



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA ECONÔMICA
COORDENAÇÃO-GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS**

Autos n°:	08012.002673/2007-51
Natureza:	Averiguação Preliminar
Representante:	Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças - ANFAPE
Representada:	Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A, Ford Motor Company Brasil Ltda.
Advogados:	Laércio Farina, Tamara Dumoncel Hoff, Carlos Eduardo de Souza Félix, Ricardo Inglez de Souza

VERSÃO PÚBLICA

SUMÁRIO EXECUTIVO

1. O ponto central da Representação refere-se a suposto conflito entre direito de propriedade industrial e direito da concorrência. A questão ora colocada é se configuraria ilícito concorrencial o exercício, por parte das montadoras Representadas, de direito de propriedade sobre desenho industrial e marcas conferido pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) sobre autopeças.
2. Não obstante a ANFAPE reconhecer os direitos de propriedade industrial detidos pelas montadoras Representadas, ela alega que o exercício de tais direitos seria um abuso de poder econômico no mercado de reposição de peças automotivas, apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.884/94.
3. O Poder Judiciário tem deferido, contra determinadas associadas da ANFAPE, tutela antecipada (e inclusive sentença no mesmo sentido) determinando (i) a busca e apreensão de autopeças que reproduzam os registros de desenho industrial das Representadas; e a abstenção por aquelas (ii) da comercialização das mesmas peças, bem como (iii) de utilizar determinadas marcas detidas pelas Representadas.
4. Para incentivar investimentos privados em inovação e evitar comportamentos oportunistas por parte de outros agentes econômicos, a Constituição Federal e a legislação infra-constitucional, incluindo tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, garantem a proteção dos direitos de propriedade industrial por determinado período de tempo, observados os requisitos da lei.
5. Direito de propriedade industrial e direito da concorrência são *complementares*, uma vez que o objetivo de ambos é promover a inovação e, conseqüentemente, a concorrência e o

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

- desenvolvimento econômico. Inovação beneficia os consumidores por meio do desenvolvimento de novos e melhores produtos, serviços e processos produtivos.
6. Direitos de propriedade industrial não necessariamente conferem poder de mercado a seus detentores. Ainda que assim seja, isso por si só não caracteriza violação antitruste: a criação de monopólio (temporário) pode ser necessária para obter um ganho maior para os consumidores (decorrentes de efeitos dinâmicos que superam as esperadas perdas estáticas) e, assim, justifica a proteção.
 7. Na doutrina e jurisprudência internacional, é pacífico que uma intervenção antitruste em casos que envolvem direitos de propriedade industrial se justifica precipuamente naqueles casos em que houve abuso dos procedimentos de registro dos direitos (e.g., patentes ou desenho industrial). Em outras palavras, quando um agente econômico tenta registrar ou estender seu registro quando sabidamente não tem direito para tanto, o que não ocorre no presente caso (como reconhecido pela própria ANFAPE).
 8. No caso da indústria automobilística, são conhecidos os significativos investimentos feitos pelas montadoras para desenvolver novos produtos e processos produtivos. Para manter os incentivos à inovação, o legislador pátrio não diferenciou entre mercado primário (*foremarket*) e secundário (*aftermarket*) de peças automotivas. Isto é, uma vez conferido o registro de desenho industrial a uma determinada peça pelo INPI, a proteção estende-se a ambos os mercados, o que é reconhecido pelo Poder Judiciário.
 9. Não se discute que, se permitida (pelo legislador, há que se dizer) a apropriação por terceiros de registros das montadoras no mercado secundário, o consumidor poderia, no curto prazo, beneficiar-se de preços mais baixos. Contudo, a opção do legislador foi considerar que a médio e longo prazo corria-se o risco de haver menos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) devido à redução do retorno do investimento, o que reduziria o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico, o que motivou a proteção de ambos os mercados.
 10. No presente caso, portanto, o que se vê é o exercício regular de direito de propriedade industrial pelas montadoras Representadas, considerando o atual ordenamento jurídico. Eventual exclusão do mercado secundário de autopeças da proteção de propriedade industrial atualmente assegurada deveria ser debatida perante o Poder Legislativo e não no âmbito de processo administrativo sancionador.
 11. Por óbvio, não se quer dizer que não haveria papel a ser desempenhado pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) a respeito da discussão ora colocada, mas que esse papel, se julgado adequado pelos órgãos integrantes do Sistema, seria o de advocacia da concorrência junto ao Poder Legislativo.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

Senhora Coordenadora-Geral,

I. RELATÓRIO¹

1. Trata-se de Representação (fls. 1 a 21) protocolizada em 04.04.2007 pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) em face das montadoras Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S/A e Ford Motor Company Brasil Ltda. por suposto abuso de poder econômico por meio do exercício abusivo dos direitos de proteção de propriedade industrial no setor de autopeças (mais especificamente o direito ao “desenho industrial” sobre as peças). Segundo a representação, a intenção das Representadas em criar dificuldades ao funcionamento do referido setor, bem como de excluir dele os fabricantes independentes de autopeças (FIAPs), que estariam congregados à ANFAPE.
2. *Ab initio*, a ANFAPE delimita 2 (dois) mercados relevantes independentes entre si: (i) mercado primário (*foremarket*), concernente à comercialização de veículos novos (“zero km”), no qual concorreriam as montadoras; e (ii) o mercado secundário (*aftermarket*), que seria aquele referente à fabricação e comercialização de autopeças, no qual concorreriam as montadoras, com as peças “originais”, e as fabricantes independentes, com as peças “paralelas” (ou “alternativas”).
3. Assim, o suposto abuso de poder econômico e de direito de propriedade industrial decorreria das medidas judiciais (ações e liminares) e extra-judiciais (notificações) promovidas pelas montadoras Representadas para coibir as fabricantes independentes de autopeças de continuarem fabricando e comercializando peças protegidas por desenho industrial, bem como de utilizarem das marcas de propriedade das Representadas.
4. Segundo a Representante, pelos meios narrados no parágrafo acima as Representadas objetivam monopolizar o mercado de reposição de autopeças,

¹ Na Representação e em outras peças processuais, foi em algumas oportunidades empregado o termo “patente” para designar a proteção industrial conferida às autopeças em questão. Trata-se, no entanto, de proteção conferida por desenho industrial, razão pela qual a adequação do termo foi realizada ao longo de toda a Nota Técnica.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

adquirindo assim o poder de controlar tanto os custos de manutenção dos veículos que produz, como também a sua vida útil, uma vez que a pressão competitiva das fabricantes independentes seria extinta nesse cenário.

5. Ademais, segundo a Representante, os dispositivos legais (arts. 187, 188, I, e art. 195, III, do Código Civil) e constitucionais (art. 5º, XXIX) utilizados pelas Representadas para amparar sua pretensão, estariam sendo utilizados de forma abusiva, na medida em que nenhum direito hoje poderia ser exercido de forma absoluta, devido à previsão da função social, conforme preceituariam os art. 5º, XXIX, da Constituição Federal, e art. 1.228, do Código Civil.
6. Dessa forma, as Representadas estariam abusando do seu direito de propriedade sobre as autopeças ao estender o seu exercício ao mercado secundário (*aftermarket*). Segundo a Representante, quando uma montadora registra um desenho industrial, ela o faz para se proteger dos seus concorrentes, no caso, as demais montadoras. Enquanto estas concorreriam na função primordial de fabricar e vender um veículo novo, que teria como parâmetros o desempenho e o conforto deste, as fabricantes independentes apenas fabricariam as peças de reposição, com o foco voltado à vida útil do veículo. Logo, a extensão do direito de propriedade das montadoras ao *aftermarket* configuraria claro abuso, por não ser a este mercado que se destinaria o direito de propriedade concedido, gerando uma situação de monopólio que, por sua vez, limitaria as opções dos consumidores. A validade de desenhos industriais, patentes, *copyrights*, contratos de licenciamento ou de qualquer outro instrumento de propriedade industrial, estaria sempre adstrita a mercados relevantes específicos, não podendo sob nenhuma hipótese ser usada para restringir artificialmente as opções do consumidor. E, na hipótese de se considerar que os direitos de propriedade industrial das montadoras também se estenderiam ao mercado secundário, atuando as fabricantes independentes de autopeças (“FIAPs”) somente mediante licenças de fabricação fornecidas pelas montadoras, isto teria dois resultados imediatos: (i) elevação dos custos de produção das FIAPs, e (ii) geração de uma fonte adicional de recursos para as montadoras, o que, de qualquer modo, prejudicaria os consumidores.
7. A Representante também alega que a saída das FIAPs do mercado de autopeças criaria desequilíbrios no mercado primário. O primeiro deles seria o aumento de

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) pela montadora monopolista, uma vez que boa parte dos recursos nele empregados adviria dos lucros auferidos pela venda de autopeças. Assim, essa montadora ganharia maior poder de inovação e se tornaria mais competitiva em relação às demais no *foremarket*.

8. Outro efeito decorreria do fato de que hoje as montadoras possuiriam poder limitado em reduzir a vida útil de seus veículos, uma vez que as fabricantes independentes confeririam opção de reposição das peças aos consumidores que, a médio prazo, percebendo a conduta da montadora de monopolizar o *aftermarket*, migrariam para outra concorrente no mercado primário. Contudo, em uma situação de monopólio das montadoras no mercado de reposição das autopeças, elas não teriam mais a limitação mencionada acima, tendo em vista que mesmo que os consumidores detectem que estão sendo vítimas de uma prática nociva pelas montadoras, não teriam outra opção senão a de comprar as peças de reposição (a preços monopolistas) oferecidas pela montadora à qual pertença o respectivo veículo.
9. Mais adiante, a ANFAPE alega que a existência de um mercado primário competitivo não afastaria o risco de as montadoras praticarem abusos contra os consumidores, como os relatados acima, tendo em vista os custos de troca do veículo (*switching costs*) e o efeito *lock in* decorrente de sua aquisição, por se tratar de um bem durável.
10. Em relação aos custos de troca do bem, ainda que o consumidor estivesse disposto a suportar o prejuízo decorrente da desvalorização do veículo na revenda e o trocasse por outro de montadora concorrente que não monopolizasse o mercado secundário, o comprador do veículo revendido estaria sujeito à atuação arbitrária da primeira montadora.
11. Já em relação ao efeito *lock in*, este estaria claramente configurado, tendo em vista a relação entre o *switching cost* da aquisição de um novo veículo e os preços das peças de reposição. A ANFAPE defende que, enquanto houver viabilidade econômica na manutenção do bem pelo consumidor, i.e., enquanto os gastos de manutenção não forem suficientemente altos a ponto de justificar a

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

troca do produto, o vendedor auferirá lucros monopolistas, diminuindo assim o bem-estar do consumidor.

12. Ademais, a Representante cita uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, anexada a estes autos a fls. 200 a 263, em que teria ficado constatado suposto superfaturamento injustificado por parte das montadoras na comercialização das autopeças. Ao final, o Ministério Público teria reconhecido às concessionárias o direito de adquirir as autopeças diretamente dos fabricantes independentes, bem como teria fixado a margem de lucro das montadoras em percentual não superior a 30% (trinta por cento).
13. Outro ponto destacado pela Representante foi o fato de algumas das empresas associadas à ANFAPE já atuarem no mercado de reposição de autopeças há mais de 50 (cinquenta) anos, muito embora somente agora as Representadas tenham resolvido contestar judicial e extrajudicialmente as suas atividades. Porém, ela admite que as Representadas têm somente contestado a fabricação e a comercialização dos chamados lançamentos, i.e., dos desenhos industriais elaborados a partir de 2004, não se preocupando com os modelos mais antigos.
14. A razão para isso seria que, ao contrário do que ocorreria no passado, quando a estratégia das fabricantes independentes consistiria na fabricação e na comercialização de peças de menor qualidade, hoje elas começariam a competir com as montadoras em preço e qualidade. No médio e longo prazo, a ANFAPE afirma que isso geraria maior confiança do consumidor em relação às peças não-originais, diminuindo os custos de manutenção do veículo, o que por sua vez aumentaria a sua vida média. Conseqüentemente, os preços dos modelos novos cairiam em decorrência de uma redução da demanda, gerando uma maior necessidade em investimentos em P&D, comprometidos pela concorrência no *aftermarket* com as fabricantes independentes de autopeças.
15. Por fim, a Representante alega (i) possível nulidade dos registros de partes e peças dos veículos na condição de desenhos industriais; e (ii) possíveis infrações pelas montadoras ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).
16. Sobre o primeiro ponto, a Representante afirma que o Código de Propriedade Industrial, em seu artigo 95, ao se referir ao que se deva entender por desenho

industrial, consagraria que apenas o *design* estaria protegido. Ou seja, a forma ornamental protegida precisaria estar completamente desvinculada de qualquer função técnica. Assim, segundo sua interpretação, autopeças como pára-choques, retrovisores etc., não poderiam ser registradas na condição de desenhos industriais, como teria acontecido.

17. Sobre o segundo ponto, a tentativa de monopolização do mercado de reposição de autopeças seria uma infração ao artigo 21 do CDC, que obrigaria o responsável pela reparação de qualquer produto à reposição de componentes originais, “*ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante*”.
18. Dessa forma, a Representante requer a instauração de processo administrativo, na forma do artigo 14, VI, bem como a condenação das Representadas, por supostamente violarem os artigos 20, II e IV, e 21, V, na forma dos artigos 23, I, 24, I, III e IV, “a”, todos da Lei nº 8.884/94.
19. Às fls. 1.253 a 1.257, consta nota técnica desta Secretaria determinando a abertura de Averiguação Preliminar com o intuito de averiguar indícios de conduta anticompetitiva, nos termos do artigo 20, II e IV c/c artigo 21, V, na forma do artigo 30 e seguintes, todos da Lei nº 8.884/94.
20. Devidamente notificadas, as Representadas apresentaram esclarecimentos nos termos do § 1º do artigo 30 da Lei n. 8.884/94, nos quais aduziram o que segue.

I.1 Fiat Automóveis S.A.

21. Às fls. 1.291 a 1.336, a Fiat Automóveis S.A. apresentou esclarecimentos alegando, preliminarmente, a incompetência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência em conhecer a causa, além de uma suposta ilegitimidade passiva da ANFAPE em propor a Representação.
22. Sobre a incompetência do SBDC, a Representada alega que este não é competente para decidir, em esfera administrativa concorrencial, sobre anulação de efeitos legais de registros de desenhos industriais. Afirma ainda que, apesar da menção feita na Representação ao artigo 24, inciso IV, alínea “a”, da Lei nº 8.884/94, referente à licença compulsória, ela teria um objeto muito mais amplo, consistindo em verdadeira “petição de princípios”, que proporia verdadeiras

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

mudanças legislativas, com o objetivo de restringir os direitos de propriedade, sem qualquer indicação da conduta anticoncorrencial supostamente praticada.

23. A demanda da ANFAPE assim decorreria de uma reação às ações judiciais e extrajudiciais movidas pela Fiat desde que esta implementou internamente, no ano de 2004, um “Programa de Combate à Pirataria”, com o fim de identificar todos os seus produtos que estariam regularmente protegidos sob patentes e registros de desenhos industriais, com o intuito de inibir a ação de contrafatores. Como a ANFAPE não teria encontrado até o momento guarida no Poder Judiciário para o seu pleito, estaria agora recorrendo à seara administrativa como alternativa.
24. Sobre uma suposta ilegitimidade (inexistência) ativa da ANFAPE, foi juntado pela Fiat, à fl. 1.336, documento que supostamente comprovaria o registro da Associação no 1º Cartório de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Guarulhos/SP em 14.06.2007, ou seja, mais de 2 (dois) meses após o protocolo da Representação junto à SDE. Isso contrariaria os artigos 45 do Código Civil e 13 da Portaria nº 04/2006 da SDE, que determinariam respectivamente que a sociedade somente se encontraria legalmente constituída após a inscrição de seu estatuto no registro específico, e que somente serão legitimados como interessados no processo administrativo pessoas físicas capazes ou jurídicas.
25. Logo, como a Associação não havia sido legitimamente registrada na data de apresentação da Representação, ela não poderia ter representado na SDE, uma vez que juridicamente ela inexistiria.
26. Foram citados também os artigos 5º, I e II, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 82, IV, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que exigem o prazo mínimo de 1 (um) ano de constituição da associação para que ela possa atuar legitimamente. A intenção do legislador, segundo a Fiat, seria exatamente evitar a constituição de associações “sob encomenda”.
27. Acrescenta ainda que a Representante congregaria uma parcela ínfima das fabricantes de autopeças, ao contrário do Sindicato Nacional da Indústria de Componentes para Veículos Automotores (SINDIPEÇAS), que atuaria em todo

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

o território nacional há mais de 50 (cinquenta) anos e cujos associados seriam responsáveis por mais de 95% (noventa e cinco por cento) da produção local destinada às montadoras, ao segmento de reposição e ao mercado externo.

