentes sob a justificativa de persecução de retornos de investimentos em P&D. Em função disto, concluimos também que a inovação no campo dos direitos de propriedade industrial pode ser um gerador de custos, mas não pode, em função disto, ser usada como argumento para a extensão dos direitos e para produzir efeitos deletérios¹²¹ no mercado relevante.

Quanto ao debate sobre a ausência de previsão legal de aplicação de sanções específicas sobre o exercício de direitos de registros de desenhos industriais, entendemos que, mesmo diante do impedimento de aplicação da ferramenta da licença compulsória aos desenhos industriais, concluimos que o exercício de tais direitos não está imune à aplicação das regras concorrenciais e que há o dever de atender sua função concorrencial e respeitar os princípios constitucionais do interesse social e da livre concorrência. Caso contrário, haverá a necessidade da incidência das regras do direito antitruste.

¹²¹ Dos possíveis efeitos listamos: abusos de preços; redução de oferta; fechamento do mercado competitivo; reforço da posição dominante das montadoras e reflexos negativos sobre mercados correlacionados de prestação de serviços como manutenção e reparo de veículos.

Finalmente, no capítulo terceiro apresentamos os fundamentos de nossa posição, reafirmamos a complementariedade entre o direito concorrencial e direito de propriedade intelectual e pontuamos a competência do CADE para atuar nos casos que envolvam o exercício de direitos de propriedade industrial.

No Direito Brasileiro, historicamente, a liberdade econômica esteve condicionada a princípios de justiça social e do interesse nacional. Não houve constituição que erigisse a liberdade econômica como fundamento absoluto justaposto aos outros do nosso ordenamento. Desta forma, foi importante passarmos por uma observação histórica da tutela do poder econômico para que entendêssemos a construção dos princípios atuais que compõem a nossa ordem econômica.

Ao apresentarmos a proposta da constitucionalização do direito concorrencial, apresentamos nossa posição de que compartilhamos do referido entendimento. Observamos que a Constituição ao ser colocada como a base e o centro valorativo fundamental do direito antitruste também deverá permanecer no centro valorativo das relações entre o direito da concorrência e o direito da propriedade industrial.

A atual lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica e que dispõe da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, observou os princípios constitucionais bem como apresentou uma evolução legislativa que mereceu destaque em nosso estudo. Ante a atual dinâmica do mercado, a Lei nº 12.529/2011, tipificou como infração da ordem econômica a conduta que exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnológica ou de marca – art. 36, §3º, inciso XIX.

Deste modo, ajustamos que as regras da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da livre iniciativa juntamente com a repressão ao abuso de poder econômico devem guiar a aplicação da Lei nº 12.529/2011 aos casos que cuidam do exercício de direitos de propriedade intelectual. E concluímos que a extensão dos direitos de registro de desenhos industriais ao mercado secundário e por maiores prazos de vigência somada à imposição desses direitos aos fabricantes independentes não podem ser realizadas sem que transgridam diretamente a Constituição, a Legislação Antitruste e a essência concorrencial dos Direitos de Propriedade Industrial.

Foi necessário, ante o caso ANFAPE, reforçar nosso posicionamento de que o CADE é plenamente competente para analisar e intervir em casos que apresentem eventuais efeitos anticoncorrenciais produtos de abusos de direitos de propriedade, nos termos da Lei nº 8.884/94 e da Lei nº 12.529/2011.

Finalmente apresentamos a base constitucional, infraconstitucional e doutrinária que nos guiaram à conclusão de que o exercício dos direitos intelectuais, e, especificamente de direitos de propriedade industrial, está exposto ao controle do direito concorrencial.

Reconhecemos a complementariedade da atuação do direito concorrencial aos direitos de PI. Não compartilhamos da ideia de que um deva ser soberano ao outro, ou que um derogaria a aplicação do seguinte. Entendemos como fundamental a necessidade de composição destes direitos no cenário econômico atual para que cumpramos os objetivos constitucionais eleitos. Isto porque, entendemos que

os interesses tutelados pelo direito da concorrência são compatíveis com os objetivos do sistema de proteção à propriedade intelectual.