28. Por essas razões, a Fiat pede o imediato arquivamento da Averiguação Preliminar, sem julgamento do mérito, por incapacidade processual da ANFAPE em figurar no pólo ativo da demanda.

29. Quanto ao mérito, a Representada Fiat afirma que a Lei de Propriedade Industrial (LPI) é clara ao proibir terceiros de produzir, usar, vender ou comercializar determinado produto ou processo protegido sem o consentimento do autor, sob pena de indenização. E, segundo a sua interpretação, quando a lei se refere a “terceiros”, ela se dirige a todos, sem distinção. Portanto, restaria totalmente descabida a alegação da Representante de que a propriedade somente poderia ser exercida contra agentes econômicos pertencentes a um mesmo mercado relevante.

30. E mesmo que assim o fosse, quando a ANFAPE afirmou na Representação que os produtos de seus associados seriam substitutos perfeitos das peças originais, automaticamente teria incluído a montadora como sua concorrente, como de fato entende que é, uma vez que também produziria peças para reposição. Logo, se a montadora registra um desenho industrial para proteger-se de seus concorrentes, conforme defendido na Representação, essa propriedade também teria que se estender ao *aftermarket*.

31. Sobre as peças protegidas por registros de desenho industrial, afirma que, de um universo que variaria de 2.500 (dois mil e quinhentos) a 3.000 (três mil) peças, elas seriam apenas 11 (onze), a saber: calotas, faróis, grades de radiador, lanternas, pára-choques dianteiros e traseiros, retrovisores externos, rodas de liga leve, capôs, pára-lamas, portas laterais dianteiras e traseiras e tampas traseiras.² Estas peças seriam justamente as que estariam sendo alvo das ações judiciais e extrajudiciais movidas pela Fiat em face das empresas associadas à ANFAPE.

² No total, a Fiat teria lançado, nos últimos dez anos, 34 (trinta e quatro) novos modelos de automóveis no Brasil, gerando 351 (trezentos e cinquenta e um) desenhos industriais, dos quais 258 (duzentos e cinquenta e oito) ainda encontrariam-se em vigor. Desses, apenas 26 (vinte e seis) estariam sendo objeto de medidas adotadas pela Fiat para proteger os seus direitos contra fabricantes independentes não autorizados.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

32. De um total de R\$ 540.000.000,00 (quinhentos e quarenta milhões) que a Fiat teria faturado com a venda de autopeças, apenas R\$ 108.000.000,00 (cento e oito milhões) decorreriam da venda das onze peças listadas acima, constituindo assim uma parte pouco relevante do seu faturamento neste mercado (20%). E se fosse considerar o faturamento total do mercado de autopeças como aquele apresentado pela ANFAPE na Representação (R\$ 48 bilhões anuais), a participação total da Fiat seria de apenas 1,2% (um vírgula dois por cento), o que por sua vez significaria uma participação de 0,2% (zero vírgula dois por cento) em relação às peças protegidas.
33. Ademais, defende a Fiat que o exercício do direito de propriedade sobre essas peças não teria nada de abusivo, uma vez que ele teria sido regularmente adquirido. Tampouco estaria a Fiat violando a “função social da propriedade” ao exercê-lo perante terceiros, e não apenas às demais montadoras, como defendido na Representação.
34. Como forma de afastar a tese de violação da função social da propriedade, e ao mesmo tempo demonstrar a racionalidade jurídica por detrás do exercício do direito de propriedade, a Representada cita o professor Calixto Salomão Filho, que associa a função social à essencialidade do bem ou serviço, como, por exemplo, no caso de medicamentos contra AIDS, quando se exigiria o seu fornecimento a preços não abusivos, mas que não seria o caso em questão, exatamente por faltar o elemento “essencialidade”.
35. A Fiat também acredita que o monopólio legal conferido por registro de patentes ou de desenhos industriais não seria anticoncorrencial, mas sim pró-competitivo, servindo como estímulo ao progresso tecnológico e inventivo do País.
36. Ainda no tocante à racionalidade jurídica no exercício do direito de propriedade, defende que a interpretação do artigo 187 do Código Civil, citado pela Representante, não poderia vir deslocado do artigo 188 do mesmo dispositivo legal. Enquanto o primeiro classifica como ilícito o ato que excedesse os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, o artigo 188, por sua vez, exclui a ilicitude dos atos praticados no exercício legal de um direito reconhecido.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

37. No tocante à racionalidade econômica, a Fiat apresenta dados que procuram demonstrar que a indústria automobilística seria uma das mais inovadoras entre os diversos segmentos industriais, o que implicaria gastos adicionais. Assim, ela afirma, por exemplo, que aproximadamente 2,12% (dois vírgula doze por cento) do seu faturamento bruto teria sido aplicado em pesquisa e desenvolvimento (P&D), fora os investimentos efetuados com a aquisição de tecnologia de terceiros e os realizados em outras instituições, tais como institutos de pesquisa e universidades. Resultado disso seria que, enquanto a média de pessoas empregadas em atividades de P&D em outras indústrias seria de aproximadamente 8 (oito) pessoas, na indústria automobilística esse número subiria para 188 (cento e oitenta e oito). Assim, no seu entender, se há uma racionalidade econômica e um suporte jurídico garantido em legislação e tratados internacionais, não haveria que se falar em abuso.
38. Sobre a prática de contrafação supostamente praticada pelas empresas associadas à Representante, a Fiat cita matéria publicada no jornal “Valor Econômico”, no caderno “Empresa”, de 26.06.2007, em que o presidente da ANFAPE teria declarado que os seus associados, para chegar ao modelo exato das peças, comprariam e desmontariam um automóvel para analisá-las e reproduzi-las, em um procedimento chamado de “engenharia reversa”.
39. Acrescenta a Fiat que, sem autorização para fazê-lo, essas fabricantes independentes de autopeças reproduziriam e comercializariam as peças de propriedade da montadora sem obedecer a nenhum critério de qualidade ou especificações técnicas. Essa atividade, segundo relatado por esta Representada, se daria principalmente sobre os componentes externos dos veículos, bem como quanto àquelas sujeitas a desgaste natural, como pastilhas de freio, escapamentos, amortecedores e lâmpadas.
40. Quanto à suposta violação ao CDC, a Fiat diferencia os termos repor (substituir) e reparar (consertar). Ou seja, o que o artigo 21 do diploma legal estabeleceria seria que, aquele que presta o serviço de reparação (de conserto), estaria obrigado a repor (substituir) as peças por outras que sejam originais ou que mantenham as especificações do fabricante. Essa interpretação, portanto, se contraporá àquela dada pela ANFAPE, para quem o CDC garantiria ao consumidor o acesso às peças originais, fabricadas pelas montadoras, mas

também às peças similares, no caso aquelas fabricadas pelas FIAPs, importando a restrição ao acesso a estas peças em razão de direitos de propriedade verdadeira violação ao CDC.

41. Por fim, a Representada coloca que o registro do desenho industrial seria para o produto, isto é, a autopeça. Assim, não se poderia falar que a proteção só é garantida para determinado mercado relevante, e que não se estenderia para outro mercado, já que se trata de proteção dada ao produto, independentemente de sua destinação. Argumenta ainda que, se não houver um instrumento que assegure os investimentos das empresas, não haverá inovação.
42. Por fim, pede o arquivamento da Averiguação Preliminar, seja em razão das preliminares alegadas, seja pelo mérito, uma vez que não teria ficado comprovado qualquer abuso de poder de mercado pela Fiat, mas apenas o exercício regular de um direito reconhecido, inclusive pelo Poder Judiciário.

I.2 Volkswagen do Brasil

43. Às fls. 1.337 a 1.645, foram juntados os esclarecimentos da Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos S.A. (“Volkswagen”), com os respectivos documentos anexos.
44. Em sede preliminar, a Volkswagen alega, a exemplo da Fiat, suposta ilegitimidade ativa ou mesmo inexistência da Representante. Para isso, chama a atenção para o fato de que não teria sido juntado nenhum documento que comprove que a ANFAPE seja uma entidade de classe, ou que demonstre quais as empresas que a ela estariam associadas, dados julgados necessários para averiguar a regular atribuição de poderes de representação.³

³ Citando a mesma reportagem mencionada pela Fiat, publicada no jornal Valor Econômico de 26.06.2007, a Volkswagen afirma que o suposto número de empresas associadas (vinte e oito) à ANFAPE seria muito pequeno perto dos mais de 500 (quinhentos) associados ao Sindipeças, o que seria um indício de que o seu pleito estaria mais voltado para obter vantagens particulares do que para combater danos ao mercado, inexistentes no entendimento dessa Representada. Ainda, conforme documentos juntados às fls. 1.402 a 1.404, a Volkswagen afirma que não haveria qualquer registro dos atos de constituição da Representante no 2º Registros de Imóveis, Títulos e Documentos e Civil de Pessoa Jurídica da Comarca de Guarulhos – SP até a data de 25.04.2007, o que, nos termos do artigo 45 do Código Civil, representaria ineficácia, ou até mesmo inexistência do ato de representação, pedindo assim o imediato arquivamento dos autos.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

45. Sobre o mérito, a Volkswagen contesta a existência de abuso de direito, na medida em que tanto a obtenção quanto o exercício do seu direito de propriedade sobre as autopeças encontrar-se-iam amparados na Constituição Federal e na LPI e foram reconhecidos pelo Poder Judiciário.
46. Sobre a teoria de que o exercício do direito de propriedade não poderia se estender ao mercado de reposição, a Volkswagen alega que a proteção dada a uma peça seria conferida tão somente ao objeto, independentemente do mercado relevante ao qual ele se destina, até porque o conceito de mercado relevante seria próprio do direito concorrencial, não havendo supostamente qualquer instituto a ele semelhante na LPI.
47. O que existiria seriam apenas restrições ao direito de propriedade, todas previstas na própria LPI, artigo 43, I a VI, dos quais apenas os incisos I, II e IV seriam aplicáveis a registros de desenho industrial, mas que não teriam nenhuma relação com o caso em tela⁴.
48. Além do mais, a LPI, no seu artigo 109, parágrafo único, atribuiria ao titular de desenho industrial o direito de impedir terceiros de produzir, usar, vender ou

⁴ Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

I - aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;

II - aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

III - à preparação de medicamento de acordo com prescrição médica para casos individuais, executada por profissional habilitado, bem como ao medicamento assim preparado;

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;

V - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, sem finalidade econômica, o produto patenteado como fonte inicial de variação ou propagação para obter outros produtos; e

VI - a terceiros que, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.

VII - aos atos praticados por terceiros não autorizados, relacionados à invenção protegida por patente, destinados exclusivamente à produção de informações, dados e resultados de testes, visando à obtenção do registro de comercialização, no Brasil ou em outro país, para a exploração e comercialização do produto objeto da patente, após a expiração dos prazos estipulados no art. 40.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

importar, sem a respectiva autorização, do desenho protegido. Ademais, a utilização de desenho industrial sem a autorização do autor configuraria crime, na forma dos artigos 187, 188, I, e 195, III, do mesmo dispositivo legal.

49. A Volkswagen sustenta ainda que a LPI prevê, no seu artigo 73, parágrafo 2º, o licenciamento compulsório de patente, e não de desenho industrial, quando ficar comprovado abuso de poder econômico pelo seu titular, após trânsito em julgado de decisão judicial cujo objeto seja a anulação de decisão administrativa proferida pelo CADE. Portanto, a este último somente caberia a punição administrativa, ao passo que a decisão sobre o licenciamento compulsório da patente continuaria a cargo exclusivo do INPI. Ou seja, o licenciamento compulsório de desenho industrial inexistiria e, mesmo que existisse, não seria o CADE o órgão competente para tal.
50. As autopeças da Volkswagen sobre as quais recairia direito de propriedade seriam aquelas referentes à parte externa do veículo, tais como pára-choques e chassis, e estariam registradas pelos seguintes números: DI6601442-5, PI0600507-1, DI6504640-4, DI6504641-2, DI6504642-0, DI6503323-0, DI6503324-8, DI6505027-4, DI6505157-2, PI0300951-3, PI0002879-7.
51. Sobre a especulação apresentada pela ANFAPE de que a proteção de desenho industrial não poderia ter sido conferida às peças de reposição, tendo em vista a sua funcionalidade, esta seria despropositada, uma vez que o aspecto ornamental é fundamental neste mercado. Citando o artigo 94 da LPI, a Volkswagen afirma ainda que determinada forma plástica que apresente configuração nova e original, e que possa ser produzida em escala comercial, já possuiria os requisitos suficientes para que pudesse ser pleiteada a sua proteção, pois a lei garantiria não só o aspecto funcional do objeto, mas também o prazer estético proporcionado ao consumidor, bem como a identificação visual do produto.
52. A Representada afirma ainda que, além das autopeças, as fabricantes independentes estariam usando, sem qualquer autorização, as marcas “Volkswagen”, “VW”, “Polo”, “Gol” e “Fox”, todos registrados no INPI sob os nº 002.171.511, 003.165.086, 004.032.381, 818.645.598, 007.133.286 e 811.954.161.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

53. Quanto à acusação de que a Volkswagen estaria obtendo registros de desenhos industriais com o intuito de dominar o *aftermarket*, aduz a Representada a ausência de ilicitude da conduta, por dois motivos:
- a) o direito de propriedade seria sempre devidamente reconhecido ou não por uma entidade especializada da Administração Pública, mediante procedimento administrativo próprio e segundo critérios estabelecidos em legislação específica;
- b) ainda que a acusação fosse verdade, ela somente seria punível se fosse apta a produzir os efeitos estabelecidos no artigo 20 da Lei nº 8.884/94, o que não seria o caso.
54. Acrescenta ainda que este seria o caso de ganho de mercado em razão de maior eficiência do agente, e que a propriedade industrial e a livre concorrência não seriam incompatíveis entre si, servindo o primeiro como estímulo à inovação e, portanto, como fomentador do segundo.
55. Em seguida, a Representada contesta o emprego dado pela ANFAPE a dois conceitos citados na Representação como aplicáveis ao caso em exame: o de *switching costs* e o de *lock in*. Segundo a Volkswagen, a aplicação de ambos teria dois problemas centrais que não teriam sido abordados na denúncia, e que impossibilitariam a sua ocorrência.
56. O primeiro desses problemas seria a inexistência de independência entre o mercado de veículos novos e o de reposição de autopeças, o que até certo ponto impossibilitaria que se definam mercados relevantes distintos na cadeia vertical. Nesse sentido, a Volkswagen sustenta que:

(...) (i) a possibilidade de adoção racional pelo produtor de uma estratégia de ampliar o exercício de poder de mercado no segmento pós-venda está condicionada ao efeito líquido sobre os lucros esperados do produtor no conjunto de suas atividades, dos eventuais ganhos adicionais neste segmento vis-à-vis as perdas que, em maior ou menor grau, fatalmente decorreriam no seu mercado primário. O que implica, como condição necessária mas certamente não suficiente, que (ii) ele possua poder de mercado no mercado primário. Assim, quanto mais intensa a concorrência neste, menor a viabilidade daquele exercício no segmento pós-venda.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

57. Assim, apesar de reconhecer a existência de barreiras à entrada no mercado primário (elevados custos fixos, investimentos em P&D e a formação de redes nacionais de distribuição, manutenção e assistência técnica) e de este ser oligopolizado, afirma que a intensa competição entre os seus *players* em busca da diferenciação do produto desestimularia o exercício abusivo de poder de mercado no *aftermarket*.
58. Já o segundo problema decorreria da inexistência de condições estruturais capazes de gerar restrições anticompetitivas verticais no mercado específico de autopeças. Conforme a Representada, para que essas restrições anticompetitivas de fato ocorram em mercados de pós-venda, seriam necessárias as seguintes condições que, no seu entender, não estariam presentes no caso em análise:
- (...) (i) baixa intensidade da concorrência (e poder de mercado significativo) no mercado primário; assim como (ii) baixos custos de substituição (“switching costs”) do produto por produtos concorrentes frente a aumento de preços dos serviços pós-venda, e/ou (iii) baixos custos e suficiência da informação acerca dos preços do produto e das peças de reposição e dos serviços pós-venda.*
59. Sobre a suposta infração ao CDC, a Representada nega a acusação, ao mesmo tempo em que a rebate afirmando que a comercialização de produtos contrafeitos é que é ilícito consumerístico, conforme artigo 4º, VI, do mesmo diploma legal.
60. Em relação à ação civil pública proposta pelo Ministério Público sobre suposta prática de preço abusivo pelas montadoras no mercado de peças de reposição, ela teria sido extinta, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade ativa do *Parquet*. A Volkswagen acrescenta ainda que essa questão já teria sido analisada por esta Secretaria de Direito Econômico no processo administrativo nº 08012.006516/2001-20, com recomendação ao CADE pelo seu arquivamento.
61. Por fim, por todas as razões de fato e de direito expostas, a Volkswagen pediu pelo imediato arquivamento da Averiguação Preliminar.

I.3 Ford Motor Company Brasil

62. Às fls. 1.664 a 2.077, a Ford Motor Company Brasil Ltda. (“Ford”) apresentou as informações a seguir relatadas, acompanhadas de documentos anexos.
63. Em sede preliminar, a ora Representada apresenta as mesmas ressalvas das demais Representadas sobre a data de constituição da Representante, sobre a ausência de cópia do Estatuto Social para comprovação de sua regularidade e legitimidade, bem como sobre a sua suposta falta de representação da categoria em comparação ao Sindipeças.
64. No mérito, a Ford reconhece a existência de 2 (dois) mercados, quais sejam, o mercado primário (*foremarket*) e o mercado secundário (*aftermarket*).⁵ Depois de relatar as mesmas especificidades de funcionamento do mercado já feitas pelas demais Representadas, a Ford realçou a interdependência entre os mercados. No seu entendimento, o produto comercializado no mercado secundário tem de obedecer aos parâmetros estabelecidos no mercado primário, tanto em relação ao desempenho como em relação à segurança, ao passo que a decisão do consumidor em adquirir esse mesmo produto no mercado primário sofreria influência dos preços cobrados no mercado secundário e da durabilidade das autopeças, entre outros aspectos.
65. A Representada procurou demonstrar ainda que não possui posição dominante, nem no mercado primário, nem no mercado secundário. Para isso, apresentou uma tabela referente ao anuário 2007 da Associação Nacional dos Fabricantes de Veículos Automotores - ANFAVEA com a participação de mercado referente à venda de veículos de cada agente de mercado, segundo a qual a Ford teria algo em torno de 11,3% (onze vírgula três por cento) do mercado total, bem abaixo, portanto, da presunção legal de poder de mercado de 20% (vinte por cento).

⁵ Segundo a Representada, o *foremarket* englobaria todas as montadoras com produção local de veículos automotores, bem como as demais montadoras, inclusive estrangeiras, que os importariam de suas fábricas localizadas no exterior para comercialização local. Segundo a Representada, esse mercado seria altamente competitivo. O *aftermarket*, por sua vez, englobaria não somente as montadoras, como também os distribuidores autorizados e as prestadoras de serviços independentes, que responderiam pelos serviços de manutenção e reposição de peças.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

66. Como, no seu entender, os mercados seriam interdependentes entre si, por se tratar de um produto sistêmico, nenhuma estratégia de dominação do mercado secundário estaria sendo montada devido ao risco de perda de participação no mercado primário que isso implicaria, podendo anular ou até mesmo tornar negativo o efeito sobre os lucros totais do produtor.⁶
67. Ao justificar os preços cobrados pelas autopeças, a Representada ressalta a necessidade de constantes e significativos investimentos em P&D, que nos últimos anos teriam chegado ao patamar de [REDACTED] devido à concorrência no *foremarket*, que provocaria uma alteração de modelos dos veículos a cada 5 (cinco) anos, em média.
68. A Ford sustenta ainda que um veículo seria formado por cerca de 4.000 (quatro mil) peças, sendo a montadora legalmente responsável por manter estoque para reposição de todas elas por um período razoável de tempo (geralmente em torno de 10 anos) após ter sido o veículo retirado de linha.
69. As fabricantes de autopeças, por outro lado, não teriam a obrigação legal de manter estoque de nenhuma peça específica, o que permite que elas se concentrem em um universo bem menor de peças, geralmente itens de *crash* (itens cuja reposição seria certa em casos de batidas), auferindo assim vantagem competitiva.
70. A Ford ressalva ainda que as peças relacionadas a aspectos estéticos e de *design* como rodas, capôs e faróis não contribuiriam para o aumento da vida útil do carro. Tampouco seriam elas relevantes para os custos de manutenção do veículo, tendo em vista que seriam peças geralmente repostas somente quando da ocorrência de acidentes. Dessa maneira, ela entende absolutamente improcedentes as acusações constantes na Representação sobre a durabilidade e

⁶ Mesmo assim, para comprovar a ausência de poder de mercado no *aftermarket*, a Ford apresentou números do site do Sindipeças que demonstrariam que apenas 12% (doze por cento) do faturamento total da indústria de autopeças seria referente ao mercado de reposição. Ademais, a participação percentual de faturamento de peças de reposição da Ford no Brasil representaria menos de 5% (cinco por cento) do faturamento total da empresa. Dentro desses 5% (cinco por cento), cerca de 13% (treze por cento) seriam decorrentes das chamadas autopeças cativas, que seriam aquelas fabricadas pela própria Ford ou com exclusividade por terceiros, e 87% (oitenta e sete) seriam decorrentes das chamadas autopeças certificadas, que seriam aquelas disponíveis a todo mercado, não havendo qualquer controle comercial pela Ford.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

os custos de manutenção de veículos, que não sofreriam qualquer alteração com o reconhecimento do direito de propriedade da montadora.

71. Citando nota técnica proferida por esta SDE nos autos do Processo Administrativo nº 08012.006518/2001-19, a Ford afirma que teria sido reconhecida por este órgão a melhor qualidade técnica das peças produzidas pelas montadoras, ou por seus fornecedores autorizados, em relação àquelas produzidas pelas fabricantes não autorizadas, mesmo quando homologadas por empresas independentes.
72. Por todas essas razões, a Ford acredita ter motivos suficientes que justifiquem não só o direito de propriedade sobre as suas autopeças, como também o seu legítimo exercício em detrimento dos fabricantes de autopeças não autorizados (fabricantes independentes), que estariam lucrando com a prática de *free-riding* e, conseqüentemente, se aproveitando indevidamente dos custos e investimentos feitos pelas montadoras.
73. Fazendo um breve resumo das ações judiciais envolvendo a Ford e as fabricantes independentes de autopeças, a Representada afirma que as rés dessas ações reconheceram os direitos de propriedade industrial das montadoras, bem como os registros da marca Ford e os desenhos industriais objeto da demanda. Ela ressalta também que foi vencedora em todas as ações judiciais envolvendo essa lide, cujo objeto se restringia às chamadas peças piratas. Assim, não entende como procedente a acusação de abuso de direito, uma vez que o seu direito de propriedade teria sido chancelado pelo Poder Judiciário e reconhecido pelas fabricantes independentes.
74. Dentro do universo aproximado de 4.000 (quatro mil) peças traçado pela Ford para a composição de um veículo, ela afirma que 64 (sessenta e quatro) estão protegidas por desenho industrial, todas elas relacionadas ao aspecto externo do veículo, conforme fls. 2.068 a 2.072. Dentre elas, a Ford afirma que apenas as calotas, as rodas, os faróis e os pára-choques são objeto das ações judiciais.
75. Além do mais, todas as peças protegidas seriam exclusivamente cativas, sendo a maior parte delas desenvolvida no Brasil e comercializada somente por meio de suas concessionárias. Ao todo, o lucro final proporcionado por elas giraria em

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

torno de [REDACTED] do faturamento da Ford no Brasil, o que seria incapaz de alterar a dinâmica competitiva do mercado de veículos novos, com a oferta de tais peças pelos fabricantes independentes.

76. A Ford acrescenta ainda que as montadoras seriam responsáveis pela fabricação das chamadas autopeças cativas, ao passo que as fabricantes ofereceriam as autopeças certificadas (aquelas auditadas pelas montadoras e oferecidas pelas fornecedoras no mercado de reposição), as homologadas (aquelas auditadas apenas por órgão de certificação técnica) e as piratas. Nesse passo, a Ford estaria recorrendo ao Poder Judiciário apenas contra as autopeças homologadas que desrespeitem os seus direitos de propriedade, bem como contra as autopeças piratas.
77. As empresas associadas à ANFAPE ofertariam apenas autopeças piratas, não possuindo qualquer relação com as montadoras nem qualquer atividade de P&D significativa. Dessa forma, restaria plenamente justificado o fato de suas autopeças possuírem preços inferiores, uma vez que elas não teriam que amortizar investimentos em P&D, não teriam que recuperar custos com testes rigorosos de controle de qualidade, tampouco teriam que manter estoques para suprir a demanda por reposição por prazo não inferior a 10 anos do lançamento do modelo, ou ainda remunerar as montadoras pelo uso de peças protegidas por direito de propriedade. Isso sem falar que não haveria, segundo a Ford, qualquer evidência de que as autopeças fabricadas e comercializadas pelas fabricantes independentes teriam de fato uma vida útil e uma qualidade superior às peças cativas das montadoras.
78. A Representada, ao fazer referência ao artigo 160 do Código Civil e à sua falta de poder de mercado, tanto no *foremarket* quanto no *aftermarket*, afirma que a sua intenção ao propor as ações judiciais não seria a exclusão das fabricantes de autopeças do mercado secundário ou a sua monopolização, mas tão somente que as peças por eles oferecidas sejam autênticas, protegendo assim os seus direitos de propriedade e inibindo a ação de *free-riders*.
79. Uma alternativa apontada pela Ford para que as fabricantes independentes passarem a atuar legalmente neste mesmo mercado seria o investimento destas em P&D para o desenvolvimento de peças não originais, acompanhado do

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

respectivo convencimento dos consumidores a comprá-las, prática essa conhecida por *tuning*, que viria se difundindo no mercado. Ou seja, o reconhecimento do direito de propriedade das montadoras e a conseqüente proibição das fabricantes independentes de fabricar e comercializar determinadas peças protegidas por desenho industrial não necessariamente as expulsaria do mercado de reposição.

80. A Ford reconhece a existência de barreiras à entrada na indústria automobilística mas, por outro lado, afirma que a estrutura dessa indústria é de concorrência monopolística. Ou seja, cada *player* deteria algum poder de mercado em razão da diferenciação dos seus produtos (veículos), mas a intensa competição intermarcas a que eles estão submetidos não viabilizaria a estratégia de obsolescência ventilada pela ANFAPE, pelas razões de interdependência entre os mercados primário e secundário já explicadas.
81. Sobre o efeito *lock in*, a Ford não acredita ser ele aplicável ao caso. A Representada fundamenta esse entendimento novamente na interdependência entre os mercados, em que um aumento abusivo de preço no mercado secundário levaria a uma queda nas vendas no mercado primário, podendo assim anular ou até mesmo tornar negativo o lucro total do produtor do bem, tendo em vista que o seu custo de manutenção seria um fator geralmente levado em consideração pelo consumidor na hora de adquirir um produto.
82. Outro aspecto sobre essa questão seria a garantia fornecida pelas montadoras às autopeças, que poderia variar de 1 (um) a 3 (três) anos, período de amortização do preço pago pelo veículo, em que o consumidor não teria gastos suplementares com a reposição de peças. E, uma vez terminada a garantia, os consumidores teriam outras opções de fornecedores que não as montadoras, por não ser o mercado de reposição monopolizado. Ademais, a forte pressão competitiva no *foremarket*, decorrente da concorrência nacional e internacional, teria gerado, inclusive, um aumento da vida útil dos veículos nos últimos anos.
83. Um último aspecto a ser considerado sobre o efeito *lock in* é que a Representante teria dado exemplos apenas de produtos com propósitos finalísticos (no caso da máquina Polaroid, por exemplo, sem o filme específico, a máquina não funciona), e não ornamentais, como seria o caso das autopeças.

84. Sobre a função social da propriedade, a Representada defende que esta seria o próprio fomento ao desenvolvimento tecnológico, e não a limitação de direitos, como queria fazer crer a ANFAPE. No que diz respeito à acusação de violação ao Código de Defesa do Consumidor, repete os mesmos argumentos das demais Representadas.
85. Ao final, a Ford pede que esta SDE requeira, junto à ANFAPE, cópia do estatuto social desta para comprovação de sua regularidade e legitimidade, além de uma listagem com os nomes de seus associados. Além disso, por todos os motivos de fato e de direito expostos, pede também o imediato arquivamento desta Averiguação Preliminar.

I.4 Pedidos de intervenção de terceiros

86. Às fls. 2.091 a 2.092, consta petição da Força Sindical, associação de entidades sindicais de trabalhadores no âmbito do território nacional, e do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região, para integrarem os autos na qualidade de terceiros interessados, formulando o que segue:

A solução de conflitos de natureza econômica, assim como a atuação dessa Secretaria, em todas as suas manifestações, gera impacto direto aos contratos de trabalho mantidos pelos respectivos empregadores, o que demanda e determina a presença da Central Sindical e do Sindicato ora requerentes, na defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores empregados pelas empresas envolvidas.

87. Em resposta ao pedido da Força Sindical e do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região, a Fiat apresentou as seguintes considerações:
- a) os dispositivos legais apontados pelas entidades sindicais fariam previsão expressa a “processo administrativo”. Logo, como os autos se encontram em fase de averiguação preliminar, o pedido careceria de amparo legal;
 - b) o pedido de ingresso como terceiro interessado poderia prejudicar o bom andamento das investigações pelo SBDC;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

- c) a natureza da demanda em nada se relacionaria com as atividades ou com os contratos de trabalho dos funcionários das empresas envolvidas, motivos esses alegados pelas associações sindicais como fundamento do seu pedido. No seu entendimento, somente na hipótese de se demonstrar que os efeitos de uma determinada decisão (administrativa ou judicial) vá efetivamente atingir a esfera de direitos de outrem, é que caberia o pedido.
88. Às fls. 2.217 a 2.218, consta pedido de intervenção de terceiros por parte da Associação do Mercado de Autopeças do Rio de Janeiro (AMAP-RJ). Dizendo-se representante de empresas do setor de reposição de peças automotivas do Rio de Janeiro, a requerente fundamenta o seu interesse nos autos estimando que mais de 100 fábricas especializadas em autopeças vão fechar, caso não seja provido o pedido constante na Representação, comprometendo inúmeros empregos diretos e indiretos na cadeia produtiva e de serviços nesse setor. Isso porque as empresas dedicadas ao mercado de reposição se especializariam em determinados componentes dos veículos, como pára-choque, retrovisores etc. Ou seja, para cada autopeça protegida, se reconhecida a sua exclusividade à montadora no *aftermarket*, haveria o fechamento de todas as fábricas especializadas na determinada peça.
89. Às fls. 2.241 a 2.252, bem como às fls. 2.253 a 2.257, as empresas Volkswagen e Fiat, respectivamente, apresentaram esclarecimentos quanto aos pedidos de intervenção de terceiros apresentados à SDE.
90. A Fiat apenas repetiu os mesmos argumentos e o mesmo pleito de indeferimento do pedido de intervenção nos autos como terceiro interessado já apresentados quando da sua manifestação em relação à Força Sindical e ao Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região.
91. A Volkswagen acrescentou aos argumentos acima o seguinte. O pedido de intervenção de terceiros, por ser ato discricionário da Administração, deveria estar acompanhado da devida motivação, sob pena de sua nulidade. E essa motivação, no seu entendimento, deveria estar baseada em uma utilidade prática voltada à obtenção de novas provas que, por sua vez, deveriam se voltar à defesa

de interesses difusos, e não privados (individuais ou relativos a uma categoria), como entende ser o caso. Essa suposição de uso do instituto (e do órgão) para defender interesses privados decorre da fundamentação do pedido, voltado à preservação de empregos e a evitar o fechamento de fábricas. Assim, a natureza trabalhista subjacente ao pedido o ilegitimaria, pois a defesa da concorrência não se prestaria a proteger interesses dessa natureza.

92. A Volkswagen entende ainda que, na hipótese de deferimento da intervenção de terceiros no presente caso, haveria violação aos seguintes princípios administrativos: eficiência, por contribuir com o prolongamento do processo; segurança jurídica, pois não atenderia ao fim público ao qual se dirige; impessoalidade, uma vez que interesses privados seriam privilegiados; e legalidade, já que a lei fala em processo, mas nunca em averiguação preliminar.
93. A Representada observa ainda que, a exemplo da Representação, o pedido da AMAP veio desacompanhado de documentos que comprovem a sua constituição e a sua representatividade, bem como que comprove a autorização de seus associados a ingressar nestes autos.