Observemos, que nosso quadro é mais simples que o quadro europeu apresentado. Pois, enquanto este precisa lidar com a harmonização de direitos nacionais de proteção de PI em busca da integração econômica, o quadro brasileiro possui um ordenamento que prevê a compatibilização dos sistemas de proteção da concorrência com o de proteção à PI.

As justificativas de aplicação do Direito Antitruste aos casos de propriedade intelectual coletadas da doutrina brasileira vieram corroborar com o nosso entendimento de que não há isenção aos direitos de PI, bem como um direito não é punível quando adquirido legitimamente e exercido dentro dos seus limites legais previstos.

Para compreendermos a aplicação do Direito Antitruste aos casos de abuso de poder econômico e de direitos de propriedade Intelectual é preciso observar a essência pró concorrencial desses direitos e por eles compartilhada. Ainda que na sua origem histórica, o direito de propriedade industrial possua a nota do privilégio de exploração por monopólio – que foi permeado no pós-revolução industrial pelo incentivo à inovação e à competição – é preciso reconhecer seu caráter pró concorrencial na atual ordem econômica. Dessa forma, ao longo do desenvolvimento da economia e do direito, passou a ser instrumento de incentivo à inovação, enquanto o direito da concorrência foi desenvolvendo seus mecanismos de controle de condutas e estruturas.

Com a evolução das relações entre as empresas, as indústrias e os Estados, os pontos de interseção entre a Propriedade Intelectual e o Direito Concorrencial aumentaram e demandaram posicionamentos e intervenções cada vez mais especializados.

A atual situação no contexto do ordenamento brasileiro, requer uma interpretação que reconheça o caráter pró concorrencial do direito de propriedade intelectual, mas que também identifique a potencialidade anticoncorrencial latente. Deste modo, diante do exposto, reiteramos o nosso entendimento de que o Direito Concorrencial é plenamente aplicável ao exercício de Direitos de Propriedade Intelectual, quando estes forem utilizados como meio de abusos e produzirem efeitos negativos à instituição da concorrência.

6. BIBLIOGRAFIA

ANUÁRIO DA INSÚSTRIA AUTOMOBILÍSTICA BRASILEIRA. Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores: ANFAVEA. São Paulo: 2014 – anual. Disponível em: <<http://www.virapagina.com.br/anfavea2014/files/assets/common/downloads/publication.pdf>> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASÍLEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – Comitê ABNT/CB-005 Automotivo - **Catálogo Veículos rodoviários automotores - Peças – Vocabulário**. Publicação: 30/12/2005. Código ABNT NBR 15296:2005. Disponível em: <<http://www.abntcatalogo.com.br/norma.aspx?ID=10059>> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

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

_____. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

BRANCO, PAULO Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. Ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Averiguação preliminar nº 08012.002673/2007-51**. Relator: Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Brasília, DF, 17/12/2010. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?f839ca5da57b8f64bc6ebb9fb1> > Acesso em: 13 janeiro de 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08**. Relator: Ricardo Machado Ruiz. Brasília, DF, 7/10/2014. Disponível em: < <http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ec4dde29e93fd320f022ef4a1a> > Acesso em: 18 janeiro de 2015.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 janeiro de 2015.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 13 de junho de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm>. Acesso em: 13 janeiro de 2015.

_____. LEI Nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1º.11.2011 e retificado em 2.12.2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 13 janeiro de 2015.

_____. LEI Nº 9.279, de 14 de maio de 1996. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 15.5.1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 janeiro de 2015.