I.5 Petição formulada pela ANFAPE e pela Ford

94. Às fls. 2.265 a 2.271, consta nova petição formulada pela ANFAPE pedindo o encerramento da Averiguação Preliminar e a imediata instauração de Processo Administrativo.
95. Segundo a Representante, a conduta imputada (ações judiciais requerendo exclusividade de comercialização embasadas em direito de propriedade) às montadoras não teria sido por elas negada, mas apenas justificada, o que, nos termos do artigo 7º, II, da Lei nº 8.884/94, transferiria a discussão da existência ou não de indícios violadores da ordem econômica para a caracterização ou não do fato imputado como ilícito anticoncorrencial, o que imputaria o dever funcional a esta SDE de instaurar imediatamente o Processo Administrativo.
96. Como documentos anexos, foram juntadas cópias de buscas e apreensões recentemente realizadas contra as empresas associadas à ANFAPE, denunciando a continuidade da conduta pelas Representadas, bem como a cópia

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

do acórdão da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a ação civil pública citada na Representação, em que o E. Tribunal teria reconhecido a existência do mercado independente como alternativa para o consumidor.

97. Sobre a falta de representatividade da ANFAPE levantada pelas Representadas, foi defendido que o artigo 30 da Lei nº 8.884/94 confere legitimidade a “qualquer interessado” para representar na SDE, assim como o artigo 32 da mesma lei fala em “conhecimento do fato”, não exigindo nem mesmo a necessidade de existência de uma Representação. Ademais, fundamentando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no artigo 83 da Lei nº 8.884/94 c/c artigo 2º da Portaria MJ nº 4/06, a ANFAPE entende que o artigo 45 do Código Civil deveria vir combinado com o artigo 12, inciso VII, do Código de Processo Civil que conferiria legitimidade postulatória às pessoas jurídicas de direito privado que ainda não tenham registrado os seus atos constitutivos até que o façam.
98. Por fim, às fls. 2.333 a 2373, a Ford apresentou informações atualizadas no que se refere às ações judiciais promovidas pela Ford para a proteção à sua marca comercial e bens de propriedade industrial. A Ford informou que na Ação Ordinária contra a Orgus Indústria e Comércio Ltda. (Processo No. 2005.044872-2) foi deferido o pedido de tutela antecipada determinando a busca e apreensão e a abstenção, por parte de Ré, da comercialização de faróis que reproduzam os registros de desenho industrial da Ford, bem como de utilizar a marca Ford. A sentença foi proferida em 30 de dezembro de 2007 e confirmou a antecipação de tutela em favor da Ford, reconhecendo a violação aos registros de marca e desenho industrial de sua titularidade, determinando a abstenção, por parte da Ré, da fabricação e comercialização de produtos que violem os direitos da Ford, bem como condenando o Réu a indenizar a Ford em quantia equivalente à metade do faturamento obtido a partir da comercialização dos faróis em discussão.
99. A Ford informou ainda que, com relação à Ação Ordinária movida contra a Zeene Distribuidora de Peças Ltda. e DPF Auto Peças Ltda, foi negado provimento aos Agravos de Instrumento interpostos pelas Rés contra a decisão liminar deferida em favor da Ford.

100. É o relatório.

II. ANÁLISE

II.1 Das Preliminares

II.1.1 Da Alegada Ilegitimidade Ativa da ANFAPE

101. O registro regular das associações para a defesa de interesses difusos e coletivos em juízo e na via administrativa constituiu exigência legal contida nos diversos diplomas que disciplinam a matéria, como o artigo 82 do CDC e artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, todos com base na disposição constitucional que estatui que *“as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”* (artigo 5º da CF, XXI).
102. A Lei de Processo Administrativo, em seu artigo 9º, da mesma forma, exigiu para a legitimação a constituição legal das associações, dispondo expressamente que: *“São legitimados como interessados no processo administrativo: (...) IV – as pessoas ou associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”*
103. Deve-se, contudo, observar que o direito subjetivo de acionar a Administração emana do Direito de Petição, consagrado no Direito pátrio. Este direito, consagrado pelo artigo 5º, inc. XXXIV da Constituição Federal, é tutelado de forma ampla na via administrativa, embora nela também esteja presente o dever de observar certas exigências que disciplinam o seu exercício. No entanto, é a disposição contida no parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 9.783/99 que garante a amplitude do Direito de Petição em sede administrativa, preceituando que *“é vedada à Administração a recusa imotivada de recebimento de documentos, devendo o servidor orientar o interessado quanto ao suprimento de eventuais falhas”*.
104. Dessa forma, ainda que identificada a irregularidade formal da Representação, pela ausência de documentação comprobatória do registro da entidade

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

Representante, a providência a ser adotada por esta Secretaria, à toda evidência e à luz do princípio da legalidade, seria a de orientar a Representante no sentido de suprir eventuais falhas, o que se tornou, a posteriori, desnecessário, tendo em vista que a situação da entidade tornou-se regular a partir de seu registro em 14.06.2007, antes, portanto, da instauração da presente Averiguação Preliminar, ocorrida mediante Despacho da Sra. Secretária de Direito Econômico Substituta datado de 15.06.2007. Nesse sentido:

(...) requerimento inicial que se apresente com falhas estruturais não deve ser liminarmente rejeitado: impõe-se à Administração orientar o administrado, no sentido da correção e recuperação formal do requerimento, (...), indicando concreta e minuciosamente os pontos a serem reformulados (imperativos dos princípios da boa-fé e do devido processo legal). Somente persistindo as patologias ou omissões é que poderá ocorrer o indeferimento liminar (jamais a recusa de recebimento, pura e simples), sempre motivado e passível de recurso⁷.

105. Cumpre observar, outrossim, que, ao contrário dos demais diplomas legais – CDC e Lei da Ação Civil Pública -, a lei reguladora do processo administrativo não exigiu qualquer carência temporal para dar legitimação às entidades representativas. Desse modo, cabe ao administrador verificar se a entidade está constituída em conformidade com o que dispõe a lei civil a respeito, sem entrar em consideração sobre o momento em que se ultimou a constituição.⁸
106. Por outro lado, é sabido também que, por força do princípio da oficialidade, no processo administrativo, a autoridade competente para decidir também tem o poder/dever de inaugurar e impulsionar o processo, até o resultado final conclusivo, uma vez que existe interesse público na decisão em si mesma.⁹ Assim, uma vez trazido o fato ao conhecimento dessa Secretaria, tem o órgão poder-dever de atuar de ofício até a conclusão final do processo, independentemente da inexistência de legitimidade ativa da Representante. Nesse sentido, vejamos:

⁷ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 95.

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Processo Administrativo Federal: comentários à Lei 9.784 de 29/1/1999**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001, p. 103.

⁹ FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson Abreu. *Ob cit*, p. 85.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

EMENTA: Administrativo. Remessa Oficial em Mandado de Segurança. Pedido de Justificação Administrativa visando contagem de tempo de serviço. Indeferimento de plano pela autoridade administrativa. Impossibilidade. Manutenção da concessão da ordem.

1- Diante do Princípio da Oficialidade, a mobilização de um Procedimento Administrativo, uma vez desencadeado pela Administração ou provocado pela própria parte interessada, constitui um ônus para a administração, cabendo a ela e não a um terceiro o empenho na condução e desdobramento da seqüência de atos que o compõem até a produção de seu ato conclusivo.

2- A autoridade tem o dever de instaurar o procedimento de Justificação Administrativa, o qual tem por finalidade suprir a deficiência de qualquer documento apresentado e/ou provar fato de interesse do beneficiário.

3- Sentença mantida.

4- Remessa oficial improvida. (TRF 3ª Região. REO 90.03.00683-0. Relator o Des. Federal Sinval Antunes. Publicada no DJU em 12.12.1995)

107. Tem-se que não procede o pedido de arquivamento dessa Averiguação em razão da ilegitimidade ativa da Representante, quer em virtude da disposição do parágrafo único do artigo 6º da Lei n. 9.784/99 e da regularização tempestiva da ANFAPE quando à sua constituição nos termos da legislação civil, quer em razão do princípio da oficialidade, que impele o andamento do processo até sua decisão final.

II.1.2 Da Intervenção de Terceiros

108. Nos termos do artigo 9º da Lei nº 9.784/99 e do artigo 13 da Portaria MJ nº 4/2006, requereram a Força Sindical, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região e a Associação do Mercado de Autopeças do Rio de Janeiro (AMAP-RJ) o ingresso na presente Averiguação Preliminar na qualidade de terceiros interessados.
109. A Lei de Processo Administrativo Federal, artigo 9º, inciso II, admitiu o ingresso de interessados supervenientemente à instauração do processo, nos casos em que se demonstre haver direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada.
110. Inicialmente, é necessário destacar que a Lei nº 9.784/99, aplicável aos processos em trâmite no SBDC naquilo em que não contrariar os dispositivos da lei específica – Lei nº 8.884/94-, não fez distinção entre os tipos de expedientes em

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

trâmite na Administração Pública, como o fizeram a Lei nº 8.884/94 e a Portaria MJ nº 4/2006.

111. Nesse sentido, ao mencionar o “processo administrativo”, a Lei nº 9.783/99 o faz em sentido amplo, sem considerar as distinções comumente adotadas pela SDE, em (a) procedimentos administrativos; (b) averiguações preliminares e (c) processos administrativos *stricto sensu*. Dessa forma, entende-se que a participação de terceiros interessados é facultada, quando pertinente, em qualquer das espécies de “processo administrativo” em trâmite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.
112. A doutrina administrativista equipara o instituto da intervenção de terceiros no processo administrativo ao da *assistência* no processo civil¹⁰, atribuindo, para a admissão de terceiros no processo administrativo, os mesmos requisitos do processo judicial, ressaltando a necessidade de se delimitar a natureza do interesse invocado, a saber:

Não se pode estabelecer, a priori, regra geral a respeito de haver, ou não, a possibilidade de determinada decisão afetar direito do interessado. Em primeiro lugar, é de se notar que o fato de uma providência administrativa afetar direito não significa dizer que o direito vai ser atingido de forma direta. Se isso ocorrer, nenhuma dúvida haverá sobre a legitimação do interessado, pois que haverá interesse direto do indivíduo. O problema reside na hipótese em que a decisão administrativa, a uma avaliação prévia, possa afetar o direito de interessado de forma reflexa. Aqui se terão que analisar os elementos constitutivos da situação fática discutida no processo para constatar se há, ou não, afetação no direito.

(...) Para aplicação do preceito, a doutrina distingue o interesse de fato e o interesse jurídico: enquanto aquele, de maior campo de incidência, se cinge a interesse meramente fático, de ordem econômica, este último existe ‘quando entre o direito em litígio e o direito que o credor quer proteger com a vitória daquele houver uma relação de conexão ou de dependência,

¹⁰ “Parece-nos razoável enfrentar esse problema invocando, como dado auxiliar, o instituto da assistência no processo judicial. Pendendo causa entre duas ou mais pessoas, ‘o terceiro interessado que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la (Art. 50, Código de Processo Civil)’”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. Cit.*, pág. 101.

No mesmo sentido, lecionam Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

“(...) quando, entretanto, houver da parte do terceiro um interesse jurídico em que a decisão seja favorável a “a” ou “b” estaremos em face de uma nítida hipótese de assistência (que poderá, inclusive, revestir-se da faceta de assistência litisconsorcial, analogamente ao que dispõe o art. 54 do Código de Processo Civil).” *Ob. Cit.*, pág. 104.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

de modo que a solução do litígio pode influir, favorável ou desfavoravelmente, sobre a posição jurídica do terceiro'.¹¹ Somente o interesse jurídico é que permite qualificar o interessado de assistente; interesse meramente econômico não enseja a assistência, como já têm firmado inúmeras decisões judiciais.¹²

Em conseqüência, para que o indivíduo se qualifique como interessado no processo administrativo é preciso que demonstre possuir efetivo interesse jurídico, o que equivale a dizer que lhe cabe comprovar que a decisão a ser adotada no processo poderá afetar realmente seu direito em virtude de conexão com o direito principal objeto do processo. Interesses meramente de fato e sem conexão direta com o que se examina no processo não geram para o indivíduo a qualidade de legitimado. Aliás, a se permitir o ingresso de tais pessoas, o procedimento administrativo sofreria significativo entrave, tramitaria com maior morosidade e ficaria, com isso, mais distante do princípio da celeridade, tudo em prejuízo do interesse público perseguido pela Administração."¹³ (g.n.)

113. Cumpre ainda ressaltar que, em suas petições os requerentes limitaram a pleitear a sua intervenção como terceiros interessados, invocando pretensos reflexos da decisão desta Averiguação Preliminar sobre os contratos de trabalho da indústria de autopeças e sobre o futuro econômico das empresas do setor especializadas nas autopeças referidas na Representação (calotas, faróis, grades de radiador, lanternas, pára-choques, retrovisores externos, rodas de liga leve, capôs, pára-lamas, portas e tampas). Não houve, todavia, a apresentação de quaisquer argumentos ou documentos aptos a corroborar as alegações trazidas na Representação, de modo a endossar ou reforçar o posicionamento da ANFAPE ou colaborar com a Administração Pública na apuração dos fatos sob a perspectiva de defesa da concorrência. Muito ao contrário, demonstraram as entidades tão-somente interesse em conhecer o desdobramento da causa, o que pode ser alcançado com a garantia de pleno acesso aos autos da Averiguação Preliminar, o que é facultado a qualquer pessoa, física ou jurídica, tendo em vista tratar-se de autos públicos, de acesso irrestrito.

114. Por essas razões, sugere-se o indeferimento do pedido das entidades Força Sindical, Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e

¹¹ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, Vol. I, tomo I, 1975, pág. 292

¹² STJ, RESP n° 9548-0, 3ª Turma, Rel. Min. Fontes de Alencar. DJU em 26/4/1993. Ementa: O mero interesse econômico não faz propícia a intervenção de terceiro, como assistente, no processo. Recurso especial não conhecido. Unânime.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob. Cit.*, pág. 100 a 102.

de Material Elétrico de São Paulo, Mogi das Cruzes e Região e Associação do Mercado de Autopeças do Rio de Janeiro (AMAP-RJ), de ingresso na presente Averiguação Preliminar na qualidade de terceiros interessados.

II.2 Do Mérito

115. O ponto central da Representação refere-se a suposto conflito entre direito de propriedade industrial e direito da concorrência. A questão ora colocada é se configuraria ilícito concorrencial o exercício, por parte das montadoras Representadas, de direito de propriedade sobre desenho industrial e marcas conferido pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) sobre autopeças. Não obstante a ANFAPE reconhecer os direitos de propriedade industrial detidos pelas montadoras Representadas, ela alega que o exercício de tais direitos seria um abuso do poder econômico no mercado de reposição de peças automotivas, apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.884/94.
116. Antes de adentrarmos a discussão sobre o suposto choque entre propriedade industrial e direito da concorrência, passemos brevemente à definição e considerações sobre o mercado alvo da presente Averiguação.

II.2.1 Da Delimitação do Mercado Relevante

117. A *jurisprudência do CADE*, no que se refere à indústria automobilística, tradicionalmente divide o mercado relevante sob o ponto de vista do produto da seguinte forma: 1) o mercado de fabricantes de veículos novos; 2) o mercado varejista de veículos novos; 3) o mercado atacadista de autopeças de reposição; e 4) o mercado varejista de autopeças de reposição.
118. No mercado 1 (um), concorrem as montadoras de veículos instaladas no país, entre elas a Ford, a Fiat e a Volkswagen. A dimensão geográfica deste mercado tem sido entendida como sendo nacional, tendo em vista que as estratégias de investimentos e vendas das montadoras levam em consideração as condições do mercado brasileiro. Ademais, as importações não seriam suficientes para influenciar os preços internos, devido aos elevados custos de internação.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

119. No mercado 2 (dois), concorrem as concessionárias de uma mesma marca, as concessionárias de marcas diferentes, as empresas importadoras de automóveis para revenda e as revendedoras multimarcas de automóveis novos e usados. Em relação ao aspecto geográfico, o CADE tem entendido que, independentemente da delimitação da Lei Ferrari¹⁴, o mercado tem dimensão regional por razões de comportamento dos consumidores, que não se deslocam a grandes distâncias para adquirir automóveis. Logo, fatores como custos de deslocamento e emplacamento, tempo de deslocamento etc. é que seriam determinantes na sua delimitação.
120. No mercado 3 (três), atuam as empresas fabricantes de autopeças e, eventualmente, as montadoras. A dimensão geográfica deste mercado é nacional, uma vez que as montadoras preferem que os seus fornecedores possuam plantas dentro do território nacional, de preferência próximas de suas unidades industriais. Outro fator relevante são os elevados custos de internação relativos à importação.
121. Por último, no mercado 4 (quatro), os agentes são as concessionárias e as lojas independentes de autopeças. O Conselheiro-Relator Thompson Andrade, em voto referente à Averiguação Preliminar nº 08012.000487/00-40, fez as seguintes diferenciações entre as autopeças, segundo o critério de origem:

- “cativas”, que são fabricadas pelas próprias montadoras ou com exclusividade por terceiros;
- “certificadas”, fabricadas para a montadora, com o selo de qualidade, mas sem exclusividade de fornecimento;¹⁵
- “homologadas”, que são idênticas às peças fornecidas para a montadora, mas comercializadas pelo fabricante da autopeça;
- “piratas”, apresentam características semelhantes às homologadas, mas não possuem as especificações técnicas exigidas pelas montadoras e, são, portanto, mais baratas e de qualidade inferior.

¹⁴ Art. 5º - São inerentes à concessão:

§ 3º - Por deliberação do concedente e sua rede de distribuição, o concessionário poderá efetuar a venda de componentes novos fora da sua área demarcada.

¹⁵ O Conselheiro ainda ressaltou que “(...) nem todas as peças de modelos de automóveis lançados mais recentemente comercializadas pelas concessionárias (certificadas) sofrem a concorrência das peças homologadas, já que parte não desprezível dos componentes somente são encontradas nas concessionárias (peças certificadas).”

122. Quanto ao aspecto geográfico, este seria local porque, da mesma forma que o consumidor não estaria disposto a longos deslocamentos para adquirir um veículo novo, ele, por motivo maior, também não o estaria para adquirir autopeças.
123. Feitas essas considerações, tem-se que, para fins da presente Averiguação Preliminar, o mercado relevante a ser analisado, em sua dimensão produto, é o mercado varejista de autopeças (mercado 4), denominado nos autos também como “mercado de reposição” (ou *aftermarket*). No aspecto geográfico, por versar esta Averiguação, fundamentalmente, sobre a extensão dos limites de propriedade industrial, deve-se considerá-lo como sendo todo o território nacional, uma vez que o direito de propriedade é conferido pelo INPI para exercício em âmbito nacional.

II.2.2 Considerações sobre o mercado relevante

II.2.2.1 Breve Histórico do Setor de Autopeças

124. Nos seus primeiros anos, a indústria automobilística era caracterizada pela forte verticalização da fabricação das autopeças, sendo estas exclusivamente fabricadas pelas próprias montadoras. Contudo, ainda nos anos 1950, a Ford deu início ao processo de flexibilização dessa verticalização ao licitar a produção de suas autopeças a fabricantes independentes, muito embora tenha conservado para si o seu desenvolvimento.
125. Em seguida, as demais montadoras passaram igualmente a terceirizar a fabricação das autopeças. Os seus desenhos, que continuaram sendo elaborados *in-house* (para assegurar o controle das tecnologias incorporadas nos veículos), passaram, contudo, a ser cada vez mais entregues aos fornecedores, internos ou externos, para que estes cotassem as suas ofertas de preço para um determinado volume de peças, índice de defeitos por lote e cronograma de entregas.
126. Como as montadoras queriam garantir a concorrência no seu fornecimento, a fim de evitar o aumento de preço e os riscos de interrupções, criou-se um quadro de hostilidade entre fornecedores e montadoras, e rivalidade entre os primeiros, que evitavam compartilhar informações entre si ou com a montadora, dificultando,

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

assim, a melhoria da qualidade do produto. A pressão das montadoras por preços mais baixos criava uma disputa entre elas e os fornecedores, na qual aquelas buscavam fornecedores alternativos para aumentar o seu poder de barganha, dando origem a uma grande hostilidade no relacionamento entre eles, além de uma grande rivalidade entre os próprios fornecedores. Além disso, as montadoras comumente contratavam os componentes de uma mesma peça de diversos fornecedores, como forma de diminuir sua dependência.

127. Ao detectar essas falhas, a montadora japonesa Toyota resolveu alterar esse paradigma hierarquizando os fornecedores em níveis funcionais (ou *tiers*) 1, 2, 3, até 4, de acordo com o grau de responsabilidade. O critério de seleção passou a ser o histórico de desempenho, medido em várias dimensões, como pontualidade, índice de defeitos, solução de problemas etc. Os fornecedores de primeiro nível (*tier 1*) atendem diretamente as montadoras e participam diretamente do desenvolvimento dos projetos. Neste nível, a montadora define uma especificação de desempenho, custos e preços, e solicita protótipos aos fornecedores, que, se aprovados, geram encomendas para todo um conjunto ou sistema de componentes do veículo. Esses fornecedores assumem total responsabilidade pelo projeto e pela produção dos conjuntos ou sistemas, segundo as especificações de desempenho do veículo final, e tornam-se especialistas nestes conjuntos ou sistemas, deixando de concorrer com os demais fornecedores e removendo os obstáculos à circulação de informações entre os integrantes do “grupo de fornecedores”.
128. Os fornecedores de primeiro nível, por sua vez, subcontratam fornecedores de segundo nível para alguns componentes do sistema, e estes, por sua vez, podem subcontratar outros fornecedores de terceiro nível, e assim por diante. Deste modo, os incentivos à troca de informações se reproduzem à medida que o projeto é detalhado nos sistemas e, posteriormente, nas etapas de montagem dos subsistemas. Como este sistema pode fazer com que a montadora tenha pouco conhecimento sobre detalhes de certas peças do veículo, não é delegado aos fornecedores o “*projeto de certas partes consideradas vitais para o sucesso do carro, quer por envolverem uma tecnologia específica da montadora, ou devido à percepção que o consumidor tem do produto*” (WOMACK et al., 1992 : 142, *apud* Costa, 1998).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

129. O relacionamento cooperativo entre a montadora e os seus fornecedores é regido por um contrato pelo qual as partes assumem o compromisso de longo prazo¹⁶ e no qual são estabelecidas as regras de preço, qualidade, cronogramas de entregas, direitos de propriedade e suprimento de materiais, sendo esse mesmo modelo contratual adotado entre as camadas seguintes de fornecedores. Como os direitos residuais sobre reduções de custos são dos fornecedores, há incentivos a estas reduções, criando-se um círculo virtuoso.
130. Essa forte interação entre montadora e fornecedor reflete-se também no controle de qualidade. Quando ocorre um problema, ambas as partes se empenham para solucioná-lo. Exemplificativamente, já tem se tornado comum o envio de profissionais pelas montadoras às fábricas dos fornecedores para implementar novas práticas organizacionais que resultem em aumento da qualidade do produto, bem como para melhorar procedimentos e padrões de engenharia.
131. O “paradigma Toyota” redundou em grande sucesso, o que forçou as demais montadoras às reestruturações relatadas acima. Assim, ao se delegar as responsabilidades de *design* e engenharia (e às vezes a própria instalação) de sistemas inteiros (e não mais apenas de componentes individuais) aos fornecedores de primeiro nível, para se concentrar no projeto geral do veículo, tarefa cada vez mais complexa, as montadoras têm dado vazão a alguma variedade quanto à extensão de atribuições de pesquisa e desenvolvimento (P&D) e de propriedade sobre o desenho aos fornecedores.
132. Assim, tornou-se bastante comum no mercado automobilístico, ou (i) montadoras e fornecedores trabalhem em conjunto no desenvolvimento do projeto das autopeças, ou (ii) os fornecedores assumirem-no sozinhos por delegação da montadora, ou (iii) esta última passar as especificações técnicas

¹⁶ Geralmente esses contratos vêm acompanhados de uma cláusula de “manutenção de competitividade”, que é aquela que determina que o fornecedor vencedor da concorrência deve se manter competitivo ao longo da vigência do contrato. Essa cláusula atribui às montadoras o direito de cotar com fornecedores concorrentes durante o transcorrer do contrato, e de trocar de fornecedor caso haja algum outro que ofereça melhores preços ou condições, independentemente do prazo de duração do contrato (que geralmente é longo, para garantir às partes um retorno justo e um volume eficiente de comércio, de modo a maximizar lucros conjuntos e encorajar investimentos específicos) ou de seu efetivo cumprimento, uma vez que teria sido descumprida uma cláusula contratual pelo fornecedor, que o obrigava a melhores preços e condições. Essa cláusula tem por intuito manter a competitividade entre os fornecedores para evitar comportamento oportunista por parte destes, devido aos elevados custos de troca de fornecedor.

dentro das quais os fornecedores irão desenvolver o projeto. Importante ressaltar que a repartição dos direitos de propriedade sobre as autopeças poderá ocorrer ou não, independentemente da forma como o seu desenvolvimento foi trabalhado.

II.5 O Mercado Varejista de Autopeças Nacional

133. Uma vez delimitado o mercado relevante, a análise desta Averiguação Preliminar a ele se restringirá, não ignorando, contudo, a influência que os demais mercados correlatos exercem sobre o mercado varejista de autopeças nacional. Será nesse espírito de análise conjunta entre os diversos mercados que circundam o *aftermarket* que se desenvolverá este tópico.
134. Devido às restrições impostas pela Lei Ferrari, as montadoras não podem vender diretamente ao consumidor os seus produtos, salvo as exceções previstas na própria lei¹⁷. Em decorrência disso, as montadoras se vêem obrigadas a competir entre si por canais de vendas locais (isto é, pelas concessionárias) para os seus produtos e vice-versa, *ex ante* (porque é anterior ao próprio mercado primário), em uma chamada concorrência por contratos. Esse processo vem a ser a *primeira etapa do jogo concorrencial do mercado automobilístico*, em que o mercado relevante é o de contratos de concessão e o produto é um pacote que inclui marcas, transferência de tecnologia e *know how*, serviços de apoio e o fornecimento exclusivo de um portfólio de produtos. Por oportunidade da instrução dos processos administrativos nº 08012.006518/2001-19 (Fenabreve x Ford), nº 08012.006516/2001-20 (Fenabreve x Volkswagen) e nº 08012.006519/2001-63 (Fenabreve x Fiat), esta SDE recorreu a estudo no qual havia sido questionado às concessionárias sobre quem seriam as suas principais concorrentes em grau de importância. As respostas foram compiladas e ilustradas na seguinte figura 1, que demonstra que elas gostariam de ser mais competitivas no mercado de reposição, o que certamente é um fator relevante no jogo descrito acima, no sentido de desestimular a cobrança, pelas montadoras, de elevados preços em relação às suas autopeças.

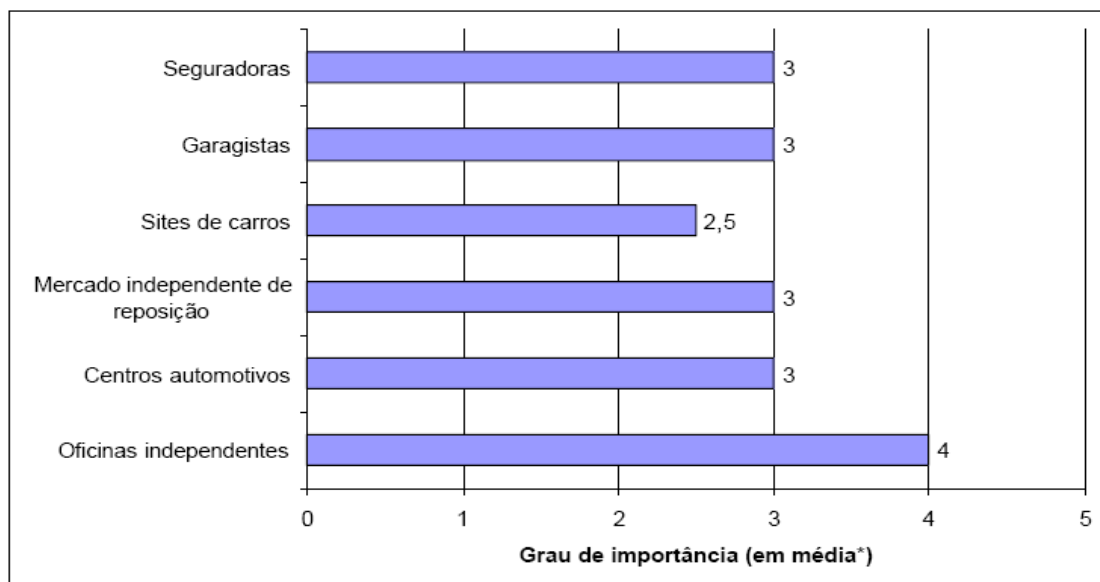
¹⁷ Art. 15 – O concedente poderá efetivar vendas diretas de veículos automotores:

I – Independentemente da atuação ou pedido de concessionário:

- a) à Administração Pública, direta ou indireta, ou ao Corpo Diplomático;
- b) a outros compradores especiais, nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição;

FIGURA 1

Principais concorrentes das redes de concessionárias, na percepção delas mesmas



Fonte: Grande (2004).

(*) Avaliação obtida segundo uma escala de 1 – sem importância – a 5 – extremamente importante.

135. A *segunda etapa desse jogo concorrencial* desenvolve-se em dois momentos distintos, a saber:

a) o primeiro deles caracteriza-se pela concorrência travada entre os fornecedores - de autopeças, componentes, sistemas ou até de *designs* - das concessionárias. Conforme dito, os fornecedores autorizados (e essa escolha já é produto de outra concorrência entre os agentes desse mercado) pelas montadoras estão submetidos a cláusulas contratuais e a uma estrutura de mercado hierarquizada que os obriga a se manterem competitivos, criando assim um incentivo à maximização da redução de custos e da qualidade do produto contratado;

b) o segundo deles é o de venda de automóveis, no qual as montadoras, por meio de suas concessionárias, concorrem entre si (concorrência inter-marca) pelos consumidores. Este foi o mercado denominado pela Representante e pelas Representadas de “mercado primário”, ou *foremarket*.

136. Por fim, a *terceira etapa*, que se inicia após a venda do veículo e da expiração de sua garantia¹⁸, contempla três grupos de peças:

a) o primeiro é o das chamadas peças cativas, que são fornecidas apenas pelas montadoras, devido (i) a sua baixa escala, (ii) a acordos de exclusividade, e/ou (iii) à propriedade do projeto ou desenho. Aqui as concessionárias concorrem apenas entre si no mercado de autopeças (concorrência intra-marca), sofrendo ainda a concorrência das oficinas independentes - que dependem das concessionárias para a aquisição de peças cativas - no mercado de serviços (e, no limite, há também oficinas independentes que competem com as peças cativas por meio da comercialização das chamadas peças piratas);

b) o segundo é o de peças com substitutos similares. Concorrem nesse mercado as concessionárias e as oficinas independentes (que as adquirem também das fabricantes de autopeças), com as chamadas autopeças certificadas e homologadas;

c) o terceiro é o de peças *quasi-comodities* (ex: pneus, baterias, macacos, extintores etc.), no sentido de que se ajustam a qualquer modelo de automóvel, observada alguma compatibilidade de tamanho e/ou potência. Nesse mercado, concorrem as concessionárias, as oficinas independentes e lojas especializadas.

137. Outros dados merecem ser destacados quanto ao setor de autopeças. A tabela a seguir sobre o faturamento obtido com a comercialização das autopeças demonstra que em torno de 61,5% desse faturamento é obtido por meio de venda às montadoras para a fabricação de veículos novos (portanto, para o *foremarket*), ficando o mercado de reposição (*aftermarket*) responsável por 12% do faturamento total do setor de autopeças.

¹⁸ Durante o período de garantia do automóvel, a manutenção está coberta pelo preço desembolsado no veículo novo.

TABELA 1

DISTRIBUIÇÃO DAS VENDAS DE AUTOPEÇAS POR TIPO DE MERCADO

DESEMPENHO PERCENTUAL POR DESTINO - % DO FATURAMENTO TOTAL					
	Montadoras	Reposição	Exportação	Intersetorial	
1994	60,4	19,3	15,5	4,8	
1995	59,5	19,8	15	5,7	
1996	59,5	19,5	14,6	6,4	
1997	59,8	17,9	14,7	7,6	
1998	58	19	17	6	
1999	55,2	18,6	20,7	5,5	
2000	56,8	17,5	20	5,7	
2001	57,8	17,3	18,8	6,1	
2002	54,9	15,5	23,1	6,5	
2003	55,6	14,3	23,5	6,6	
2004	58,3	13,4	20,9	7,2	
2005	61,7	12,3	18,7	7,3	
2006	61,5	12,0	19,0	7,5	

Fonte Sindipeças - Desempenho do Setor de Autopeças - 2005.