CARDOSO, Helena. **Strategic Patenting and Antitrust Law**. Boletín Latinoamericano de competência. Nº 31, Publicado em abril de 2012. P. 95-106. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/boletin_31_pt.pdf> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FABRICANTES DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. **Indústria automobilística e sustentabilidade**. Brasília: CNI, 2012. Disponível em: <http://www.cni.org.br/portal/data/files/FF80808137E2C2CF01380120568575BE/ANFAVEA_RIO20_web.pdf> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas Cueva. **A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE**. **Revista IBRAC – Direito da Concorrência, consumo e Comércio Internacional**. Vol. 16. P. 121-142. Revista dos Tribunais OnLine. 2009. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Revista.aspx?vol=16&num=1>> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. **Introdução ao Direito da Concorrência**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

FRAZÃO, Ana. **A necessária constitucionalização do direito da concorrência**. In: Clemerson Merlin Cleve; Alexandre Freire. (Org.). Direitos fundamentais e jurisdição constitucional. 1ed.Sao Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 139-158.

GONÇALVES, Luis M. Couto. **Manual de Direito Industrial: Patentes, desenhos ou modelos, marcas, concorrência desleal**. 2. Ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2008.

GRAU-KUNTZ, Karin. **O CADE e o caso das peças reposição must-match**. In: REVISTA ELETRÔNICA DO IBPI. Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, nº 3, p. 249-257. 2011. Disponível em: < <http://ibpi brasil.org/ojs/index.php/Revel/issue/view/10> > Acesso em: 13 janeiro de 2015.

_____. **O Desenho Industrial Como Instrumento De Controle Econômico Do Mercado Secundário De Peças De Reposição De Automóveis – Uma Análise Crítica A Recente Decisão Da Secretaria De Direito Econômico (SDE)**. In: REVISTA ELETRÔNICA DO IBPI. Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, nº 3, p. 1-57. 2013. Disponível em: < <http://ibpi brasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/30> > Acesso em: 13 janeiro de 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Guia Da Convenção De Berna Relativa à Proteção Das Obras Literárias E Artísticas (Acta De Paris, 1971). Genebra, 1980. Disponível em: < http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/copyright/615/wipo_pub_615.pdf > Acesso em: 13 janeiro de 2015.

REVISTA ELETRÔNICA DO IBPI. Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual. **Sobre a questão de peças de reposição must-match**. Edição especial. Janeiro de 2010. ISSN – 2176-5057. Disponível em: < <http://ibpi brasil.org/ojs/index.php/Revel/issue/view/10> > Acesso em: 13 janeiro de 2015.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. **Direito Antitruste e Propriedade Intelectual: uma abordagem sob a ótica das vendas casadas**. São Paulo: Singular, 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – as condutas**. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Industrial, Direito Concorrencial e Interesse Público**. Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 12-19, out/set. 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. São Paulo: Malheiros Editores. 2001.

SILVA, Miguel Moura e. **Inovação, Transferência de Tecnologia e Concorrência: Estudo comparado do Direito da Concorrência dos Estados Unidos e da União Europeia**. Coimbra, Portugal: Editora Almedina, 2003.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade Intelectual: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes**. 5. Ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado da União Europeia in Tratados Consolidados Carta Dos Direitos Fundamentais**. Versão consolidada. Março de 2010. Disponível em: <http://europa.eu/pol/pdf/qc3209190ptc_002.pdf> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

WAISBERG, Ivo. **Direito e Política da Concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

WHISH, Richard. **Competition Law**. 5. Ed. New York, United States of America: Oxford University Press, 2005.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO. **Refusals to license IP Rights – A Comparative Note on Possible Approaches**. Agosto de 2013. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/ip-competition/en/studies/refusals_license_IPRs.pdf> Acesso em: 13 janeiro de 2015.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION – WIPO/ OMPI. **Introdução à PI. Módulo de Introdução à PI**. Disponível em: <<https://welc.wipo.int/acc/index.jsf?lang=pt>> Acesso em: 13 janeiro de 2015.