138. Ainda tendo como fonte as instruções realizadas por esta SDE nos processos administrativos citados, originados de Representação da FENABRAVE, ficou demonstrado que, do total do faturamento das principais montadoras do País no mercado de reposição de autopeças, entre 20% a 30% advém da comercialização das peças cativas ou proprietárias.¹⁹
139. Sobre o impacto da concorrência no mercado primário sobre o secundário, tem-se o que segue. Mais uma vez recorrendo às já citadas recentes instruções desta SDE, bem como a também já citada jurisprudência do CADE, nelas ficou constatado que, no mercado primário, a concorrência predominante é a intermarca (entre as montadoras), no qual não ficou configurado até o momento exercício unilateral ou coordenado de poder de mercado, conforme as conclusões de ambos os órgãos²⁰.

¹⁹ [REDACTED]

²⁰ Importante ressaltar que os dados de mercado primário não se alteraram substancialmente desde a emissão do parecer da SDE nos processos instaurados à vista da Representação da FENABRAVE.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

140. Assim, essa concorrência no mercado primário mitigaria o exercício do poder de mercado no *aftermarket* por quem detenha a propriedade industrial (ou contratual) de determinada autopeça.²¹ Isso porque o eventual monopólio sobre a sua comercialização que decorra de um título de propriedade somente vai afetar a concorrência intra-marca (dentro da mesma montadora, ou seja, com relação a peças para veículos de uma mesma montadora), continuando as montadoras em regime de concorrência no *foremarket*.²²
141. Os dados da tabela 2 demonstram que é plenamente possível a competição no setor de autopeças mesmo sem o acesso das FIAPs às autopeças cativas, retratando que a expansão ocorrida nos últimos anos na rede de estabelecimentos comerciais especializados em peças é bem maior que a expansão da rede de concessionárias:

²¹ Diante de tais colocações, torna-se inadequada no contexto da presente Averiguação Preliminar considerações análise sobre custos de troca (*switching costs*) e de efeito *lock in*.

²² Essa tem sido a linha da jurisprudência norte-americana, que não tem aceito o argumento de monopolização de peças no mercado secundário na presença de concorrência no mercado primário. Esse entendimento ficou conhecido como *Kodak's theory*, pois ganhou difusão na doutrina mundial a partir do julgamento do caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., et al.*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos. A Comissão Européia também tem seguido essa mesma linha de que um ambiente concorrencial no mercado primário mitigaria o poder de mercado (proveniente ou não de direitos de propriedade) no *aftermarket*. Nos casos Pelikan/Kyocera e Digital, havia comprovadamente um mercado primário fortemente competitivo (no primeiro caso, no mercado de impressoras e, no segundo caso, no mercado de sistemas informáticos do tipo Vax e Alpha) em detrimento de uma grande concentração de mercado no *aftermarket* (no primeiro caso, no mercado de cartuchos para impressora e, no segundo caso, no mercado de serviços de manutenção de computadores e de softwares), no qual essas empresas possuíam posição dominante. A conclusão da Comissão, em ambos os casos, foi de que a existência de uma posição dominante não pode ser analisada apenas considerando as condições de qualquer um dos mercados separadamente, mas também à luz de determinados comportamentos da empresa no *foremarket* que possam causar restrições no mercado secundário. Vide Chevalier, Philippe. *Dominance sur un marché de produits secondaires*. Artigo disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches/text/sp1998_008_fr.html.

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**

VERSÃO PÚBLICA

TABELA 2

NÚMEROS DE ESTABELECEMENTOS COMERCIAIS

	(A) Veículos automotores (1)	(B) Peças para veículos (1)	(C) Reparadores independentes (2)	(D) Concessioná- rias (3)	(E) Razão entre No. Estabelecimen- tos de Peças e No. Concessionári- as: (B/D)	(F) Razão entre No. Reparadores Independentes e No. Concessionári- as: (C/D)
1996	10.256	58.699		2.774	21,16	
1997	9.652	57.161	75.275	2.996	19,08	25,13
1998	11.863	47.411	71.500	2.971	15,96	24,07
1999	10.866	54.109	70.500	2.858	18,93	24,67
2000	15.581	64.561	62.000	2.888	22,35	21,47
2001	19.669	62.753	57.000	2.814	22,30	20,26
2002	20.010	78.388	50.500	2.794	28,06	18,07
2003	24.457	77.342	52.875	2.733	28,30	19,35

Fontes: (1) IBGE, Pesquisa Anual de Comércio; (2) Abrive (número de associados); (3) Anfavea

142. O que se observa da leitura acima é que o setor automobilístico é fortemente integrado, não sendo correta a alegação da Representante de que os mercados primário e secundário seriam independentes entre si, quando na verdade eles são, conforme se viu, distintos entre si²³, até mesmo pelas colocações feitas pela ANFAPE em sua exordial. Essa é uma diferença sutil, porém determinante, já que é nela que repousa o cerne da discussão, que é a extensão do direito de propriedade sobre certas autopeças, ou seja, se ela se restringiria apenas ao mercado primário (*foremarket*), ou se ela se estenderia a todos os demais, inclusive ao mercado de reposição (*aftermarket*).

143. Foi alegado na Representação que, ao ser reconhecida a extensão dos direitos de propriedade das montadoras, estar-se-ia criando uma situação de monopólio no mercado de reposição, o que geraria a exclusão das fabricantes independentes deste mercado, limitando as opções dos consumidores.

²³ Embora os termos “independentes” e “distintos” possam parecer sinônimos, nesse caso eles possuem significados diversos. O termo “independentes” está sendo aqui utilizado no sentido de que um determinado fato que atinge um dos mercados não irá provocar nenhum efeito no outro, seja em relação ao comportamento do consumidor, seja em relação à estrutura de funcionamento do mercado. Por sua vez, o termo “distintos” está sendo empregado para dizer que há de fato mais de um mercado – o de montagem de veículos e o de comercialização varejista de autopeças -, e não um único, conforme chegou a ser sustentado na Averiguação Preliminar, e que um fato que afete um dos mercados pode vir a produzir efeitos no outro, sendo eles, portanto, inter-relacionáveis, funcionando de forma orgânica.

144. O risco de monopolização a que faz alusão a Representante seria em relação às autopeças cativas, que, como o próprio nome já indica, são exclusivas das montadoras, essencialmente por duas razões: (i) títulos de propriedade concedidos pelo Estado, e (ii) cláusulas contratuais firmadas entre montadora e fornecedora. Dentre essas duas possibilidades, a exclusividade contestada nos autos é a decorrente de propriedade industrial, por supostamente criar risco de monopolização no mercado de reposição de autopeças.
145. Como é amplamente difundido, direitos de propriedade industrial não necessariamente conferem poder de mercado a seus detentores.²⁴ Ainda que assim seja, isso por si só não caracteriza violação antitruste: a criação de monopólio (temporário) pode ser necessária para obter um ganho maior para os consumidores (decorrentes de efeitos dinâmicos que superam as esperadas perdas estáticas) e, assim, justifica a proteção.
146. Portanto, eventual monopólio sobre determinadas autopeças foi atribuído com base na Lei nº 9.279/96, por razões específicas que serão vistas mais adiante e que não provocam a exclusão dos fabricantes independentes do setor de autopeças. Ou seja, no caso destes autos, em que se discute a propriedade sobre desenho industrial em relação a determinadas autopeças, o monopólio legal apenas inviabiliza a concorrência sobre algum modelo específico de uma dada autopeça para proteger os incentivos à inovação, não impedindo a fabricação e comercialização de autopeça similar por terceiros, desde que estes não reproduzam o desenho protegido (o que é plenamente comum e possível, técnica conhecida como *tuning*).

²⁴ Tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem o entendimento de que títulos de propriedade industrial não presumem sequer poder de mercado para quem os possua. A esse respeito, vide § 2.1. Illinois Tool Works Inc., et al., Petitioners v. Independent Ink, Inc., p. 10, 13 e 14. <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f210500/210544.htm>. Em tradução livre: “*Há um consenso na comunidade antitruste no sentido de que “não há base econômica para se inferir qualquer alcance de poder de mercado pelo mero fato de que o réu detém uma patente, um direito autoral, marca registrada ou outro direito de propriedade intelectual válido”.* 10 Antitrust Law ¶ 1737a, at 79. Como explicam os professores Hovenkamp, Janis e Lemley, a “concessão de uma patente somente cria um monopólio antitrust se suceder *** ao direito exclusivo de fazer algo para o quê não há alternativas de mercado adequadas e para o quê os consumidores estariam dispostos a pagar um preço monopolístico”. 1 Herbert Hovenkamp et al., *IP and Antitrust* § 4.2, AT 4-9 (2002).”

147. Feitas essas breves considerações, passemos ao suposto conflito entre propriedade industrial e concorrência alvo do presente processo.

II.6 Dos Argumentos Econômicos e Jurídicos da Propriedade Industrial

II.6.1 Dos Argumentos Econômicos

148. Como forma de demonstrar a inexistência de abuso de poder econômico, as Representadas apresentaram longas exposições sobre as razões que as levaram a requerer o registro de desenho industrial sobre algumas de suas autopeças. Essas razões encontram-se, sobretudo, ao longo dos pareceres econômicos anexos aos seus esclarecimentos.

149. É verdade que, à primeira vista, esse esforço das Representadas pode soar inútil, já que esse tipo de argumento interessaria essencialmente ao órgão responsável pela concessão da propriedade (no caso, o INPI). Contudo, passa-se a analisar tais argumentos econômicos para demonstrar que há lógica por detrás da propriedade que não seja a de prejudicar ou excluir concorrentes, ou ainda de cometer abuso de poder econômico.

150. Com efeito, o produto “automóvel” é homogêneo no seu aspecto finalístico, servindo o fator estético como elemento fundamental de diferenciação do produto, o que é feito através do *design* de suas peças externas, muito embora outras peças não relacionadas ao aspecto ornamental também possam vir a ser protegidas, desde que cumpram os requisitos legais. Outros fatores como segurança, praticidade (ambos relacionados à manufaturabilidade citada pelas Representadas) e conforto também exercem um papel importante no bem estar do consumidor e que, a exemplo da estética e do preço, certamente o influenciam na escolha final do bem a ser adquirido.

151. Esses esforços competitivos evidentemente demandam investimentos substanciais em pesquisa e desenvolvimento (P&D) que precisam ser resguardados de eventuais comportamentos oportunistas. Do contrário, não

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**

VERSÃO PÚBLICA

haveria estímulos para que eles continuassem a ser empregados. Segundo exposto pelo INPI:

A pesquisa e o desenvolvimento para elaboração de novos produtos (no sentido mais abrangente) requerem, na maioria das vezes, grandes investimentos. Proteger esse produto através do direito de propriedade industrial significa prevenir-se de que competidores copiem e vendam esse produto a um preço mais baixo, uma vez que eles não foram onerados com os custos da pesquisa e desenvolvimento do produto. A proteção conferida é, portanto, um valioso e imprescindível instrumento para que a invenção e a criação industrializável se torne um investimento rentável.

Durante o prazo de vigência do direito de propriedade industrial, o titular tem o direito de excluir terceiros, sem sua prévia autorização, de atos relativos à matéria protegida, tais como fabricação, comercialização, importação, uso, venda, etc.²⁵

152. Contudo, com o desenvolvimento tecnológico, está cada vez mais fácil e economicamente factível a aquisição da infra-estrutura (equipamentos, sobretudo) necessária para a replicação de autopeças (copiadas por engenharia reversa), aumentando assim potencialmente o número de *free riders*.
153. A prática do *free riding* - em outras palavras, da auferição de lucros a partir da apropriação dos investimentos de terceiros voltados à criação ou ao aperfeiçoamento de determinado produto, ao copiá-lo desautorizadamente -, além de violar legislação específica, gera perdas e riscos potencial e especialmente danosos. Isso porque, devido às características do produto “automóvel”, a simples replicação de autopeças sem o devido cuidado com a sua qualidade, pode gerar situações que expõem a vida de inúmeras pessoas.
154. Por meio das instruções realizadas por esta SDE nos processos originados a partir da Representação da FENABRAVE, já citados nessa Nota Técnica, foi constatado que as peças fabricadas pelos fabricantes (certificados e pré-qualificados) de autopeças para as concorrências de fornecimento têm os seus próprios controles de qualidade reconhecidos pelas montadoras. E essas qualificações levam em consideração a capacitação técnica do pessoal, a estrutura para a realização de testes de certificação de peças e as certificações de qualidade de instituições acreditadas.

²⁵ Cf. Instituto Nacional de Propriedade Industrial, www.inpi.gov.br (acesso em 10 de janeiro de 2008).

155. Por outro lado, muito embora essas autopeças sejam de qualidade reconhecida pelas montadoras e, conseqüentemente, aptas a serem efetivamente empregadas em suas atividades fim, foi constatada por esta SDE uma diferença potencial de qualidade entre elas e aquelas que passam pelo crivo direto da montadora. Isso porque nem sempre coincidem os critérios próprios de aceitação da montadora (geralmente mais exigentes) e os dos fornecedores, tais como durabilidade ou desempenho, sem falar nas melhores condições que as montadoras têm para adaptar, testar e monitorar as suas próprias peças.
156. Assim, o controle de qualidade das peças, dos componentes e dos sistemas, pelas montadoras, conforme constatado nas instruções citadas, se dá com base em exaustivos testes, de acordo com padrões bastante rigorosos, muitas vezes acima daqueles exigidos pelos reguladores brasileiros, como o uso do *crash test*.
157. Obviamente, tal zelo pela segurança e pela qualidade das autopeças não se dá sem razão ou investimentos. A razão está relacionada à segurança dos consumidores, até mesmo como instrumento de prevenção de potenciais ações judiciais cíveis (vide artigos 7º, parágrafo único, 18 e 20, da Lei nº 8.078/90²⁶) e criminais, movidas pelas eventuais vítimas.
158. E esse fator segurança ganha especial relevo em função das assimetrias de informação sobre a qualidade das autopeças e pela dificuldade ou até mesmo impossibilidade de diferenciação, tanto pelo consumidor como até mesmo pelo técnico (como um mecânico, por exemplo) entre uma peça original, que tenha

26 Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

passado pelos controles de qualidade dos fornecedores e/ou das montadoras, e aquelas simplesmente replicadas por engenharia reversa em infração à legislação vigente.

159. Assim é que se conclui que o registro de propriedade sobre determinadas autopeças pode não só servir para que a montadora amortize os gastos com a criação e com a certificação de qualidade da autopeça, mas também pode servir como um instrumento de controle de segurança para o consumidor, ao suprir eventual falha de mercado decorrente de assimetria de informação. Assim, sob o aspecto econômico, resta plenamente justificável o registro de propriedade sobre determinadas autopeças, bem como o seu exercício indiscriminado no setor de autopeças.
160. Ainda sobre a *rationale* econômica que está por detrás do direito de propriedade sobre as autopeças cativas, cabe ressaltar um ponto levantado pela Ford a respeito de um suposto risco de controle sobre a durabilidade e custos de manutenção dos veículos pelas montadoras, caso seja reconhecida a “extensão” desse direito no mercado de reposição. Tal acusação é improcedente *per se*, na medida em que as autopeças protegidas e reivindicadas judicialmente pela Representante são aquelas relacionadas a aspectos estéticos como rodas, capôs e faróis, e que por isso mesmo não estão relacionadas à vida útil do veículo, muito embora tenham implicações na sua segurança. E, até mesmo por serem peças externas e caracterizadas pelo *design*, elas são geralmente trocadas apenas quando da ocorrência de algum sinistro.
161. Agora adentrando um pouco nas razões jurídicas, sem abandonar, contudo, o fundamento econômico subjacente, um outro ponto que deve ser levantado é quanto à restrição legal do Código de Defesa do Consumidor. Este, em seu artigo 32, parágrafo único, determina que o fabricante deverá manter a oferta de peças de reposição mesmo após a cessação de oferta do bem, por um período razoável de tempo a ser determinado em lei.
162. Por ser o mercado primário competitivo, o que importa no lançamento de novos modelos de veículos com relativa alta frequência²⁷, é usual que as montadoras

²⁷ Por exemplo, o Palio (Fiat) foi lançado em 1996 e teve o seu modelo redesenhado em 2000, 2003 e em 2007, conforme dados apresentados pela montadora.

alterem várias peças por estarem relacionadas com o novo *design*, tais como carroceria, faróis etc., além de outras que tornem o veículo mais possante ou confortável, gerando a necessidade de novos pedidos de registro de desenho industrial no INPI sem que o prazo de expiração de propriedade das autopeças dos modelos anteriores tenha expirado (o que ocorre no mínimo em torno dos dez anos de fabricação, segundo a LPI e informações prestadas pelas Representadas nos autos).

163. Essa obrigação do CDC gera para o fabricante da autopeça custos adicionais relativos à estocagem de peças, recursos humanos e infra-estrutura. Por outro lado, as fabricantes independentes desautorizadas, por não serem fabricantes no sentido da lei, não estão vinculadas a essa obrigação legal. Essa situação permite que estas se concentrem apenas na produção das autopeças que tenham maior demanda (geralmente os chamados itens de *crash*, que são aqueles cuja reposição seria certa em casos de batidas) dos veículos mais novos, não incorrendo nos custos de manutenção de estoques para as peças de baixo giro ou no *write off* (perda decorrente de peças sucateadas que, por obrigação do dispositivo legal citado, devem permanecer em estoque por um intervalo de tempo determinado, conforme já visto).
164. Assim parece clara a existência de uma concorrência assimétrica em favor das fabricantes independentes desautorizadas pela prática oportunista do *cream skimming*, que não pode ser chancelada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com a negativa, às montadoras, do exercício regular do seu direito de propriedade no *aftermarket*, como quer a ANFAPE.

II.6.2 Dos Argumentos Jurídicos

165. Passa-se a analisar os argumentos jurídicos. Após uma confrontação entre as ações judiciais envolvendo determinadas associadas da Representante e Representadas, que têm por objeto a mesma lide trazida a esta Secretaria, e os dados apresentados nestes autos, observa-se que as autopeças *sub judice* estão efetivamente protegidas e devidamente registradas no INPI, o que explica o êxito das montadoras nas lides levadas ao Poder Judiciário (não só em relação ao desenho industrial, mas também ao uso indevido da marca pelas fabricantes independentes desautorizadas). Uma observação pertinente quanto a esse ponto é

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

que, em nenhum momento nos presentes autos, foi negada ou contestada pela ANFAPE a propriedade das montadoras de registro de desenho industrial sobre determinadas autopeças, mas apenas o seu exercício no mercado de reposição que, no seu entender, seria abusivo “*per se*”.

166. Nesse sentido, resta completamente prejudicada a apreciação por este órgão da alegação da Representante de que os desenhos industriais das autopeças concedidos às montadoras o foram de forma imprópria, por entender que a forma ornamental a que faz referência o artigo 95 da LPI²⁸, para ser considerada *design*, deveria estar desvinculada de qualquer função técnica. E isso se dá por dois motivos: (i) a propriedade já foi concedida pelo órgão competente para esse tema (i.e., o INPI); e (ii) a Lei nº 8.884/94 não atribui a qualquer órgão do SBDC a competência para apreciar questões relativas a registro de propriedade industrial, muito menos como instância recursal do INPI.
167. Assim, qualquer discussão sobre esse ponto deve ser levada ao próprio INPI, como recurso ao ato de concessão do desenho industrial (ou ainda da marca), ou ao Poder Judiciário, na forma de ação de nulidade de ato administrativo, conforme o caso, mas em nenhuma hipótese ao SBDC.
168. Ainda quanto à regulamentação do direito de propriedade industrial, dentre os artigos referentes a registro de desenho industrial, não há qualquer menção ao conceito de mercado relevante na LPI. A LPI é lei federal de aplicação em todo território nacional, devendo qualquer outra restrição geográfica ou mercadológica estar expressa na lei, o que não foi feito. *O conceito de mercado relevante é específico do direito antitruste, não havendo assim concessão de patente, desenho industrial ou qualquer outra forma de propriedade industrial restrita a determinados mercados.* Assim, ao adotar o entendimento de restrição do direito de propriedade a mercados, o intérprete estaria, a bem da verdade, legislando, subtraindo atribuições que não são suas.

²⁸ 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.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

169. A título exaustivo, note-se que o artigo 73, § 2º, da Lei nº 9.279/96²⁹ (LPI) prevê que poderá ser pedida licença compulsória de *patente* quando houver abuso de direito patentário ou abuso de poder econômico por quem a possua, devendo o requerente da licença juntar documento que comprove qualquer dos abusos listados acima. Tendo em vista o artigo 68³⁰ da LPI, os documentos a que faz menção o artigo 73 seriam: (i) uma decisão sobre abuso de poder econômico, de competência do CADE (artigo 7, inciso II c/c artigo 20, ambos da Lei nº 8.884/94), sendo essa a “decisão administrativa” a que faz menção o artigo 68; e (ii) uma decisão sobre abuso de direitos patentários, cuja competência é da Justiça Comum, sendo essa a “decisão judicial” a que faz menção o mesmo artigo 68. Note-se que segundo a disposição do artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.884/94³¹, o próprio CADE pode *recomendar* ao INPI a concessão de licença compulsória de patentes.
170. Ainda sobre a melhor interpretação do artigo 73 da LPI, deve-se ter em mente que ele está inserido sob o título “Das Patentes” e faz referência expressa a patentes. Como bem se sabe, patentes diferem-se de *desenhos industriais* (objeto do presente processo) e, portanto, os seus dispositivos devem àquelas se restringir (vide abaixo as definições da própria LPI):

Art. 6o.- Ao autor de invenção ou modelo de utilidade será assegurado o direito de obter a patente que lhe garanta a propriedade, nas condições estabelecidas nesta lei.(...)

Art. 8o.- É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Art. 9o.- É patenteável como modelo de utilidade o objeto de uso prático, ou parte deste, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo ato inventivo, que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação.

²⁹ Art. 73. O pedido de licença compulsória deverá ser formulado mediante indicação das condições oferecidas ao titular da patente.

§ 2º O requerente de licença que invocar abuso de direitos patentários ou abuso de poder econômico deverá juntar documentação que o comprove.

³⁰ Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

³¹ Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

*Art. 95º - 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.*

171. Portanto, não existe licença compulsória de desenho industrial, já que quando o legislador a previu, ele o fez apenas em relação às patentes. Trata-se de exclusão proposital, por ter-se entendido que medida de natureza tão radical deveria restringir-se a invenções e modelos de utilidade, não alcançando a forma plástica ornamental.
172. Em conclusão, o pedido da ANFAPE pelo não “reconhecimento” do exercício do direito de propriedade das montadoras sobre suas autopeças no *aftermarket*, que em última instância nada mais é do que o pedido de um licenciamento compulsório restrito ao mercado de reposição, seria manifestamente ilegal pelos motivos já expostos e, mesmo que fosse legal, nenhum dos órgãos do SBDC seria competente para afastar a proteção conferida pelo INPI.
173. Assim, em síntese, tem-se que:
- a. Caso a presente demanda versasse sobre um direito de patente, analisar-se-ia a questão do abuso de poder econômico que, se reconhecido pelo CADE, abriria a possibilidade (i) de incidência da disposição contida no artigo 24, IV, “a”, da Lei n. 8.884/94, e (ii) de o interessado apresentar a decisão do CADE ao INPI para que este decida sobre eventual licenciamento compulsório. Não há competência legal do SBDC para analisar diretamente o pedido de licença compulsória.
 - b. Tratando-se de autopeças que estão sob registro de desenho industrial, e não de patentes, o pedido de licenciamento compulsório é absolutamente improcedente por falta de previsão legal, além do fato de que nada nos presentes autos indica abuso de poder econômico decorrente do registro do desenho industrial.
174. Ainda no que se refere à incompetência do SBDC, esta também não é a sede para se discutir a suposta violação ao CDC no que diz respeito ao artigo 6º, inciso IV, c/c artigo 21, ambos do Código citado.

II.7 Da Função Social da Propriedade

175. Em sua Representação, alega a ANFAPE que o exercício abusivo do registro de desenho industrial (ao se estender pelo mercado de reposição) violaria a função social da propriedade.
176. O direito de propriedade é garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXII, como direito fundamental, e, no artigo 170, inciso II, como princípio geral da atividade econômica. Além destes, há ainda os artigos 5º, incisos XXIV a XIX, 176 a 178, 182 a 186, 191 e 222, que igualmente dispõem sobre o direito de propriedade. Nas duas ocasiões em que a Constituição Federal se preocupou genericamente em garantir o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, como direito fundamental, e artigo 170, inciso II, como princípio da ordem econômica), no inciso imediatamente posterior foi incluída a ressalva de que a propriedade deve cumprir sua função social.³²
177. Os termos “função social”, “justiça social” e “função social da propriedade” são conceitos jurídicos indeterminados³³. Assim, independentemente do significado que se venha a conceder a esses termos em cada momento histórico, tem-se que se reconhecer que o constituinte atribuiu um elemento social-coletivo à propriedade privada, ao vincular um termo ao outro (propriedade à função

³² 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:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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:

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

³³ Estes vêm a ser aqueles conceitos cujo conteúdo é dotado de grande vaguidade semântica, cabendo ao intérprete lhe atribuir uma significação própria, tanto a partir da sua harmonização ao restante do ordenamento jurídico, quanto diante do caso concreto que se apresenta, mas sempre dentro de uma análise de razoabilidade. Não se trata, portanto, de uma imperfeição lingüística, mas sim de um artifício do legislador para garantir uma constante atualização da norma, bem como para facilitar a sua aplicação, até porque nem sempre é possível ou desejável que se “descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico”. Vide Moreira, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, in Temas de direito processual, 2ª série. São Paulo, Saraiva: 1988. p. 64.

social), condicionando o exercício de um (direito de propriedade) à realização de outro (função social, justiça social etc.).

178. Ao contrário do que uma análise desatenta possa sugerir, um não exclui ou inviabiliza o outro. Em outras palavras, o uso e gozo da propriedade são perfeitamente compatíveis com a realização dos seus fins sociais. Nesse sentido:

O primeiro ponto a notar é que o Texto acaba por repelir de vez alguns autores afoitos que quiseram ver no nosso direito constitucional a propriedade transformada em mera função. Em vez de um direito do particular, ela seria um ônus, impondo-lhe quase o que seria um autêntico dever. De qualquer sorte, o que estava presente nesta corrente era o desconsiderar a propriedade como bastante por si mesma, tornando-a uma mera decorrência de uma função cumprida pelo proprietário.

O Texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do Texto Constitucional (...)

Como direito fundamental ela não poderia deixar de compatibilizar-se com a sua destinação social. Aliás, tem sido uma constante nestes nossos comentários a evidenciação de como mesmo os mais absolutos direitos, tais como formulados no Texto, acabam por impôr-se à necessidade de harmonizar-se com os fins legítimos da sociedade. (...)

O cerne do nosso sistema jurídico-político repousa no fato de que não há uma oposição irrefragável entre o social e o individual ou mesmo de que o social avança na medida em que se sufocam os direitos individuais. A feição ainda predominantemente liberal da nossa Constituição acredita que há uma maximização do atingimento dos interesses sociais pelo exercício normal dos direitos individuais.

O liberalismo não consagra a propriedade como privilégio de alguns, mas, sim, acredita ser a gestão individual do objeto do domínio a melhor forma de explorá-lo, gerando destarte o bem social. Este não é senão um subproduto natural e espontâneo da livre atuação humana que, motivada pela recompensa que pode advir da exploração do bem, sobre ele exerce uma criatividade e um trabalho sem equivalente nos países que a renegam.

Portanto, há uma perfeita sintonia entre a fruição individual do bem ao atingimento da sua função social. Só esta harmonia e compatibilização podem explicar porque os países que mais se desenvolvem economicamente são os que o fazem sob a modalidade do capital privado.

Isto, contudo, não significa dizer que o titular da propriedade não possa vir a abusar do seu direito como, de resto, qualquer outro titular de uma relação jurídica. (...)

A função social visa coibir as deformidades, o teratológico, os aleijões, digamos assim, da ordem jurídica. (...) Vale dizer, em que consistem aquelas destinações que poderão levar ao uso degenerado da propriedade a ponto de colocar o seu titular em conflito com as normas jurídicas que a protegem.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

A chamada função social da propriedade nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal.³⁴

179. Mais adiante, o mesmo autor, ao abordar a possibilidade de aplicação da função social da propriedade à propriedade imaterial, expôs o seguinte argumento:

Não que se desconheça aqui a possibilidade de desapropriação de bens imateriais como os direitos do autor, por exemplo; o que cumpre notar é que, nestes casos, a mera predominância do interesse público sobre o privado já autoriza a aplicação de medidas que resolvam o momentâneo conflito entre o individual e o social, sem que se faça necessário fundar-se na invocação da função social da propriedade.

A razão de ser desta vem, no nosso direito, estreitamente ligada à necessidade de imporem-se medidas mais graves para o particular do que aquelas autorizadas pela supremacia do interesse amplo da coletividade sobre o dos seus membros.

Assim é que, para que se desaproprie um direito de construir já consagrado em alvará ou um direito autoral, não é cabível a invocação da função social da propriedade porque esta atrela-se atualmente ao propósito do Estado impor, como se viu, medidas mais onerosas para o cidadão do que as derivadas da desapropriação por necessidade ou utilidade pública.

Destarte é forçoso concluir-se que o acervo de medidas ao alcance do Estado, voltadas ao descumprimento da função social da propriedade, só podem ter por objeto terras particulares, sejam urbanas ou rurais.³⁵

180. Ainda que não se pretenda adentrar no tema, pois estaria-se fugindo demasiadamente do proposto na Representação, doutrina e jurisprudência são pacíficos ao afirmar que o cumprimento da função social da propriedade se dá pela sua utilização econômica plena, independentemente de qualquer outro critério que não seja econômico. Assim, como as montadoras não registraram as suas autopeças com o intuito de prejudicar concorrentes, fazendo uso delas tanto na montagem dos seus veículos como no mercado de reposição (até por obrigação legal do CDC, conforme já visto), se a função social da propriedade fosse aplicável a este caso, elas a estariam cumprindo plenamente, o que tornaria o pedido improcedente, com base neste argumento.

³⁴ Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo, Saraiva: 1989. pp. 124 -125.

³⁵ Bastos, Celso Ribeiro e Martins, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo, Saraiva: 1989. pp. 125-126.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

181. Uma vez visto que o direito de propriedade é garantido pela Constituição Federal, adentrar-se-á agora na análise da legislação ordinária que regulamenta esse direito. Como são muitas as propriedades (rural, urbana, autoral etc.), essa regulamentação está espalhada em vários dispositivos infraconstitucionais. Destes, o que importa para fins desses autos, será a Lei nº 9.279/96 (LPI).

182. Contudo, a Representante fundamentou a necessidade de se proteger a função social da propriedade sobre as autopeças no artigo 1.228 do Código Civil³⁶. Note-se que referido artigo do Código Civil regulamenta a função social da propriedade para fins cíveis, ou seja, ela se dirige à propriedade protegida pelo Código Civil como, por exemplo, a propriedade rural. A respeito da aplicação do dispositivo supra à propriedade industrial, assim comentou Marco Aurélio da Silva Viana:

A nosso ver a absorção é tecnicamente falsa, porque a denominada propriedade imaterial apresenta particularidades próprias, como se dá com o direito autoral, que não se enquadram na noção tradicional e estruturada de propriedade.³⁷

183. Esse também é o entendimento de Izabel Vaz, que diferenciou os diferentes tipos de bens para desvincular a aplicação do Código Civil a toda e qualquer forma de propriedade:

³⁶ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1o O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2o São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3o O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4o O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5o No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

³⁷ Viana, Marco Aurélio da Silva. Comentários ao Novo Código Civil, vol. XVI: dos direitos reais. Rio de Janeiro, Forense: 2004. p. 21.

“Bens imateriais” para Gama Cerqueira, nos trechos citados, constituem gênero, entre cujas espécies Clóvis incluía o direito de autor, como direito real, ao lado dos “bens móveis incorpóreos”. Mas nesta categoria encontram-se também os “direitos de obrigações”, cuja gênese nada tem a ver com as criações intelectuais. Estas, é verdade, podem originar relações jurídicas e criar obrigações. Os direitos de propriedade sobre bens intelectuais, porém, incidem sobre produtos da mente, da capacidade criativa, da arte de cada um. Depois de exteriorizados em livros, peças musicais, e outros “corpos mecânicos” como discos, filmes, videocassetes, fotografias, quadros, configuram bens materiais, embora conservem a característica de “produção intelectual”. Este é o traço distintivo do “trabalho” neles empregado; origina produtos da capacidade intelectual do autor. Um crédito é uma coisa incorpórea, pode até ser classificado como bem imaterial. Falta-lhe, todavia, a natureza de criação intelectual.³⁸

184. A LPI limitou o exercício da propriedade industrial de forma específica e adequada às suas particularidades³⁹, o que torna inviável qualquer possibilidade de aplicação analógica do artigo 1.228 do Código Civil por dois motivos básicos: especialidade da norma e ausência de vácuo legal. O dispositivo correto do Código Civil a ser apontado, conforme os esclarecimentos das Representadas, seria o artigo 187, que atribui ilicitude aos atos que excedam os limites de boa-fé e dos bons costumes, assim como aqueles impostos pelo seu fim econômico e social⁴⁰, por se tratar de norma atinente à Teoria do Direito, especificamente à teoria geral do abuso de direito. Contudo, o artigo seguinte⁴¹ exclui de ilicitude os atos praticados pelo exercício regular de um direito reconhecido. Logo, o ato de peticionar reivindicando respeito a direito de propriedade reconhecido pelo INPI é lícito à luz do Código Civil.

³⁸ Vaz, Isabel. Direito Econômico das Propriedades. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 436.

³⁹ A LPI prevê expressamente as hipóteses taxativas de extinção do registro de desenho industrial:

Art. 119. O registro extingue-se:

- I - pela expiração do prazo de vigência;
- II - pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;
- III - pela falta de pagamento da retribuição prevista nos arts. 108 e 120; ou
- IV - pela inobservância do disposto no art. 217.

⁴⁰ 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.

⁴¹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

185. Em uma última observação sobre esse ponto, vale notar que o direito de propriedade tem como objetivo reconhecer que os investimentos em inovação representam esforços que merecem ser recompensados. Se a consequência desse reconhecimento for a monopolização (temporária) de um determinado produto específico (ou mesmo mercado) é porque essa foi a opção do legislador e do constituinte em garantir esse benefício ao empreendedor, que precisa repor os gastos e esforços dispensados para o desenvolvimento da inovação, bem como uma margem de lucro que o estimule a continuar inovando.
186. Trata-se, portanto, de *trade off* em que a sociedade (por meio dos seus representantes) optou, com o intuito de gozar dos benefícios da inovação (ou seja, para ter acesso ao desenvolvimento tecnológico), atribuir temporariamente a exclusividade sobre a exploração econômica de uma determinada invenção / modelo de utilidade / desenho industrial, mesmo que o preço a se pagar no curto prazo seja mais elevado do que aquele que seria na ausência dessa proteção, o que não deve ser entendido como abuso de poder econômico *per se*.

II.8 Do Exercício Abusivo do Direito de Ação (*Sham Litigation*)

187. Sobre o exercício abusivo do direito de ação por parte das Representadas, esta Secretaria entende que a chamada teoria do *sham litigation* tem, em caráter excepcional, aplicação e guarida no ordenamento jurídico interno. Por *sham litigation* entende-se o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, com o intuito de prejudicar concorrentes (prática de predação não baseada em preço), constituindo-se, assim, abuso de poder econômico apto a ser punido nos termos da Lei n. 8.884/94.
188. O instituto desenvolveu-se de forma mais significativa nos Estados Unidos. Note-se que naquele país, tal como no Brasil, o direito de petição é também consagrado na Constituição (Primeira Emenda). De forma bastante resumida, os tribunais norte-americanos têm entendido que o *sham litigation* caracteriza-se excepcionalmente quando a atividade de peticionar perante órgãos públicos é “*ostensivamente direcionada à influência de ação governamental, é uma mera*

farsa para acobertar [...] uma tentativa de interferir diretamente” nos negócios do rival⁴².

189. A partir de sucessivos julgamentos, a Suprema Corte dos Estados Unidos buscou delimitar os requisitos necessários para invocar a exceção do *sham litigation*. O último caso julgado sobre o assunto foi o *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920), em que foram estabelecidos dois critérios para a sua caracterização: (i) que a ação seja desprovida de qualquer fundamento, não sendo realista por parte do litigante qualquer esperança de vitória quanto ao mérito; (ii) e que essa ação sem fundamento se constitua um meio fraudulento para esconder “*uma tentativa de interferir diretamente com as relações empresariais do concorrente*”⁴³.
190. A União Européia, assim como alguns de seus países membros, com cultura jurídica mais próxima à nacional, também têm reconhecido, excepcionalmente, a teoria do *sham litigation*. O caso mais notório da Comissão Européia foi o *AstraZeneca*, em que o grupo AstraZeneca foi multado em \$60 milhões de euros por abuso de direito de patentes decorrente do uso indevido do sistema de registro. Nesse caso, a Comissão Européia afirmou explicitamente que o ilícito antitruste não fica restrito à atuação da empresa no mercado, mas inclui também abusos de procedimentos públicos para prejudicar concorrentes:

(328) O uso de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo procedimentos administrativos e judiciais, pode também, em circunstâncias específicas, constituir um abuso, já que o conceito de abuso não é limitado à conduta no mercado [...] e o uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas podem resultar em sérios efeitos anticompetitivos no mercado. O fato de que nesses casos os efeitos no mercado podem depender de uma ação das autoridades públicas não é decisivo no sentido de excluir a existência de um abuso. Mesmo quando a conduta é implementada no mercado, o efeito das práticas exclusionárias é muitas vezes dependente da reação

⁴² “ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover [...] an attempt to interfere directly” *Eastern R.R. Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 at 144.

⁴³ “We now outline a two-part definition of “sham” litigation. First the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. [...] Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals “an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor,” through the use [of] governmental process – as opposed to the outcome of that process – as an anticompetitive weapon.” *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49, 113 S.Ct. 1920).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

*subseqüente dos outros operadores no mercado (como os compradores).*⁴⁴

191. De forma similar, a Secretaria de Direito Econômico considera que a hipótese de *sham litigation* pode ser excepcionalmente caracterizada, considerando o ordenamento pátrio. Não se questiona o direito de petição e a inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXIV, “a”⁴⁵, e XXXV⁴⁶), mas sim o seu manifesto abuso com o objetivo de causar prejuízo a concorrente. Note-se que a figura do *sham litigation* (no âmbito antitruste) tem seu similar no âmbito judiciário: a litigância de má-fé.
192. É pacífico que a nenhum direito é reconhecida a sua aplicação irrestrita, não sendo o direito de petição e a inafastabilidade do Poder Judiciário exceção. Ao analisar a legislação processual ordinária, vê-se que, tanto o Código de Processo Civil (artigos 16, *caput*, 17, e 18)⁴⁷, quanto a Lei de Processo Administrativo

44 “(328) *The use of public procedures and regulation, including administrative and judicial processes, may also, in specific circumstances, constitute an abuse, as the concept of abuse is not limited to behaviour in the market only [...] and misuse of public procedures and regulations may result in serious anticompetitive effects on the market. The fact that in such cases the effects in the market may be dependent on further action by public authorities is not decisive to exclude the existence of an abuse. Even when the behaviour is implemented in the market, the effect of exclusionary practices is often dependent on the subsequent reaction of other operators in the market (such as purchasers).*” Commission Decision Case COMP/A. 37.507/F3 AstraZeneca.

45 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:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

46 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

47 Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO

VERSÃO PÚBLICA

Federal (Lei nº 9.784/99, artigo 4)⁴⁸ prevêm dispositivos que impõem limites ao seu exercício. Esses dispositivos foram inseridos no nosso ordenamento jurídico exatamente para coibir eventuais abusos, o que constituiria desvio de finalidade da norma.

193. A aplicação do teoria da *sham litigation* no ordenamento jurídico nacional consiste no reconhecimento de que, dentre as diversas motivações que alguém pode ter para abusar do seu direito de petição, seja à Administração, seja ao Poder Judiciário, inclui-se também o de prejudicar empresas concorrentes (o que poderia caracterizar *abuso de poder econômico*, apto a ser punido pela Lei n. 8.884/94). Feita a introdução geral à teoria do *sham litigation*, passa-se a analisar sua configuração ao presente caso.
194. Conforme já demonstrado, as montadoras Representadas detêm efetivamente, junto ao INPI, os registros de desenho industrial das autopeças e das marcas. Por possuírem justo título, é razoável supor que as ações judiciais que motivaram a busca e apreensão de autopeças eram legítimas e tinham alguma chance de êxito. Já foi amplamente demonstrado também que há argumentos econômicos e jurídicos que motivam a proteção da propriedade industrial por parte das Representadas, o que afasta motivação de prejudicar de forma indevida os concorrentes. Não por outra razão, o Poder Judiciário até o momento vem dando ganho de causa às montadoras, reconhecendo a violação aos registros de marca e desenho industrial de titularidade das Representadas, condenando inclusive determinadas associadas da ANFAPE a indenizar as Representadas pela comercialização indevida das autopeças protegidas.

⁴⁸ Art. 4o São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

- I - expor os fatos conforme a verdade;
- II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;
- III - não agir de modo temerário;
- IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

II.9 Do Preço Abusivo

195. Embora não constitua elemento central da Representação, a ANFAPE citou em sua exordial Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo sobre a qual cabe breve comentário. A citada ação foi juntada anexa à Representação (fls. 200 a 263) como elemento de prova sobre suposto já identificado abuso de poder econômico, que se agravaria com o reconhecimento da exclusividade de comercialização das autopeças no mercado de reposição.
196. No que tange a essa ACP consta o fato de que ela foi julgada extinta, sem julgamento de mérito, em razão de ilegitimidade ativa do Ministério Público, conforme documento de fls. 1.600 a 1.618. A questão versava sobre suposta prática, pelas montadoras, de preço abusivo sobre as autopeças. Esse mesmo tema (preço abusivo), envolvendo as mesmas Representadas, nesse mesmo mercado, foi recentemente abordado por esta SDE nos processos administrativos nº 08012.006516/2001-20, 08012.006519/2001-63 e 08012.006518/2001-19, todos ainda pendentes de julgamento pelo CADE. A conclusão desta SDE, nos três processos, foi pelo arquivamento no mérito, pelas razões transcritas abaixo:

Em face dessas conclusões, não se pode dizer que os preços cobrados pelas montadoras às concessionárias sejam “abusivos”, pois resultam de falhas de mercado (assimetria de informação) ou de Leis específicas que regulam as relações entre os agentes econômicos ao longo da cadeia produtiva. O exercício regular de poder de mercado e o exercício regular de direitos conferidos pelo marco legal existente afastam uma conclusão pela existência de comportamento abusivo das montadoras e, por esta razão, tornam incabível a intervenção punitiva do CADE em razão dos contratos firmados ao abrigo destas Leis.(...)

II.10 Panorama Internacional

197. Tanto na Representação, quanto nos esclarecimentos das Representadas, foi discutida como a questão da liberalização do mercado de autopeças vem sendo tratada em alguns países, sobretudo nos Estados Unidos e União Européia. Esse tipo de discussão, sem dúvida, possui a sua importância na medida em que geralmente contribui para o fomento do debate interno e, muitas vezes, funciona como parâmetro no momento de se firmar um entendimento qualquer, sempre levado em conta o contexto nacional.

198. Em relação aos Estados Unidos, a ANFAPE mencionou um Projeto de Lei (*Right to Repair Act – HR 2048*) que teria como finalidade determinar a divulgação das informações necessárias para a realização de diagnósticos e serviços de reparo, bem como de incentivar a competição no mercado secundário de veículos automotores.
199. Contudo, após uma pesquisa no *website* do Congresso norte-americano, ao examinar o projeto supra referido, constata-se que ele se restringe à questão de compartilhamento de informações de sistemas de alta tecnologia para reparação e manutenção de veículos. Trata-se de projeto de lei que se direciona ao mercado de serviço de reparação, não guardando qualquer relação com o mercado de fabricação de autopeças sendo ambos absolutamente distintos um do outro.⁴⁹
200. Já em relação à União Européia, foi apresentada uma proposta de flexibilização do *aftermarket*, a “*Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que altera a Directiva 98/71/CE, relativa à protecção legal de desenhos e modelos*”. A proposta original, de 14.09.2004, visa a regulamentar as peças cuja reposição afeta diretamente a aparência dos produtos em que elas são inseridas⁵⁰.
201. A proposta tem dois pontos principais: (i) objetiva a harmonização das legislações dos países membros sobre propriedade industrial de desenhos industrial ou modelos⁵¹, e (ii) limita a aplicação da proteção industrial tão somente ao mercado primário, liberando a reprodução para o mercado secundário.

⁴⁹ Como esclarecido pela Volkswagen, a lei abrange: (...) *casos de motores cujo diagnóstico se dá através de computadores que reconhecem as falhas no veículo e transmitem os dados a uma central. Sem o compartilhamento de informações para interoperabilidade dos sistemas não é possível o diagnóstico e a reparação/manutenção por parte de fabricantes independentes.*

⁵⁰ No dizer da proposta, “*componentes utilizados para reparar um produto complexo de modo a restituir-lhe a aparência original*”.

⁵¹ “*A presente proposta refere-se à protecção dos desenhos ou modelos das peças sobresselentes destinadas a restituir a aparência de produtos complexos tais como os veículos a motor. A proposta visa realizar o mercado interno através do processo de liberalização iniciado e parcialmente concluído pela Directiva 98/71/CE, de modo a aumentar a concorrência e oferecer aos consumidores maior escolha relativamente à proveniência das peças sobresselentes utilizadas para fins de reparação.*” (Documento 52004PC0582, ou COM(2004) 582 final, Exposição de Motivos).

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÓMICO

VERSÃO PÚBLICA

202. Note-se que a questão de extensão dos direitos de propriedade industrial na União Europeia se dá a *nível legislativo* e não em sede judicial ou administrativa, como quer fazer a Representante aqui.
203. Por fim, convém destacar que a discussão na União Europeia ainda está em curso, tendo sido apresentados diversos pareceres contrários à diretiva mencionada (com especial enfoque à questão da segurança)⁵².

⁵²“O estudo de impacto encomendado pela Comissão Europeia e realizado pelo EPEC (European Policy Evaluation Consortium - Technopolis) demonstra que a liberalização não provoca automaticamente uma baixa de preços para o consumidor. Este facto explica-se pelas seguintes razões:

- a estrutura do mercado das peças determina que o consumidor final esteja separado do produtor das peças por um grande número de intermediários (distribuidores, reparadores...) que se apropriarão de qualquer baixa eventual de preços;

- o preço das peças só contribui numa pequena parte (15 a 20%) para as tarifas fixadas pelas companhias de seguros e que determinam o nível dos prémios a pagar;

- qualquer vantagem obtida no preço das peças sobresselentes que não as peças de origem é anulada pelas despesas decorrentes de tempos de montagem superiores;- o estudo Technopolis precisa igualmente que existem numerosos elementos de prova fornecidos pelos construtores e as seguradoras que mostram a qualidade inferior das peças de contrafacção. No que respeita às PME europeias, a Comissão considera que a liberalização do mercado das peças sobresselentes teria por efeito "criar novas oportunidades comerciais para os produtores independentes de peças sobresselentes, em especial as PME-PMI, que irão criarão novas oportunidades comerciais.”

(Comissão do Mercado Interno e da Protecção dos Consumidores, 31.5.2005 PE 359.898v01-00).

**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO**

VERSÃO PÚBLICA

III. CONCLUSÃO

204. Por todo exposto, recomenda-se o arquivamento da presente Averiguação Preliminar, recorrendo-se de ofício ao CADE, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.884/94 e do art. 50 da Portaria MJ nº 4/2006. Sugere-se ainda o envio de cópia integral dos autos ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual e ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor.

À consideração da Sra. Coordenadora-Geral da CGAJ.

Brasília, 29 de fevereiro de 2008.

**EDUARDO MARQUES DA SILVA
Coordenador da CGAJ**

De acordo.

Encaminhe-se à Secretária de Direito Econômico Substituta, tendo em vista o despacho de fl. 1.258

Brasília, 03 de março de 2008.

**ANA MARIA MELO NETTO
Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos**



**MINISTÉRIO DA JUSTIÇA
SECRETARIA DE DIREITO ECONÔMICO
GABINETE**

DESPACHO DA SECRETÁRIA

Em 10 de março de 2008.

Nº 201 . Ref.: Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51. Representante: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças. Representadas: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda., Fiat Automóveis S.A., Ford Motor Company Brasil Ltda. Advs.: Laércio Farina, Tamara Dumoncel Hoff, Carlos Eduardo de Souza Félix, Ricardo Inglez de Souza e outros. Acolho a Nota Técnica de fls., aprovada pela Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos, Dra. Ana Maria Melo Netto, e, com fulcro no §1º do art. 50, da Lei n. 9.784/99, integro as suas razões à presente decisão, inclusive como sua motivação. Decido, pois, pelo arquivamento da presente Averiguação Preliminar, por entender pela não-configuração de infração à ordem econômica, recorrendo-se de ofício ao CADE, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e do art. 50 da Portaria MJ nº 4/2006. Determino a remessa de cópia integral dos autos ao Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual e ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. Publique-se.

ANA PAULA MARTINEZ
Secretária de Direito Econômico - Substituta